

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – Mestrado e Doutorado
Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas
Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo

Rafael Santin Brandini

**Mecanismos de Aprimoramento do Controle dos Contratos
Públicos em face à corrupção**

Santa Cruz do Sul
2015

Rafael Santin Brandini

**MECANISMOS DE APRIMORAMENTO DO CONTROLE DOS CONTRATOS
PÚBLICOS EM FACE À CORRUPÇÃO**

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Santa Cruz do Sul
2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ser meu eterno mestre e pastor e sei que por suas razões nada me faltará.

Agradeço a minha companheira Valquíria, por todo o incentivo que foi determinante à concretização do sonho do mestrado. Mas principalmente, por todo amor, compreensão e cumplicidade.

Agradeço aos meus pais, por toda educação e amparo que foram responsáveis a quem sou hoje.

À minha filha Isabela, que por mais que ainda não tenha nascido, já foi capaz de iluminar e modificar o sentido de muitas coisas em minha vida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Rogério Gesta Leal, pelas oportunidades e pelo incalculável conhecimento que transmite.

Por fim, agradeço, a todas as pessoas que de alguma forma fazem parte da minha vida: familiares, amigos, colegas do Mestrado, que muito contribuíram para minha formação pessoal e profissional.

“Quando, através da compaixão, cheguei a reconhecer nos piores dos encarcerados um homem como eu; quando se diluiu aquela fumaça que me fazia crer ser melhor do que ele; quando senti pesar nos meus ombros a responsabilidade do seu delito; quando, anos faz, em uma meditação em uma sexta-feira santa, diante da cruz, senti gritar dentro de mim: ‘Judas é teu irmão’, então compreendi que os homens não se podem dividir em bons e maus, em livres e encarcerados, porque há fora do cárcere prisioneiros mais prisioneiros do que os que estão dentro e há dentro do cárcere mais libertos da prisão dos que estão fora. Encarcerados somos, mais ou menos, todos nós, entre os muros do nosso egoísmo.”

(Francesco Carnelutti)

RESUMO

A problemática da corrupção apresenta-se como um dos principais males da contemporânea sociedade brasileira. Suas mazelas não corrompem apenas o erário público, como a própria credibilidade na Administração Pública. Sua lamentável e corriqueira realidade é escancarada diariamente pela mídia, bem como estudos apontam suas recorrências fortemente centralizadas no âmbito da contratação pública. Por tais motivos, emerge a necessidade de um (re)pensar sobre os sistemas de controle à corrupção na contratação pública. Com base nesse contexto, o presente trabalho problematizou-se na avaliação dos déficits de contratação pública em termos de gargalos corruptivos aferidos principalmente pelo exercício de controle e jurisdicional do Tribunal de Contas e do Tribunal de Justiça, no Estado do Rio Grande do Sul, no período delimitado de 01/01/2013 a 01/01/2015. A hipótese óbvia a tal problemática é a de que estes gargalos persistem em face da ausência de políticas públicas preventivas. A partir de então, norteou-se ao objetivo de identificar mecanismos de instrumentalização possibilitadores de uma maior eficácia aos meios de controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos. Para tanto, fez-se necessário, no primeiro capítulo, abordar a temática da contratação pública através de uma perspectiva processualista, (re)montando suas principais unidades funcionais e suas relações com a corrupção, além da análise de suas fases e características; no segundo capítulo, avaliar, a partir da pesquisa realizada sobre os elementos doutrinários e jurisprudenciais do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, os dados concernentes às recorrências corruptivas em face da contratação pública, assim como seus mecanismos de controle e seus marcos normativos e políticos; e, por fim, no terceiro capítulo, discorrer sobre a corrupção no âmbito da contratação pública, bem como identificar e analisar os obstáculos ao controle da corrupção em seu exercício. Este estudo possibilitou identificar 04 (quatro) mecanismos que possam vir a proporcionar uma maior eficácia aos modelos de controle já existentes no ordenamento normativo brasileiro, a saber: 1. programas de orientações sociais sobre a contratação pública; 2. adoção de cartilhas padrões orientativas ao exercício fiscalizatório de irregularidades na contratação pública; 3. maior controle fiscalizatório e sancionatório sobre a efetividade da transparência e do controle interno; 4. necessidade de melhor estruturação e qualificação funcional do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Destaca-se que para realização da presente trabalho foi utilizado o método hipotético-dedutivo, e a técnica decorreu através da pesquisa bibliográfica e documental, com principal ênfase na consulta de dados de campo, colhidos através da pesquisa realizada junto a jurisprudência e doutrina do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Contratação pública; Corrupção; Administração Pública; Mecanismos de aprimoramento e Unidades funcionais.

RESUMEN

El tema de la corrupción se presenta como uno de los principales males de la sociedad brasileña contemporánea. Sus males no sólo corruptos del erario público, como la propia credibilidad de la Administración Pública. Su realidad lamentable y común está abierto a diario por los medios, y los estudios indican sus recurrencias fuertemente centralizadas en el contexto de la contratación pública. Por estas razones, surge la necesidad de una (re) pensar en los sistemas de control de la corrupción en la contratación pública. En base a este contexto, este trabajo fue problematizada en la evaluación de los déficits de contratación pública en los términos de los cuellos de botella de corrupción medidos principalmente por el ejercicio del control y la revisión judicial del Tribunal de Cuentas y el Tribunal de Justicia en el estado de Rio Grande do Sul, en delimitado período de 01/01/2013 a 01/01/2015. Los problemas obvios de esta hipótesis es que estos cuellos de botella persisten debido a la falta de políticas preventivas. Desde entonces, nos mostraron el objetivo de identificar los mecanismos de explotación facilitadores de una mayor eficiencia para el control de la contratación pública significa para prevenir los actos de corrupción. Para ello, era necesario, en el primer capítulo, abordar la cuestión de la contratación pública a través de un punto de vista procedimental, (re) ensamblaje de sus principales unidades funcionales y su relación con la corrupción, así como el análisis de sus fases y características; en el segundo capítulo, evaluar, a partir de las investigaciones realizadas sobre los elementos doctrinales y jurisprudenciales de la Corte de Justicia y el Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul, los datos relativos a las recurrencias corrompen en la cara de la contratación pública, así como sus mecanismos marcos de control y su normativos y de política; y finalmente, en el tercer capítulo, discutir la corrupción en la contratación pública, así como identificar y analizar los obstáculos para el control de la corrupción en su ejercicio. Este estudio identificó cuatro (04) mecanismos que pueden proporcionar una mayor eficiencia para el control de los modelos existentes en el ordenamiento jurídico brasileño, a saber: 1. directrices sociales en los programas de contratación pública; 2. adopción de normas para folletos de orientación al ejercicio de fiscalización de las irregularidades en la contratación pública; 3. una mayor fiscalización y sanciones control sobre la eficacia de la transparencia y de control interno; 4. necesidad de una mejor estructuración y clasificación funcional del Tribunal del Estado de Rio Grande do si Sul. Destaca que para la realización de este estudio se utilizó el método hipotético-deductivo, y la técnica celebrada por la investigación bibliográfica y documental, con énfasis en el campo de consulta de datos, recogidos a través de la encuesta de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte y el Tribunal del Estado de Rio Grande do Sul.

Palabras clave: Adquisiciones; Corrupción; Administración Pública; Mecanismos de mejora y unidades funcionales.

ABSTRACT

The issue of corruption is presented as one of the main ills of contemporary Brazilian society. Their ills not only corrupt the public purse, as the very credibility in Public Administration. His unfortunate and commonplace reality is wide open on a daily basis by the media, and studies indicate its heavily centralized recurrences in the context of public procurement. For these reasons, emerges the need for a (re) think about the control systems of corruption in public procurement. Based on this context, this work was problematized in the evaluation of public procurement deficits in terms of corruptive bottlenecks measured mainly by the exercise of control and judicial review of the Court of Auditors and the Court of Justice in the state of Rio Grande do Sul, in delimited period of 01/01/2013 to 01/01/2015. The obvious problems this hypothesis is that these bottlenecks persist due to the absence of preventive policies. Since then, we were guided to the objective of identifying enablers exploitation mechanisms for greater efficiency to public procurement control means to prevent the corruptive acts. For this, it was necessary, in the first chapter, addressing the issue of public procurement through a proceduralist perspective, (re) assembling its main functional units and their relationship to corruption, as well as analysis of its phases and characteristics; in the second chapter, evaluate, from the research carried out on the doctrinal and jurisprudential elements of the Court of Justice and the Court of Auditors the State of Rio Grande do Sul, the data concerning the corrupting recurrences in the face of public procurement, as well as its mechanisms control and its normative and policy frameworks; and finally, in the third chapter, discuss corruption within public procurement, as well as identify and analyze the obstacles to controlling corruption in their exercise. This study identified four (04) mechanisms that may provide greater efficiency to control models existing in the Brazilian legal system, namely: 1. social guidelines on government contracting programs; 2. adoption of standards for guidance booklets to fiscalization exercise of irregularities in public procurement; 3. greater fiscalization and sanctions control over the effectiveness of transparency and internal control; 4. need for better structuring and functional qualification of the State Court of Rio Grande do Sul. Destaca that for realization of this study we used the hypothetical-deductive method, and the technical held by bibliographic and documentary research, with main emphasis in the field of data query, collected through the survey of case law and doctrine of the Court and the State Court of Rio Grande do Sul.

Keywords: Procurement; Corruption; Public administration; Enhancement mechanisms and functional units.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
2 A CONTRATAÇÃO COMO PROCESSO: PRESSUPOSTOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUAS RELAÇÕES COM A CORRUPÇÃO .	13
2.1 A conceituação de contratação pública	14
2.2 Fases e características da contratação pública	19
2.3 (Re)construção das unidades de processos funcionais da contratação pública	32
3 O CONTROLE DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUAS RECORRÊNCIAS CORRUPATIVAS: EXAME ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	46
3.1 Exame acerca da jurisprudência e da doutrina do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em face de recorrências corruptivas na contratação pública	48
3.1.1 Das modalidades de atos corruptivos praticados na contratação pública	50
3.1.2 Das fases da contratação pública em que decorreram as recorrências corruptivas	56
3.1.3 Das modalidades de licitação em que decorreram as recorrências corruptivas	57
3.2 Exame acerca da jurisprudência e da doutrina do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em face de recorrências corruptivas na contratação pública	60
3.2.1 Das modalidades de atos irregulares/corruptos praticados na contratação pública	62
3.2.2 Das fases da contratação pública em que decorreram as recorrências corruptivas	69
3.2.3 Das modalidades de licitação em que decorreram as recorrências corruptivas	70

3.3	Os meios de controle da contratação pública: marcos normativos e políticos	72
4	POSSIBILIDADE DE MAIOR EFICÁCIA DO CONTROLE DOS CONTRATOS PÚBLICOS EM FACE DA CORRUPÇÃO	80
4.1	A corrupção no âmbito da contratação pública	82
4.2	Os obstáculos ao controle da corrupção no exercício da contratação pública	91
4.2.1	Do desconhecimento social sobre a complexidade procedimental da contratação pública	92
4.2.2	Da burocracia procedimental e da linguagem excessivamente técnica do processo contratual público	93
4.2.3	Da inefetiva criteriosidade na fiscalização e julgamento de irregularidades nos processos administrativos contratuais	94
4.2.4	Da inefetividade da transparência dos atos públicos no Brasil	95
4.2.5	Do déficit do quadro funcional dos servidores do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul	98
4.2.6	Da ineficácia do controle interno e a cultura da impunidade	99
4.2.7	Das elevadas técnicas organizacionais à prática de atos corruptivos .	100
4.2.8	Da vulnerabilidade das unidades procedimentais da contratação à corrupção	103
4.3	Instrumentos que podem contribuir para uma maior eficácia do controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos	104
4.3.1	Programas de orientações sociais sobre a contratação pública	105
4.3.2	Adoção de cartilhas padrões orientativas ao exercício fiscalizatório de irregularidades na contratação pública	107
4.3.3	Maior controle fiscalizatório e sancionatório sobre a efetividade da transparência e do controle interno	110
4.3.4	Necessidade de melhor estruturação e qualificação funcional do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul	112
5	CONCLUSÃO	116
	REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

No atual cenário sociopolítico brasileiro, a cada dia que passa mais evidente se apresenta o fenômeno da corrupção, uma vez que rotineiros são os escândalos veiculados pelos campos midiáticos, que apontam multifacetadas recorrências corruptivas, nos mais variados âmbitos da Administração Pública.

Tal problemática, ao passo em que apresenta sua habitualidade, assume o patamar entre as principais vilãs do interesse público, pois devastadoras são as mazelas que provoca à sociedade, como a apontada em estudo apresentado pela Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), que diagnosticou que o custo anual acarretado pela corrupção ao Brasil gira em torno de 41,5 e 69,1 bilhões de reais (LEAL, 2013, p. 80).

Tal mazela não paira apenas na lesão da absurda cifra sobre o erário, cujo montante seria suficiente para melhor fomentar políticas básicas sociais num país tão carecedor como o brasileiro. Ela também acarreta aos cidadãos a descrença com a política e com o exercício administrativo público, incute no senso geral a desmoralização à representação e radicais cobranças por mudanças legais e governamentais, entre tantos outros fatores de elevada nocividade.

O endêmico fenômeno corruptivo tem suas raízes fortemente centralizadas no processo da contratação pública, panorama esse elucidado por recentes estudos que apontam que os maiores índices de recorrências corruptivas decorrem na contratação pública, como o apresentado pela Controladoria-Geral da União, através da 30ª (trigésima) edição de seu Programa de Fiscalização por Sorteio, que registrou irregularidades com licitações em 57 (cinquenta e sete) dos 60 (sessenta) municípios fiscalizados, ou seja, mais de 95% dos entes públicos fiscalizados apresentaram recorrências corruptivas em contratações públicas (BRASIL, 2010).

Diante desse quadro, que aponta a corrupção fortemente imbricada na contratação pública e que incute mazelas como o descrédito social e ásperas reivindicações por mudanças governamentais e de recrudescimentos punitivos, faz-se necessário, antes de qualquer medida, (re)analisar a própria complexidade do instituto da contratação pública e seus mecanismos de controle, pois estes ainda são as principais ferramentas para a prevenção da corrupção.

Assim, o tema do presente trabalho circundará na temática da possibilidade de aprimoramento do controle dos contratos públicos em face à corrupção no Brasil pós-Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a problemática centraliza-se na avaliação dos déficits de contratação pública em termos de gargalos corruptivos aferidos principalmente pelo exercício de controle e jurisdicional do Tribunal de Contas e do Tribunal de Justiça, no Estado do Rio Grande do Sul, no período delimitado de 01/01/2013 a 01/01/2015. E a hipótese a tal problemática é a de que estes gargalos persistem em face da ausência de políticas públicas preventivas a partir dos dados colhidos.

A partir de então, norteou-se ao objetivo geral de identificar mecanismos de instrumentalização possibilitadores de uma maior eficácia aos meios de controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos.

A corroborar com o referido objetivo o presente trabalho também será conduzido através de outros específicos, estes: i) analisar a contratação pública pelo viés do que se chamará de perspectiva processualista, buscando (re)constituir seus principais processos funcionais, na finalidade de ampliar a compreensão da complexidade dessas unidades processuais e identificar de forma, mais pontual, os riscos corruptivos existentes nos contratos administrativos; ii) abordar os marcos normativos e políticos dos meios de controle dos atos e contratos administrativos; iii) realizar pesquisa junto à jurisprudência e à doutrina do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul acerca das recorrências corruptivas em face da contratação pública.

No intuito de analisar a possibilidade de mecanismos de aprimoramento ao controle de atos corruptivos na contratação pública, este trabalho amparou-se no método de abordagem hipotético-dedutivo, visto que este verifica preposições lógicas e verdadeiras ao problema de pesquisa, mediante a formulação de diversas conjecturas. Após a construção destas conjecturas, as mesmas serão confrontadas e, em não ocorrendo seu falseamento ou refutação, serão corroboradas. Quanto à técnica a ser utilizada, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental. Será bibliográfica, porque buscará, com livros de autores renomados, artigos de publicações periódicas e impressas e sites especializados alcançar o objetivo da dissertação. E documental, pois utilizará a norma legal que se relaciona com o trabalho.

Contudo, é importante ser destacado ainda quanto à metodologia, que o presente trabalho, em sua grande parte, centralizou-se na consulta de dados de campo, colhidos através de pesquisa realizada para avaliar, a partir de elementos doutrinários e jurisprudenciais do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, estatísticas concernentes aos atos corruptivos em face da contratação pública. Pesquisa esta de grande relevância ao ordenamento jurídico e à compressão dos fenômenos sociais.

Releva-se ainda que o trabalho não adotou nenhum marco teórico referencial único, tendo em vista a complexidade constitutiva do tema da corrupção, e seus fundamentos filosóficos, políticos, econômicos e sociológicos. Assim, a escolha foi a de dialogar com diversas fontes congruentes que tratam da matéria.

A presente pesquisa vincula-se à linha de pesquisa denominada Constitucionalismo Contemporâneo, linha esta que tem por objetivo compreender o fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias próprias de uma sociedade altamente complexa, em razão da pluralidade normativa que lhe é própria.

Diante do exposto, o presente trabalho apresenta-se estruturado em três capítulos e seus respectivos subitens.

No primeiro capítulo, será abordada a temática da contratação pública através de uma perspectiva processualista, buscando (re)montar suas principais unidades funcionais e suas relações com a corrupção. Para tanto, será também trabalhada a conceituação de contratação pública, bem como suas fases e características.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará do tema do controle da contratação pública e suas recorrências corruptivas, através de uma análise dos dados quantitativos levantados junto à pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça e no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Após a pesquisa delineada, serão abordados os mecanismos de controle da contratação pública e seus marcos normativos e políticos.

Por fim, o terceiro e último capítulo discorrerá acerca dos instrumentos que podem contribuir para uma maior eficácia do controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos. Para tanto, num primeiro momento, será abordada a corrupção no âmbito da contratação pública, remontando a conceituação, além das principais temáticas envolvidas do tema. Posteriormente, será realizada uma análise concernente aos obstáculos ao controle da corrupção no exercício da contratação

pública, com base na doutrina e nos dados levantados na pesquisa feita junto ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

2 A CONTRATAÇÃO COMO PROCESSO: PRESSUPOSTOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUAS RELAÇÕES COM A CORRUPÇÃO

A complexidade procedimental da contratação pública é conhecida por poucos. O senso geral restringe-a, erroneamente, ao sinônimo de licitação e deposita sobre a mesma uma total descredibilidade por considerá-la como uma das “portas de acesso” à corrupção.

Neste panorama, o campo da contratação pública encontra-se envolto por uma série de tensões, entre as quais nos deparamos com o fator do descrédito político-social, uma vez que muito forte a associação que a opinião pública faz entre a corrupção e a contratação pública (CASSAGNE, 2013, p.25).

Melhor dizendo, os reiterados escândalos que envolvem corrupção, veiculados pela mídia, conciliados aos avassaladores malefícios que este fenômeno provoca à sociedade, acarreta ao senso geral a perda da confiança em institutos como o da contratação pública, efeito este extremamente nocivo e que melhor pode ser compreendido nas palavras de Leal:

Quando tais normas são violadas, é a própria matriz criativa do social que se vê atacada, instabilizando as bases do convívio societal e instalando ambiências de insegurança – quebra da confiança – na Ordem Democrática e em suas instituições e momentos conformadores, abrindo espaços para o caos mitigador de Direitos e Garantias Fundamentais, públicos e privados (LEAL, 2013, p.8).

No entanto, é importante não perdermos de vista que a contratação pública ainda é a hábil e adequada ferramenta à concretização das relações negociais administrativas, bem como não se pode ocultar que se trata de um processo amplo, harmônico e coerente, contendo em suas unidades processuais mecanismos funcionais propícios ao controle de recorrências corruptivas.

Logo, o universo procedimental da contratação pública possui uma ritualística complexa, dotada de inúmeras unidades processuais, que não visam apenas à formalização contratual ou à seleção da melhor proposta de execução do interesse público perquirido, mas também ao controle de atos corruptivos.

Assim, na busca de uma melhor compreensão à contratação pública, objetivou-se, neste capítulo, analisar o contrato público através de uma perspectiva processualista que (re)monte suas principais unidades de processos funcionais e

suas relações com a corrupção. Para tanto, faz-se necessário, num primeiro momento, reconstruir a conceituação de contratação pública, através de um enfoque amplo, bem como abordar as fases da contratação pública, através da identificação temporal (início, meio e fim) de seus procedimentos e de suas principais características.

2.1 A conceituação de contratação pública

Entre os fatores fundamentais à democratização do Estado afigura-se a contratação administrativa, cuja origem se circunda na finalidade de extirpar as características arbitrárias de governos autoritários, como apropriações de bens privados, constrangimento de cidadãos à prestação de serviços, sem qualquer formalidade (JUSTEN FILHO, 2010, p. 11).

Com base em tal ideário, a teorização da contratação pública tem seu desenvolvimento através da doutrina francesa, em especial no teórico Gaston Jéze, cuja fonte embasadora foram os arestos do Conselho de Estado (Mello, 2006, p. 14).

O Direito brasileiro, devidamente influenciado pela doutrina francesa, por volta do século XX passa, paulatinamente, a institucionalizar a contratação pública. Contudo, destaca-se que, até o advento do Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, a contratação pública no Brasil nunca teve um tratamento orgânico e sistemático. Sucintamente, encontrou regência legislativa no Código da Contabilidade da União de 1922, o qual, mais de quatro décadas depois, foi alterado pelo Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro 1967 (Diretrizes para a Reforma Administrativa).

Porém, a temática normativa das negociações públicas no Brasil ganhou ampla relevância com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tornou o processo licitatório obrigatório em qualquer obra, serviço, compra ou alienação pública, assegurando que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e isonomia se fizessem presentes em todo o processo de aquisição de bens e/ou serviços públicos, promovendo iguais condições entre todos os concorrentes.

Nesse contexto da evolução legislativa concernente à contratação pública, o processo de impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, por suspeita de corrupção nos processos de compras públicas, foi um acontecimento

marcante para o setor, pois, após esse evento, foram promulgadas diversas leis com foco no combate à corrupção e na reestruturação da normatividade contratual pública até então vigente (MOTTA, 2010).

Sequencialmente, o ordenamento legislativo brasileiro evoluiu ao editar a Lei 8.666, em 26 de junho de 1993, que acabou revogando o Decreto-Lei 2.300/86 e instituindo o novo regime jurídico das licitações e dos contratos da Administração Pública, a qual foi complementada, posteriormente, pela Lei 8.833, de 08 de junho de 1994.

A referida Lei das Licitações, como é conhecida a Lei 8.666/93, instituiu, em seu art. 22, que a contratação pública tem que se dar através das modalidades de licitação da concorrência, da tomada de preços, do convite, do concurso e do leilão. Contudo, é importante destacar que a referida lei prevê casos de dispensas e inexigibilidades de licitação, bem como uma série de unidades procedimentais a serem seguidas a tanto.

A modalidade licitatória do pregão foi somada às modalidades de licitação pelo Decreto 3.555, de 08 de agosto de 2000. A ela foi insculpido, além dos princípios da legalidade, finalidade, isonomia, moralidade administrativa e publicidade, o princípio da celeridade, haja vista a significativa redução de prazos de publicação e recursais decorrentes dessa modalidade. Essa modalidade licitatória, em 31 de maio de 2005, através do Decreto 5.450, passou por um avanço que a regulamentou na forma eletrônica como modalidade de licitação do tipo menor preço, que ocorre quando a sessão pública - etapa na qual ocorre a disputa pelo fornecimento do bem ou serviço - for feita à distância, por meio de sistema que promova a comunicação pela *internet*.

Entretanto, as referidas legislações não são os únicos diplomas legais orientados para a regulação jurídica dos contratos celebrados pela Administração. As concessões e permissões de serviço público, os contratos que têm por objeto a utilização de bens públicos e os contratos de emprego público são regulamentados por leis específicas.

É oportuno destacar que, para uma melhor compreensão da contratação pública, não basta apenas a observância aos diplomas legais que a regulamentam, mas também à devida criteriosidade a toda carga principiológica insculpida no texto constitucional e demais normas que fundamentam a atuação desta. À contratação pública, enquanto procedimento administrativo, é aplicável a generalidade dos princípios da atividade administrativa, como, por exemplo, o princípio da legalidade,

o princípio da proporcionalidade, o princípio da imparcialidade e o princípio da boa fé, da motivação, etc.

Portanto, é indubitável ao Estado Democrático de Direito a fundamentalidade da evolução histórica legislativa que a contratação pública assumiu, eis que, para a aquisição dos bens e serviços necessários à concretização dos interesses públicos, o Estado se vê compelido, diariamente, a recorrer à iniciativa privada ou até mesmo à iniciativa pública. Em outras oportunidades, o próprio interesse público demanda a celebração de negócios jurídicos que envolvam a transação econômica de bens pertencentes ao domínio público. Para tanto, afigura-se a contratação pública como o instrumento posto à disposição da Administração Pública para a efetivação dessas tarefas.

De toda forma, antes de adentrar na conceituação de contratação pública, faz-se necessário traçar uma breve distinção desta com contrato público, a qual será adotada no presente trabalho, pois, apesar de possuírem nomenclaturas similares, seus significados são diferentes. Melhor explicando, o contrato público trata-se de unidade processual dentre o todo maior que é a contratação pública, atuando como instrumento formalizador, através de suas cláusulas, das condições objetivadas ao melhor interesse público, bem como às condições adjudicadas do certame licitatório. Por outro lado, o objeto da contratação pública é que definirá a “Modalidade do Contrato Público”¹.

Temática fundamental à compreensão da contratação pública diz respeito aos subordinados a seu regime, a qual encontra resposta no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que elenca, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal, assim como pelos Municípios brasileiros.

Empresas privadas, em regra, não obedecem ao princípio licitatório, o que tem sido derogado por normas de ordem pública, quando tais empresas contratam com o Poder Público e se utilizam de benefícios, especialmente dinheiro público, a exemplo das concessionárias de serviços públicos (como empresas de distribuição

¹ O Direito Administrativo brasileiro prevê as seguintes modalidades de contratos públicos: contrato de prestação ou locação de serviços, de obra pública, de fornecimento, de empréstimo público e de função pública, bem como o contrato de concessão de serviço público, de obra pública, de uso de bem público, de concessão patrocinada e de concessão administrativa.

de energia elétrica, no caso brasileiro), quando recebem dinheiro público para financiamento de seu interesse ou das empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Ao passo em que a Lei 8.666/93, em seu artigo 1º, parágrafo único, estabelece os subordinados ao regime da contratação pública, sequencialmente, o seu artigo 2º determina a necessidade de certame licitatório para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, com ressalva às hipóteses previstas em seu próprio corpo legal. O mesmo artigo, em seu parágrafo único, conceitua o instituto do contrato público, para fins de sua incidência, como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada” (BRASIL, 1993).

Denota-se, nesse sentido, que o legislador especificou, perante a Lei 8.666/93, os subordinados ao regime contratual público, a obrigatoriedade e a conceituação do contrato público e da licitação, porém aborda tais institutos individualmente, ou seja, na forma de unidades processuais funcionais que são. Assim, uma conceituação legal sobre a contratação pública – no significado de sua universalidade processual – ainda não se afigura.

No entanto, no corpo da Lei 8.666/93, verifica-se inúmeras passagens com as terminologias “processo de contratação”, “processo licitatório” e “processo administrativo”², as quais não são conceituadas, mas conduzem à interpretação da existência de um conjunto orgânico e sistemático de unidades funcionais legais da contratação pública.

Logo, a contratação pública, em seu sentido amplo e abrangente, não encontra uma conceituação legal.

A doutrina, por sua vez, perquirindo tal objetivo, conforme pode ser observado nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 337), ao conceituar a contratação pública, toma por base a distinção entre fato jurídico e ato jurídico, considerando que é possível defini-la através de sua natureza declaratória

² A terminologia “processo de contratação” encontra-se empregada no artigo 3º, parágrafo 11º da Lei 8.666/93. Já a terminologia “processo licitatório” verifica-se nos artigos 7º, parágrafo 2º; artigo 39, *caput*; artigo 41, parágrafo 3º; art. 49, parágrafo 3º e artigo 63, *caput*, todas da Lei 8.666/93. E a terminologia “processo administrativo” encontra-se no art. 31, parágrafo 5º; art. 38, *caput*; art. 78, inciso XII; e no art. 76, parágrafo 2º, ambas da Lei 8.666/93.

prescritiva, sendo composta por um acordo de duas ou mais vontades e inserindo normas jurídicas individuais destinadas à regulação do interesse de suas partes. Na teoria dos atos jurídicos, a contratação se classifica como negócio jurídico, haja vista seu vínculo com o exercício da autonomia privada. Assim, o ato administrativo estaria direcionado a uma manifestação jurídica de vontade da Administração Pública, enquanto que a contratação administrativa abrange manifestação bilateral de vontade, que percorre uma ritualística funcional própria para tanto.

Em relevante ensinamento, Sundfeld busca uma melhor compreensão sobre a contratação pública através da sua natureza contratual, destacando a importância da constatação de três vieses:

(i) as relações constituídas nesses negócios jurídicos são oriundas de um acordo de vontades firmado entre Administração e terceiro, e não de um ato unilateral dotado de imperatividade; (ii) há a contraposição de interesses, na qual a Administração permeia um interesse público específico, e o terceiro um interesse patrimonial legítimo; e, (iii) deve haver uma equivalência entre as prestações convencionadas no negócio jurídico (SUNDFELD, 1994, p. 212).

Já para o professor Hely Lopes Meirelles (2010, p. 215), a contratação pública é vista como o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração Pública, provenientes de um processo legal a ser seguido.

Importante entendimento sobre contratação pública também pode ser observado pelo renomado doutrinador Bandeira de Mello (2006, p. 503), o qual compreende que a mesma se estrutura através de três exigências públicas. A primeira seria o interesse público quanto ao investimento dos recursos governamentais, procurando-se a oferta mais vantajosa; a segunda seria o respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade, *ex vi*, artigos 5º e 37 da Carta Constitucional de 1988, pela abertura de disputa no certame; e, por fim, a obediência da probidade administrativa, prevista nos artigos 37, *caput*, e 85, V, da Constituição Federal.

Somando-se ao exposto, fundamental é a conceituação de contratação pública delineada por Bittencourt e Reck, que, com maestria, a reconhecem como processo maior, dotado de uma sucessão de decisões regidas pelo ordenamento jurídico:

Assim, a contratação pública é uma sucessão de decisões, decisões essas que formam unidades processuais, e essas unidades processuais formam um processo maior. Cada uma dessas decisões são decisões “possíveis”, isto é, em potência, não necessariamente ocorrendo, mas inseridas nos jogos de linguagem da lei. As decisões relacionam-se umas com as outras, formando novamente unidades. É importante dizer que tanto essas decisões, quanto as unidades formadas pelos conjuntos de decisões são decisões regradas pelo ordenamento jurídico (BITTENCOURT; RECK. In: COSTA, 2014, p. 39).

A partir dos ensinamentos doutrinários e legais apresentados, será aqui conceituada a contratação pública como um processo formado por uma sucessão de unidades decisórias, que concatenadamente se compreendem como o conjunto de fases, etapas e atos estruturados de forma lógica e regrados pelo ordenamento jurídico, para permitir que a Administração Pública, a partir da identificação de sua necessidade, planeje com precisão a solução (encargo) desejada e minimize riscos, bem como selecione de modo eficiente, por meio de tratamento isonômico, a pessoa física ou jurídica capaz de satisfazer plenamente sua necessidade pela melhor relação benefício-custo.

Assim, delineada a conceituação, apresenta-se de suma importância a abordagem das fases da contratação pública através da identificação temporal (início, meio e fim) de seus procedimentos e principais características, o que possibilitará, sequencialmente, a (re)construção individual dos principais processos funcionais da contratação pública, não apenas como forma de uma maior compreensão da complexidade destas unidades processuais, como também para construir um campo de observação passível a uma melhor identificação de seus mecanismos de controle em relação à corrupção.

2.2 Fases e características da contratação pública

Conforme acima referido, trata-se a contratação pública de um processo administrativo amplo, harmônico e coerente, contendo em suas unidades processuais mecanismos funcionais próprios ao controle da corrupção, tornando-se, assim, de grande relevo ao estudo a abordagem das fases da contratação pública através da identificação temporal (início, meio e fim) de seus procedimentos e de suas características.

Primeiramente, para uma melhor compreensão da sequência de regras formadoras das fases da contratação pública, observa-se as palavras de Ismael

Matta, ao considerar que atividade contratual do Estado se desenvolve através de uma sequência de regras pré-estabelecidas e que são qualificadas como procedimentos:

La actividad contractual del Estado, como parte de la función administrativa y como todas las actividades estatales, se desenvuelve em una secuencia de reglas establecidas que reciben la calificación de “procedimientos”. Em líneas generales, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la regulación del desarrollo de las múltiples actividades que componen la función estatal de administrar, constituye el “procedimiento administrativo”, reservando el concepto de “processo” para la función judicial, com una aplicación específica si se trata del control de la administración por el juez (MATTA, apud MUÑOZ, 2013, p. 25).

O ordenamento normativo brasileiro concernente à contratação pública não faz menção expressa à existência de fases. Porém, em leitura de dispositivos, como os artigos 38, da Lei 8.666/93, e 7º, da Lei 14.167/02, é possível identificar - e assim a própria doutrina pátria especializada entende - a existência de uma fase interna e outra externa (MELLO, 2011, p. 532).

Logo, a contratação pública tem seu nascedouro na chamada “Fase Interna ou Preparatória”, que delimitará e determinará as condições do ato convocatório antes de trazê-lo ao conhecimento público. Nesta fase decorrem, de fato, os pressupostos da licitação e da contratação a serem realizadas, assim como a identificação das necessidades, a solução proposta, a remuneração e orçamento, as regras de disputas, a escolha do regime jurídico aplicável e, principalmente, o estabelecimento dos mecanismos de controle, o zelo à ampla transparência e publicidade.

Desta forma, ante a relevância, passa-se a abordar os principais procedimentos previstos na “Fase Interna da Contratação” e suas características, na ordem cronológica legal.

A unidade procedimental inaugural da contratação pública se dá através da solicitação expressa do setor requisitante, com a exposição de motivos que justificam a necessidade da contratação, a qual encontra vinculação no princípio constitucional da motivação dos atos administrativos.

Quanto à fundamentalidade da observância da motivação dos atos administrativos, os relevantes ensinamentos de Diogenes Gasparine (2005, p. 23) demonstram que a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou a indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo, visto a Lei 9.784/99, em seu art. 50, prever a necessidade de motivação dos

atos administrativos, sem fazer distinção entre atos vinculados e discricionários, embora os mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida.

Subsequentemente, apresenta-se a obrigatoriedade de elaboração de projeto básico³ e, por vezes, de projeto executivo⁴ (Lei 8.666/93, art. 6º, IX, art. 7º, I, § 2º, I e art. 12), nos quais se faz necessária a definição do objeto, com especificação de forma precisa, clara e sucinta (Lei 8.666/93, art. 14). Entende-se que o projeto básico é documento primordial na contratação de obras e serviços e que nele devem estar definidos todos os elementos necessários e suficientes à plena identificação da obra ou do serviço.

A descrição detalhada do objeto a ser contratado, dos serviços a serem executados, sua frequência e periodicidade, características de pessoal, de materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina, gestão da qualidade, informações a serem prestadas e controles a serem adotados são exemplos de conteúdo de um projeto básico vinculado à observância, cujo objetivo é levar a Administração Pública a realizar obras, adquirir produtos ou contratar serviços a preço de mercado e, portanto, de forma econômica, eficiente e vantajosa, além de se revestir da finalidade de demonstrar ao interesse público a real efetividade e coerência da contratação.

Nessa ordem, necessário também se faz a estimativa do valor da contratação, mediante pesquisa de mercado (Lei 8.666/93, art. 43, IV, art. 15, V); o orçamento estimado em planilhas com custos unitários (Lei 8.666/93, art. 7º, § 2º, II); e a indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa (Lei 8.666/93, art. 7º, § 2º, III e IV, art. 14; Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000 (LRF), art. 15 e 16). Assim, irrazoável e indevida a negociação sem antes a realização do devido levantamento e constatação da disponibilidade financeira. Além do mais, a presença de recursos públicos disponíveis à contratação não pode ser entendida como uma

³ Trata-se o projeto básico de documento que elenca o conjunto de elementos de forma precisa para caracterizar a obra ou o serviço, demonstrando sua viabilidade técnica, o impacto ambiental, especificações, materiais e equipamentos, avaliação do custo em orçamento detalhado, identificando os elementos constitutivos, definição do objeto, métodos, estratégia de suprimentos, prazo de execução, fiscalização. Definição contida no artigo 6º, IX, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993). Importante ser destacado que o projeto básico também é obrigatório, no que couber, para contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

⁴ Trata-se o projeto executivo do conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT. Definição contida no artigo 6º, X, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

mera liberalidade à realização de compras, obras ou serviços, eis que, neste ponto, se relevam critérios norteadores como o da oportunidade e conveniência.

Presentes os requisitos citados, entre outros exigidos, passa-se à aprovação da autoridade competente para instauração do procedimento licitatório, a ser devidamente motivada e analisada sob a referida ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público.

Devidamente fundamentada a aprovação, procede-se à definição da modalidade, tipo de licitação a ser adotado, que poderá ser: a) carta-convite; b) tomada de preços; c) concorrência; d) leilão; e) concurso ou f) pregão - lote único ou não, ou, ainda, por itens. O procedimento deverá redundar na autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado de forma sequencial (Lei 8.666/93, art. 38). Destaca-se que a portaria de instauração do processo é composta pelo procedimento da constituição da comissão de julgamento (Lei 8.666/93, art. 51).

O último ato da fase interna pairará na elaboração da minuta do edital, que necessita, obrigatoriamente, ser analisada e aprovada pela Assessoria Jurídica da Administração Pública, a fim de verificar a sua conformidade legal (artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93). Aprovada a minuta, procede-se à formalização do edital de licitação.

Em caso de não observância dos procedimentos apontados na fase interna, ou se estes se revestirem de vício, estará o respectivo processo contratual público sujeito à nulidade.

Já a fase externa se apresenta de forma mais ampla, pois versa sobre o processo licitatório, o instrumento contratual e a execução do objeto. Sua sequência procedimental inicia-se com a publicação do edital ou com a entrega do convite e termina com a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou da prestação do serviço.

Assim, o primeiro ato da fase externa, revestido da unidade procedimental da publicidade e transparência, apresenta-se no dever de publicação do edital de licitação ou da carta-convite no Diário Oficial e em jornal, com a antecedência prevista em lei, devendo dele constar todas as informações necessárias à indicação sobre o certame, para a manifestação de interesse e entrega de envelope pelos licitantes, ato este que se encontra disciplinado no artigo 21, da Lei 8.666/93.

Desta forma, aos participantes interessados, nos devidos prazos legais, se possibilita a habilitação, ocasião em que será averiguada a qualificação técnica e a

regularidade fiscal e trabalhista dos mesmos. Assim, antes do julgamento, se opera o procedimento da classificação, que diz respeito à análise das propostas apresentadas pelos licitantes habilitados, para a verificação da viabilidade da contratação, segundo os critérios objetivos constantes no edital ou na carta-convite. As condições da habilitação ao certame licitatório são reguladas pelos artigos 27 a 33, da Lei 8.666/93.

Posterior à habilitação dos licitantes, procede-se ao julgamento e classificação das propostas. Esta matéria encontra-se regulada pelo artigo 48 da Lei 8.666/1993, consistindo no momento em que se analisam as propostas, podendo a Administração rejeitar aquelas que não se coadunam com as regras do ato convocatório da licitação, que não forem manifestamente exequíveis ou que não tenham viabilidade comprovada. Realizado tal julgamento, promove-se a classificação das propostas na ordem determinada pela utilização do tipo (critério de julgamento) da licitação. Em caso de empate, deve-se observar o disposto no artigo 3º, parágrafo segundo, da Lei 8.666/1993.

Logo após a classificação da proposta, proceder-se-á à homologação, a qual consiste na análise, pela autoridade superior aos integrantes da comissão de licitação, da conveniência e da validade do processo licitatório até o momento em que se encontra. Conforme Maffini (2008, p.143), trata-se de procedimento que funciona como uma espécie de saneamento, não sendo caso de revogação (por razões de conveniência e oportunidade supervenientes à abertura da licitação) ou de anulação (por vício insanável). Será a licitação homologada, consistindo isto na declaração da Administração Pública de que o processo licitatório tramitou sem qualquer ato de irregularidade ou motivo para não prosseguir até a efetiva contratação.

Subsequente à homologação será realizada a adjudicação, a qual se constitui no ato pelo qual a Administração atribui ao licitante detentor da melhor proposta o objeto da licitação.

Mediante a adjudicação, a Administração reconhece a existência de uma proposta adequada às exigências legais e editalícias, encerra o procedimento licitatório, libera os demais proponentes de suas propostas e gera a expectativa de contratação para o adjudicatário. Por meio deste ato, o licitante vencedor tem assegurado o seu direito à contratação, se esta vier a se concretizar, isto é, se a Administração Pública vier a celebrar o contrato, só poderá fazê-lo com o

adjudicatário. Destaca-se que, nas licitações processadas sob a modalidade pregão, o ato de adjudicação antecede o de homologação e a competência para sua prática, conforme estabelece a Lei 10.520/02, depende do desenvolvimento do certame.

O último ato da contratação pública é compreendido pela execução contratual, na qual se assina o contrato, se dá o recebimento do que foi contratado, e, principalmente, deve ocorrer a gestão do contrato, objetivando verificar se os produtos foram entregues e se os resultados pretendidos com a contratação serão alcançados.

A execução contratual advém de um típico regime jurídico público, derogatório e diferente do Direito comum, razão pela qual indispensável ao estudo a análise de suas principais características e finalidades.

Entre as principais características da execução contratual afigura-se a “Presença da Administração Pública como Poder Público”, a qual, revestida da principiologia da preponderância do interesse público sobre o privado, confere à Administração Pública uma posição vantajosa sobre o particular, o que assim se dará através das cláusulas exorbitantes ou através de privilégios e prerrogativas próprias à Administração. Contudo, é importante ser observado que a referida supremacia sobre o particular não confere à Administração Pública o direito de realizar contratos lesivos ou ilícitos, devendo sempre ser respeitada a normatividade legal.

Outra característica da execução contratual, que não é apenas típica a este e, sim, à atividade administrativa, é a “Finalidade Pública”. Esta confere um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Toda contratação que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por desvio de finalidade, que a Lei da Ação Popular conceituou como “fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” do agente (Lei 4.717/65, art.2º, parágrafo único, “e”).

A referida finalidade também tem o objetivo de excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, parágrafo 1º). Em outras palavras, a contratação pública, sob pena de nulidade, deve se ater, mesmo que indiretamente, ao interesse público, ainda que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular.

A validade da contratação pública está também ligada diretamente à característica da “obediência à forma prescrita em Lei”, a qual impõe que todos os

atos contratuais administrativos devam estar em estrita sintonia com a lei, não sendo possível contrariá-la, inová-la e nem tratar de tema nela não previsto. Observe-se, portanto, que a lei é a fonte norteadora do contrato.

Desta forma, com exceção a outras leis esparsas que tratam de contratos públicos específicos, a Lei 8.666/93 destaca, quanto à regularização normativa – aspectos formais, os a seguir elencados em caráter exemplificativo, não atenuando a importância dos demais: a) vinculação à forma contratual escrita, com exceção do contrato verbal para pequenas compras de pronto pagamento, cujo valor não for superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no o art. 23, inciso II, “a”; b) necessidade de publicação no Diário Oficial, no prazo máximo de 20 dias a partir da data de sua assinatura, sob pena de não adquirir eficácia, regra esta contida no art. 61, parágrafo único; c) disciplina o artigo 62 da lei em comento, que o contrato se formaliza por meio de termos de contrato, carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, cada qual se resguardando à respectiva modalidade licitatória; d) dever de vinculação ao instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite, conforme a modalidade a ser adotada), de forma que nenhuma cláusula deverá ser acrescentada no contrato, contendo disposição não prevista na licitação, sob pena de nulidade contratual, já que afronta o dever de imparcialidade do certame licitatório, regra do artigo 54, parágrafo 2º; e) vinculação à previsão de cláusulas necessárias, contidas no art. 55, que tratam de matérias regulamentares (objeto, execução, rescisão, responsabilidade das partes) e de cláusulas financeiras, que versam sobre o equilíbrio econômico contratual(reajustamento, preços, etc.); f) previsão de prazo determinado, constante do artigo 57, parágrafo 3º. (DI PIETRO, 2011, pp. 244-245)

Interligando-se com a anteriormente abordada, a característica do “procedimento legal” confere, de forma similar, a vinculação contratual a determinados procedimentos em sua celebração, porém nesta varia a modalidade licitatória adotada, que redundará, dependendo qual a aplicada, na necessidade de autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recurso orçamentário e licitação.

Esta característica encontra respaldo no art. 37, XXI, da CF/88, ao exigir certame licitatório para os contratos de obras, serviços, compras e alienação. Quanto ao dever de indicação de recurso orçamentário, Di Pietro (2011, p. 248)

aponta a complementação que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) dá a essa matéria, mais especificadamente através dos artigos 15 e 16, que consideram não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não é devidamente prevista, bem como exigem, para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes.

Outra característica que assume papel de grande relevo no contrato público é a natureza de “adesão”, tendo em vista que todas as cláusulas do contrato vêm expressas no instrumento convocatório da licitação, cabendo ao contratado concorrer ou não para a licitação. Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração Pública que impõe as cláusulas contratuais, fazendo leis entre as partes, visando sempre ao princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. A doutrina pátria entende que a característica de adesão do contrato público não viola nem se torna desproporcional ao participante do certamente licitatório ou da relação comercial, pois, presente a autonomia da vontade, cabe ao contratado aceitar ou não contratar com a Administração Pública e, uma vez aceito, não poderá alterar nem suprimir cláusulas contratuais.

A característica *intuitu personae* dos contratos públicos celebra a natureza pessoal e relevante do contratado. Assim, em razão da pessoalidade que é apurada no certame licitatório, via de regra o objeto contratual deve ser executado pessoalmente pelo contratado. Neste sentido, o artigo 78, VI, da Lei 8.666/93 proíbe a subcontratação, total ou parcial, de seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, exceto se o edital dispuser o contrário. Caso o contratado violar a presente característica, o referido artigo prevê a rescisão unilateral do contrato, bem como as sanções administrativas previstas no artigo 87 da Lei 8.666/93.

A presença de “cláusulas exorbitantes” configura-se como uma das características mais acentuadas da contratação pública, eis que conferem à Administração Pública prerrogativas em face da parte contratada, o que a coloca em posição de supremacia e lhe enseja total autonomia para perquirir a finalidade do melhor interesse público.

A Lei 8.666/93, em seu texto, prevê a abrangência de diversas cláusulas exorbitantes, dentre as quais se destacam: a) possibilidade de a Administração

Pública exigir do contratado garantia nos contratos de obras, serviços e compras, podendo ser através de caução em dinheiro ou título da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária (artigo 56, parágrafo primeiro); b) alteração unilateral, quando decorrer modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica a seus objetivos, ou quando decorrer necessária modificação do valor contratual por motivos de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (art. 58, I, e 65, I); c) rescisão unilateral em razão de interesse público (art. 78, XII), de caso fortuito ou de força maior (art. 78, XVII), de inadimplemento com culpa do contratado (art. 78, I a VIII), ou de inadimplemento sem culpa (art. 78, IX a XI); d) fiscalização da execução (art. 58, III, e 67), que acompanha o direito de apontamento de determinações não adimplidas em conformidade contratual, sob pena da rescisão unilateral; e) aplicação por parte da Administração Pública de penalidades quanto à inexecução total ou parcial, as quais podem culminar em advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitações, impedimento de contratar com a Administração Pública por prazo não superior a dois anos, ou a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição (artigos 58, IV e 87); f) possibilidade de anulação do contrato público quando constatado que o instrumento contratual, em qualquer de suas fases, apresentou vícios que o tornem ilegal. Esta prerrogativa encontra-se consagrada na Súmula 473, do STF⁵.

Maffini (2008, p. 151) leciona que os contratos administrativos consistem na principal espécie de “negócio jurídico da Administração Pública”⁶, relevando sua diferenciação e importância em face dos demais instrumentos negociais administrativos (consórcios públicos, convênios e contratos de gestão).

Objetivando uma melhor definição conceitual do instituto do contrato público, passa-se, por ora, a uma rápida abordagem das demais figuras do negócio jurídico da Administração Pública, que são os consórcios públicos, os convênios e os contratos de gestão.

⁵ Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (BRASIL, 1969).

⁶ O autor Rafael Maffini (2008, p. 151) utiliza-se da expressão “negócio jurídico da Administração Pública” para designar os institutos jurídicos em que há manifestação de vontade da Administração Pública, para cuja produção de efeitos jurídicos se faz necessária a convergência com a vontade alheia, seja de outros órgãos ou entidades administrativas, seja de particulares.

O consórcio público encontra sua melhor definição na Lei 11.107/2005, que o conceitua como a associação pública formada por dois ou mais entes da Federação, para a realização de objetivos de interesse comum. Para tal associação, deve ser elaborado um contrato preliminar, que, ao ser ratificado mediante lei pelos entes da Federação interessados, se converte em contrato de consórcio público. Esse contrato denomina-se protocolo de intenções, devendo ser publicado em imprensa oficial pelos signatários. Passo importante à formalização legal do consórcio público deu-se através da Emenda Constitucional 19/1998, que o institui como regra constitucional (art. 241, da Constituição Federal).

Já o convênio administrativo é uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de parcerias que visam ao interesse público, mediante colaboração mútua. Tal instituto e o contrato são dois instrumentos de natureza jurídica distintas, eis que, no contrato, os interesses são opostos e contraditórios, enquanto que no convênio, são recíprocos. Os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem por meio de convênios para alcançá-los.

Destaca-se, ainda, que, no convênio, os partícipes objetivam um resultado comum e verifica-se também a mútua colaboração, não se cogitando, desta forma, preço ou remuneração, que é cláusula inerente aos contratos. Nos contratos, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu. No convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste. Assim, se um particular recebe verbas do Poder Público, decorrentes de um convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para fins estabelecidos pelo convênio. Por esta razão, a entidade está obrigada a prestar contas não só ao ente repassador, mas também ao Tribunal de Contas (DI PIETRO, 2011, 169).

E, por sua vez, os contratos de gestão, apesar da titulação, não se tratam tecnicamente de contratos. Consistem em uma convenção celebrada entre a Administração Pública e terceiros, pela qual se estabelecem planos de metas, parâmetros de eficiência ou simples ajustes comportamentais, com vistas à obtenção de um *status* jurídico especial. Este instituto tem sua base regulada no artigo 37, parágrafo 8º, da Constituição Federal, sendo regulamentado pelos artigos 51 e 52, da Lei 9.649/1988. A mais, destacam-se os contratos de gestão celebrados

com organizações sociais, disciplinados pelo artigo 5º, da Lei 9.637/1998 (MAFFINI, 2008, p. 154).

Indissociável das características da contratação pública apresenta-se o papel dos princípios que a norteiam. Tão grande a fundamentalidade da observância destes, que a Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, *caput*, prevê que o processo contratual:

[...] destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processado e julgado em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993)

Desta forma, observa-se que o legislador explicitou a principiologia concernente à contratação pública, a saber: a) legalidade; b) impessoalidade; c) moralidade; d) igualdade; e) publicidade; f) probidade administrativa; g) vinculação ao instrumento convocatório; h) julgamento objetivo. Destaca-se que os seis primeiros princípios citados encontram-se no artigo 37 da Constituição Federal. Ainda merece destaque o citado enunciado normativo, que, através da expressão “dos que lhe são correlatos”, passa a não estabelecer um rol exaustivo dos princípios jurídicos que devem incidir na contratação pública.

Por fim, após a análise sobre as principais fases e unidades procedimentais da contratação, é importante elucidar as hipóteses em que, legitimamente, a contratação pública é celebrada diretamente com a Administração Pública, sem a realização da licitação. Há duas situações distintas em que tal se verifica: a inexigibilidade de licitação ou sua dispensa.

Nos casos em que a lei autoriza a não realização da licitação, diz-se ser ela dispensável. José dos Santos Carvalho (2007, p. 225) ensina que a licitação dispensável tem previsão no artigo 24 da Lei 8666/93 e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la. Já no que se refere à hipótese de inexigibilidade, a licitação é inviável, ou seja, impossível de ser realizada, tendo em vista fatores que impedem a competitividade.

Assim, a Lei de Licitações, através de seu artigo 26, fixou as situações que exigem, além da motivação pela dispensa ou inexigibilidade, a comunicação à

autoridade superior e a publicação em imprensa oficial para contratação direta sem licitação, como apresentado no *caput* do texto legal, que dispõe:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (BRASIL, 1993)

Desta maneira, este procedimento deverá assistir a uma série de pressupostos ou requisitos que são considerados essenciais para a validade e a eficácia do ato administrativo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. E, neste contexto, o parágrafo único do artigo 26, da Lei de Licitações, e seus quatro incisos definem os elementos materiais e formais que deverão instruir o processo de dispensa, inexigibilidade ou retardamento, quais sejam: I) caracterização de situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II) razão da escolha do fornecedor ou executante; III) justificativa do preço; IV) documento de aprovação dos projetos de pesquisa para os quais os bens serão alocados.

Portanto, é importante ser compreendido que as situações de dispensa e inexigibilidade no certame licitatório exigem a formalização de unidade processuais próprias a tanto, entre as quais se destacam: 1) requisição da unidade administrativa que contenha a) definição clara do objeto a ser contratado; b) quantitativos; c) local de entrega; d) prazo de entrega; e) assinatura dos responsáveis; f) justificativa da urgência na aquisição/contratação, nas hipóteses do art. 24, IV, da Lei 8.666/93; g) documentos (jornais, revistas, fotos) que comprovem a situação emergencial; 2) autorização para abertura do processo de contratação (ato do Chefe do Executivo ou do Legislativo); 3) projeto básico aprovado pela autoridade competente (em caso de obras e serviços de engenharia); 4) orçamento detalhado em planilhas de quantitativos e custos que expressem a composição de todos os seus custos unitários (em caso de obras e serviços de engenharia); 5) declaração de existência de dotação orçamentária; 6) estimativa de impacto orçamentário e declaração de adequação orçamentária e financeira; 7) portaria de nomeação da Comissão Permanente de Licitação; 8) autuação; 9) documentação e proposta das empresas; 10) parecer jurídico; 11) ratificação; 12) empenho; 13) elaboração do contrato ou da

autorização para fornecimento, conforme o caso; 14) publicação da ratificação, nos termos do art. 26, da Lei 8.666/93.

Quando o caso for de contratações diretas mediante procedimento de dispensa de licitação, a contratação somente produzirá efeitos jurídicos (eficácia) após a publicação do ato. Neste caso, bastará uma única publicação, desde que ratificado o ato pela autoridade superior.

Segundo o art. 25, § 2º, da Lei 8.666/1993, na hipótese de inexigibilidade e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Delineadas as características e finalidades da contratação pública, passa a ser fundamental ao estudo o resgate da visão conferida por Bittencourt e Reck ao observarem tal instituto como um processo, agregando complexidade na medida em que o estabelecimento das obrigações e seu adimplemento passam a ser vistos de tal forma:

A ação administrativa sempre é processual. É importante dizer, contudo, que, como qualquer outro significado do mundo, quando se fala em contratação pública se fala em um sentido formado por um regime jurídico ao qual estão conectadas as decisões. Este regime jurídico é uma unidade formada por uma pluralidade. Essa pluralidade não é uma pluralidade linear, mas sim uma pluralidade de fontes, em princípio, desorganizadas, mas que formam um sentido próprio quando reunidas em rede. Assim a contratação pública é uma sucessão de decisões, decisões essas que formam unidades processuais, e essas unidades processuais formam um processo maior. Cada uma dessas decisões são decisões “possíveis”, isto é, em potência, não necessariamente ocorrendo, mas inseridas nos jogos de linguagem da lei. As decisões relacionam-se umas com as outras, formando novamente unidades. É importante dizer que tanto essas decisões, quanto as unidades formadas pelos conjuntos de decisões são decisões regidas pelo ordenamento jurídico. (BITTENCOURT; RECK. In: COSTA, 2014, p. 39)

Por seu turno, essa forma de visualização do contrato público - perspectiva processual -, apresentada por esses últimos autores, permite melhor analisar os diferentes processos de controle a recorrências corruptivas na contratação pública, a partir de cada unidade processual, que é regida por uma normatividade própria, diferente.

Assim, apresenta-se de suma importância a (re)construção dos principais processos funcionais da contratação pública, de forma individualizada, não apenas

como forma de buscar uma melhor e maior compreensão da complexidade destas unidades processuais, mas também para construir um campo de observação passível a uma melhor identificação de seus mecanismos de controle em relação à corrupção.

2.3 (Re)construção das unidades de processos funcionais da contratação pública

Após a abordagem das fases do contrato público, que possibilita situar temporalmente a marcha da contratação pública, passa-se ao objetivo da (re)construção de seus principais processos funcionais, de forma individualizada, possibilitando a construção de um campo de observação passível de um melhor exame de seus mecanismos de controle em relação à corrupção.

Conforme acima abordado, a contratação pública é dotada de uma unidade de processos funcionais, que, apesar de cada qual possuir uma ritualística própria e regida por legislação específica, se concatenam para formar a completude processual do contrato público, a ponto de a não observância de alguma destas conexões poder levar à nulidade do contrato público.

Na sucessão encadeada e itinerária de atos jurídicos que formam o processo da contratação pública, conforme já referido, localizam-se unidades procedimentais próprias e revestidas na finalidade do controle a atos corruptivos, ou seja, atuam como ferramentas postas a possibilitar o controle e a prevenção da corrupção.

Por ora, passar-se-á à (re)construção das principais unidades procedimentais da contratação pública, cuja finalidade funcional relaciona-se de forma direta ou mesmo indireta com o controle a atos corruptivos. Com o fito de possibilitar uma maior compreensão, serão analisadas as referidas unidades na respectiva ordem cronológica funcional perante o processo contratual, bem como se identificará que ocasiões vinculam a obrigatoriedade da sua presença. Assim, passa-se a elencar as principais unidades funcionais da contratação pública, não reduzindo nem suprimindo a importância de outras aqui não abordadas.

1. Processos funcionais de publicidade: unidade de decisões voltadas à divulgação oficial e à acessibilidade dos atos da Administração para a ciência do público em geral, com efeito de iniciar sua atuação externa, ou seja, de gerar efeitos jurídicos, estando presente em todas as fases da contratação pública.

Assim, conforme já visto, a publicidade atua como um princípio norteador do processo da contratação pública, devendo estar presente em todas as fases da contratação.

É importante observar as unidades funcionais da publicidade através de duas características que a subdividem, as quais melhor podem ser observadas na forma a seguir.

A primeira diz respeito à publicidade no sentido da acessibilidade aos atos - demais unidades funcionais - da contratação a todo cidadão que assim pretender. Neste sentido, o art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/93, estabelece que o procedimento licitatório não será sigiloso, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seus procedimentos, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. Em complementação, o art. 4º, da Lei 8.666/93 prevê que qualquer cidadão pode acompanhar o processo licitatório, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Já a segunda característica concerne ao dever de divulgação oficial pela Administração Pública de determinados atos previstos na lei. Esta característica apresenta inúmeros e relevantes mecanismos legais. Os principais, tendo em vista sua importância, passam a ser a seguir abordados.

O art. 15, parágrafo segundo, da Lei 8.666/93, ao regulamentar os deveres a serem observados para as compras públicas, estabelece que, subsequente ao registro de preços através de uma ampla pesquisa de mercado, os mesmos deverão ser publicados trimestralmente na imprensa oficial, como forma de orientação à Administração.

Ainda quanto à temática das contas públicas, o artigo 16, *caput*, da Lei 8.666/93, exige que seja de ampla publicidade em órgãos de divulgação oficial ou em quadros de aviso de acesso público, mensalmente, a relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta, de maneira a clarificar o bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação.

A necessária publicação dos avisos contendo os resumos dos editais das modalidades licitatórias das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões encontra-se disciplinada no artigo 21 e seus incisos, da Lei 8.666/93, prevendo que, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo por uma vez, no Diário Oficial da União,

quando se tratar de licitação feita ou que tenha financiamento concedido por órgão ou entidade da Administração Pública Federal; no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal; em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. O parágrafo 4º desse dispositivo exige que qualquer modificação que ocorrer nas normas do edital deve ser divulgada da mesma forma que seu texto original.

Importante ressalva há também de ser feita em face do teor do artigo 26, *caput*, da Lei 8.666/93, que disciplina que as dispensas à licitação e as situações de inexigibilidades que estão previstas nos parágrafos segundo e quarto do artigo 17, e no inciso III e seguintes dos artigos 24 e 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único, do art. 8º desta Lei, deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

A matéria concernente à exigência à ampla divulgação do registro cadastral e sua permanente abertura a todos interessados é disciplinada pelo artigo 34, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93, o qual obriga a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

O art. 39, da Lei 8.666/93, prevê que, quando o valor estimado para a licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), o procedimento se inicie com audiência pública realizada com observância dos prazos estabelecidos no dispositivo.

A regulamentação às matérias que devem estar veiculadas no edital licitatório encontra-se prevista no art. 40, da Lei 8.666/93, entre as quais seu inciso VIII, e exige que do edital conste, obrigatoriamente, a indicação dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos

elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento do seu objeto.

Por sua vez o art. 43, parágrafo primeiro, ao versar sobre os procedimentos do processamento e do julgamento na contratação pública, determina que a abertura dos envelopes com a documentação e as propostas seja feita em ato público previamente designado, devendo necessariamente ser lavrada ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, como condição indispensável para sua eficácia, até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, encontra-se regulamentada pelo artigo 61, parágrafo único, da Lei 8.666/93, destacando-se as exceções a tal dispositivo, que estão previstas no art. 26 da referida Lei.

A Lei 8.666.93, ao regulamentar o procedimento licitatório do leilão, determina, em seu artigo 53, parágrafo quarto, que o respectivo edital seja amplamente divulgado.

E, por fim, pode ser observado no artigo quarto, da Lei 10.520/2002, que a fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso em Diário Oficial. Na inexistência deste, a publicação se dará em jornal de circulação local e, facultativamente, por meios eletrônicos e, ainda, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação.

Diante do exposto, podem ser observadas as inúmeras contemplações normativas que o legislador pátrio conferiu ao procedimento funcional da publicidade na contratação pública. Destaca-se, ainda, a existência de outras aqui não previstas.

2. Processos funcionais de transparência: unidades de decisões voltadas à ampla divulgação dos instrumentos de transparência, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, presente em todas as fases da contratação pública, com o fim de garantir o acesso a informações, em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública.

A transparência na Administração Pública brasileira ganhou forte roupagem através da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000, a qual estende sua abrangência aos níveis federal, estadual e municipal. O teor de seu artigo 48 determina a ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, dos instrumentos de transparência, que são: contratos, planos, orçamentos, prestação de contas, etc. Cumpre também destacar a Lei Federal 12.527/2011, que

trata dos procedimentos a serem adotados pelos entes federados, com o fim de garantir o acesso a informações, em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública.

Importante avanço trazido pela Lei de Acesso à Informação (12.527/2011) é a obrigatoriedade da Administração Pública, direta ou indireta, de divulgar na *internet*, em linguagem clara e de fácil acesso, dados sobre a mesma. Devem constar, além de outras informações, registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros e informações sobre contratações públicas, inclusive os editais e resultados. A lei exige ainda que fiquem expostos na *internet* dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras do governo, além de respostas a perguntas mais frequentes da sociedade. As informações devem ser mantidas sempre atualizadas. Apenas os municípios com menos de 10 mil habitantes estão desobrigados a apresentar em um *site* na *internet* os dados sobre as operações municipais. No entanto, os órgãos desses pequenos municípios são obrigados a prestar informações sempre que solicitadas.

De toda forma, cumpre ser destacado que a publicidade e a transparência são noções distintas e suas diferenças melhor podem ser compreendidas nas palavras de Gomes Filho:

A exigibilidade da publicidade é atendida com a publicação dos atos do poder público no veículo oficial de imprensa, ao passo que a transparência não se satisfaz com o mero cumprimento de formalidades. Ela é mais exigente. Não podendo ser vista, mas pode ser vista em uma determinada atitude comportamental que se manifesta no relacionamento com o outro. É transparente quem remove barreiras ao conhecimento de si pelo outro. (GOMES FILHO, 2005, p. 05)

3. Processos funcionais de motivação: unidade de decisões voltadas à motivação/justificação, por escrito, de todos os atos editados pela Administração na contratação pública, sejam gerais, sejam de efeitos concretos, afigurando, assim, a motivação como o meio de viabilização do controle da legalidade dos atos da Administração.

Está presente em todas as fases da contratação pública, conforme visto, desde a solicitação expressa do setor requisitante a justificar a necessidade da contratação até a adjudicação.

4. Processos funcionais formalizantes: unidade de decisões voltadas à formalização de procedimentos legais, possibilitadores de uma maior concretude de

informações, publicidade e vinculação às condições estabelecidas pela normatividade. Está presente em todas as fases da contratação pública, a exemplificar a obrigatoriedade de elaboração de projeto básico (Lei 8.666/93, art. 6º, IX), de confecção de edital de licitação ou de carta-convite, bem como de instrumento contratual, etc.

5. Processos funcionais de fiscalização: unidade de decisões voltadas ao amplo direito a todos os cidadãos interessados de fiscalizarem, sem exceção, todos os procedimentos da contratação pública, bem como de denunciarem irregularidades ou ilegalidades aos órgãos competentes (Ministério Público, Tribunal de Contas, etc.). Está presente em todas as fases da contratação pública.

6. Processos funcionais orçamentários e fiscais: unidade de decisões voltadas à estimativa do valor da contratação, mediante estudos técnicos que demonstrem: a) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas e resultados da Administração já previstos, bem como que seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, deverão ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (Lei Complementar 101/00, art. 4º); b) dever de observância aos limites de endividamento e de recondução da dívida (artigos 25, 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101/00); c) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; d) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Fiscal; e) estimativa de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; f) previsão no contrato plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado. Estas unidades presenciam-se na primeira fase da contratação, antecedendo a abertura do procedimento licitatório, porém seus efeitos estão presentes em todas as fases da contratação pública.

7. Processos funcionais de julgamentos objetivos: unidade de decisões que vinculam os julgamentos na contratação pública a critérios objetivos legais e/ou previstos no edital (carta-convite), zelando pelo mínimo possível de margem de valoração subjetiva. Tais unidades podem ocorrer em qualquer fase da contratação pública, seja no julgamento da classificação, ou em recursos, impugnações e demais solicitações.

8. Processos funcionais de manifestação jurídica: unidade de decisões voltadas à prévia análise e aprovação pela Assessoria Jurídica da Administração Pública, a fim de verificar sua conformidade legal. Está presente em todas as fases da contratação pública: nas minutas de editais de licitação, nas dos contratos, acordos, convênios ou ajustes (artigo 38, § único, da Lei 8.666/93).

9. Processos funcionais de audiência públicas: unidade de decisões voltadas à vinculação da Administração Pública à realização de audiência pública antes da publicação do edital, quando o valor estimado para a contratação for superior a cem vezes o valor previsto para a concorrência de obras e serviços de engenharia (art. 23, I, “c”, da Lei 8.666/93). Já a Lei 11.445/07, em seu art.11, IV, prevê a obrigatoriedade de audiência e consulta pública sobre editais de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta de contrato que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico.

10. Processos funcionais de comissão: unidade de decisão voltada à constituição de Comissão, permanente ou especial, composta de pelo menos três membros, e, se for a modalidade pregão, um. O mandato será de até um ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma ocasião no período subsequente. O art. 51, da Lei 8.666/93, ao regular esta temática, em seu parágrafo terceiro, prevê a responsabilidade solidária dos membros da Comissão por todos os atos por ela praticados, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

11. Processos funcionais de vinculação ao edital ou à carta–convite: unidade de decisões voltadas à vinculação da Administração Pública e dos participantes aos termos previstos no edital ou na carta-convite, assegurando, assim, que os atos tendam a perquirir com retidão o previsto. Estão presentes em todas as fases da contratação pública.

12. Processos funcionais de habilitação: unidade de decisões voltadas a todo cidadão e/ou pessoa jurídica interessada, nos devidos prazos legais e convencionados no instrumento convocatório, a se habilitar no certame licitatório. Está presente na fase interna.

13. Processos funcionais de sigilosidade: unidade de decisões voltadas ao resguardo do sigilo na apresentação das propostas, até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham. Consectário este da

igualdade entre os licitantes, se violado, decorre na anulação da contratação pública, bem como constitui ilícito penal previsto no artigo 94, da Lei 8.666/93.

14. Processos funcionais de classificação: unidade de decisões voltadas à averiguação da qualificação técnica, da regularidade fiscal e trabalhista dos habilitados. Assim, antes do julgamento, opera-se o procedimento da classificação, que diz respeito à análise das propostas apresentadas pelos licitantes habilitados para a verificação da viabilidade da contratação, segundo os critérios objetivos constantes no edital ou na carta-convite. Estas condições são reguladas pelos artigos 27 a 33, da Lei 8.666/93, e previstas na fase externa do processo contratual público.

15. Processos funcionais de impugnação: unidade de decisões voltadas à faculdade conferida a todos os cidadãos, que assim pretenderem, de impugnar atos e procedimentos que afrontarem a normatividade ou as regras editalícias do certame (artigo 41, § primeiro, da Lei 8.666/93). Está prevista em todas as fases da licitação.

16. Processos funcionais de execução: unidade de decisões voltadas ao fiel cumprimento do contrato, perante a qual a Administração Pública deve designar servidor para acompanhá-lo e fiscalizá-lo, em data anterior ao início de sua vigência. O fiscal do contrato deve registrar todas as ocorrências verificadas, inclusive o que for determinado para a correção das falhas observadas. As medidas que extrapolarem suas competências devem ser comunicadas a seus superiores em tempo hábil, para a adoção dos procedimentos adequados. A cartilha Obras Públicas, publicada pelo Tribunal de Contas da União, define como sendo atribuições da fiscalização os seguintes procedimentos: 1) aprovar a indicação pelo contratado do coordenador responsável pela condução dos trabalhos; 2) verificar se estão sendo colocados à disposição dos trabalhos as instalações, equipamentos e equipe técnica previstos na proposta e no contrato de execução dos serviços; 3) esclarecer ou solucionar incoerências, falhas e omissões eventualmente constatadas no projeto básico ou executivo, ou nas demais informações e instruções complementares do caderno de encargos, necessárias ao desenvolvimento dos serviços; 4) aprovar materiais similares propostos pelo contratado, avaliando o atendimento a composição, qualidade, garantia e desempenho requeridos pelas especificações técnicas; 5) exercer rigoroso controle sobre o cronograma de execução dos serviços; 6) analisar e aprovar partes, etapas ou a totalidade dos serviços executados, em obediência ao previsto no caderno de encargos; 7) verificar

e aprovar eventuais acréscimos ou supressões de serviços ou materiais necessários ao perfeito cumprimento do objeto do contrato; 8) verificar e atestar as medições de serviços, bem como conferir e encaminhar para pagamento as faturas emitidas pelo contratado; 9) acompanhar a elaboração do *as built* (como construído) da obra, ao longo da execução dos serviços. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2002)

17. Processos funcionais de rescisão contratual: unidade de decisões votadas à rescisão contratual pública, quando decorrer a inexecução total ou parcial do contrato, incidindo as consequências contratuais previstas em lei ou regulamento, conforme prevê o artigo 78, da Lei 8.666/93.

18. Processos funcionais recursais: unidade de decisões voltadas ao procedimento recursal em face de atos praticados pela Administração Pública que envolvam: a) habilitação ou inabilitação de licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento de pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão unilateral do contrato; f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou multa. Prazo de 5 dias úteis (art. 109, da Lei 8.666/93).

19. Processos funcionais sancionatórios: unidade de decisões voltadas à aplicação de sanções em decorrência da inexecução total ou parcial do contrato, observada a garantia à prévia defesa. Prevê o artigo 87, da Lei 8.666/93, as seguintes sanções: I) advertência; II) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, a qual será descontada da garantia do respectivo contratado e somente pode ser aplicada após regular processo administrativo, sendo que, se o valor da multa for superior à garantia, a Administração descontará a diferença dos pagamentos devidos ao contratado; III) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos; IV) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, a qual será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no item anterior (sanção de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 anos de sua aplicação).

A abordagem da contratação pública através da (re)construção de unidades processuais permite, além de melhor compreender sua amplitude e coerência, constatar a existência de mecanismos funcionais auxiliares ao controle da corrupção, os quais, se não observados, mesmo que individualmente, podem conduzir à anulação da contratação, além de possível responsabilização civil, penal e/ou administrativa.

Assim, dada a relevância do tema, passa-se a remontar as unidades processuais abordadas, através de uma forma sintetizada, que abordará os momentos que vinculam sua constatação, suas unidades integradas e a normatividade respectiva, buscando, desta forma, (re)construir um campo de observação mais didático entre as unidades processuais e suas relações auxiliares ao controle da corrupção.

Tabela 1 – Unidades processuais abordadas

<u>PROCESSOS DE</u>	<u>FASES</u>	<u>UNIDADES FUNCIONAIS</u>
PUBLICIDADE	Interna e Externa	<p>a) <u>Ampla acessibilidade pública:</u> documental, informativa ou de acompanhamento dos procedimentos. Art. 3º, § 3º, e art. 4º, da Lei 8.666/93. Exceção: Conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.</p> <p>b) <u>Divulgação oficial pela Administração Pública:</u></p> <p>b.1) Publicação trimestral na imprensa oficial dos preços registrados. Art. 15, § 2º, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.2) Publicação da relação de todas as compras realizadas, constando o bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação. Art. 16, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.3) Publicação na imprensa oficial e em jornais do resumo do edital. Qualquer modificação do edital, necessidade de divulgação da mesma forma. Art. 21, <i>caput</i> e § 4º, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.4) Publicação na imprensa oficial das dispensas à licitação e as situações de inexigibilidades. Art. 26, <i>caput</i>, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.5) Ampla divulgação do registro cadastral e sua permanente abertura, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário. Art. 34, § 1º, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.6) Realização de audiência pública quando o valor estimado da licitação for superior a 100 vezes o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Art. 39, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.7) Amplitude de informações no edital. Art. 40, VIII, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.8) Abertura dos envelopes com a documentação e as propostas em ato público previamente designado. Art. 43,</p>

		<p>§ 1º, da Lei 8.666/93.</p> <p>b.9) Publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, com ressalva ao disposto no art. 26. Art. 61, § único, da Lei 8666/93.</p> <p>b.10) Ampla divulgação do edital do leilão. Art. 53, § 4º, da Lei 8.666.93.</p> <p>b.11) A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso em Diário Oficial. Não existindo, em jornal de circulação local; facultativamente, por meios eletrônicos e, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação. Art. 4º, da Lei 10.520/2002.</p>
TRANSPARÊNCIA	Interna e Externa	<p>Obrigatoriedade da Administração Pública, direta ou indireta, à ampla divulgação, atualizada, inclusive em meios eletrônicos (<i>internet</i>) de acesso público, dos instrumentos de transparência concernentes à contratação pública: editais, contratos, planos, orçamentos, prestação de contas, etc. Lei 12.527/2011 e Lei Complementar 101/2000, art. 48.</p> <p>Exceção: Apenas os municípios com menos de 10 mil habitantes estão desobrigados a apresentar em um <i>site</i> na <i>internet</i> os dados sobre as operações municipais. No entanto, os órgãos desses pequenos municípios são obrigados a prestar informações sempre que solicitadas.</p> <p>Art. 7, VI, da Lei 12.527/2011.</p>
MOTIVAÇÃO	Interna e Externa	<p>Obrigatoriedade da Administração Pública a motivar/justificar, na forma escrita, os atos editados na contratação pública, sejam gerais, sejam de efeitos concretos.</p>
FORMALIZAÇÃO	Interna e Externa	<p>A Administração Pública adstrita à observância de concreitude das formas legais e do teor do edital. A exemplificar: a obrigatoriedade de elaboração de projeto básico (Lei 8.666/93, art. 6º, IX); de confecção do edital de licitação ou da carta-convite, bem como do instrumento contratual, etc.</p>
FISCALIZAÇÃO	Interna e Externa	<p>Direito de todo cidadão de fiscalizar os atos da contratação pública, bem como de denunciar irregularidades ou ilegalidades aos órgãos competentes (Ministério Público, Tribunal de Contas, etc.).</p>
ORÇAMENTÁRIO E FISCAL	Interna e Externa	<p>Administração Pública vinculada à realização prévia da estimativa do valor da contratação, mediante estudos técnicos que demonstrem:</p> <p>a) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas e resultados da Administração já previstos, bem como devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (Lei Complementar 101/00, art. 4º);</p> <p>b) dever de observância aos limites de endividamento e da recondução da dívida (Artigos 25, 29, 30 e 32, da Lei</p>

		<p>Complementar 101/00);</p> <p>c) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;</p> <p>d) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Fiscal;</p> <p>e) estimativa de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;</p> <p>f) previsão no contrato plurianual em vigor, no âmbito onde o contrato será celebrado.</p>
JULGAMENTO OBJETIVO	Interna e Externa	A Administração Pública adstrita aos critérios objetivos legais e/ou previstos no edital (carta-convite), nos atos de julgamentos na contratação pública.
MANIFESTAÇÃO JURÍDICA	Interna e Externa	Obrigatoriedade de prévia análise e aprovação pela Assessoria Jurídica da Administração Pública, a fim de verificar a conformidade legal das minutas de editais de licitação, dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. Art. 38, § único, da Lei 8.666/93.
AUDIÊNCIA PÚBLICA	Interna	Obrigatoriedade da Administração Pública à realização de audiência pública quando: <p>a) o valor estimado da licitação for superior a 100 vezes o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Art. 39, da Lei 8.666/93.</p> <p>b) no caso de concessão e sobre a minuta de contrato que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico. Art. 11, IV, da Lei 11.445/07.</p>
COMISSÃO	Externa	A Administração Pública vinculada à constituição de Comissão Licitatória, permanente ou especial, composta de pelo menos três membros, e, se for a modalidade pregão, um. O mandato será de até um ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma ocasião, no período subsequente. Art. 51, da Lei 8.666/93.
VINCULAÇÃO AO EDITAL OU À CARTA-CONVITE	Interna e Externa	Vinculação da Administração Pública e dos participantes à observância dos termos previstos no edital ou na carta-convite.
HABILITAÇÃO	Externa	Direito conferido a todo cidadão e/ou pessoa jurídica interessada a participar do processo contratual, nos devidos prazos legais e convencionados no instrumento convocatório.
SIGILOSIDADE	Externa	Sigilo absoluto das propostas até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham. Art. 94, da Lei 8.666/93.

CLASSIFICAÇÃO	Externa	A Administração Pública vinculada à averiguação da qualificação técnica, da regularidade fiscal e trabalhista dos habilitados e demais elementos, vinculados a critérios objetivos constantes no edital ou na carta-convite, na finalidade da seleção da melhor proposta. Artigos 27 a 33, da Lei 8.666/93.
IMPUGNAÇÃO	Externa e Interna	Direito conferido a todo cidadão de impugnar atos e procedimentos que afrontarem a normatividade ou as regras editalícias do certame. Artigo 41, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93.
EXECUÇÃO	Externa	Ao fiel cumprimento/execução do contrato a Administração Pública deve designar servidor para acompanhar e fiscalizar o contrato e adotar as seguintes medidas: a) aprovar a indicação pelo contratado do coordenador responsável pela condução dos trabalhos; b) verificar se estão sendo colocados à disposição dos trabalhos as instalações, equipamentos e equipe técnica previstos na proposta e no contrato de execução dos serviços; c) esclarecer ou solucionar incoerências, falhas e omissões eventualmente constatadas no projeto básico ou executivo, ou nas demais informações e instruções complementares do caderno de encargos, necessárias ao desenvolvimento dos serviços; d) aprovar materiais similares propostos pelo contratado, avaliando o atendimento à composição, qualidade, garantia e desempenho requeridos pelas especificações técnicas; e) exercer rigoroso controle sobre o cronograma de execução dos serviços; f) analisar e aprovar partes, etapas ou a totalidade dos serviços executados, em obediência ao previsto no caderno de encargos; g) verificar e aprovar eventuais acréscimos ou supressões de serviços ou materiais necessários ao perfeito cumprimento do objeto do contrato; h) verificar e atestar as medições de serviços, bem como conferir e encaminhar para pagamento as faturas emitidas pelo contratado; i) acompanhar a elaboração do <i>as built</i> (como construído) da obra ao longo da execução dos serviços. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2002)
RECURSAL	Interna e Externa	Faculdade conferida ao participante do certame licitatório ou a interessado, de interposição recursal em face de atos praticados pela Administração Pública que envolvam: a) habilitação ou inabilitação de licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão unilateral do contrato; f) aplicação das penas de advertência, suspensão

		temporária ou multa. Art. 109, da Lei nº 8.666/93.
SANCIONATÓRIOS	Externo	Aplicação de sanções em decorrência da inexecução total ou parcial do contrato. Espécies: a) advertência; b) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 02 anos; d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Fonte: Tabela elaborada pelo autor a partir das informações colhidas na pesquisa.

3 O CONTROLE DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUAS RECORRÊNCIAS CORRUPATIVAS: EXAME ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Os contornos sociais e econômicos que os dados acerca da corrupção expõem a cada dia revelam a crise por que perpassa a Administração Pública brasileira, como também a gravidade e a extensão de seus reflexos junto à sociedade.

Dadas as mazelas e reincidências das práticas corruptivas, bem como o inconformismo de toda a sociedade para com esta triste realidade, ainda saltam aos olhos e se repetem as notícias dando conta da corrupção fortemente imbricada na contratação pública.

Cabe reiterar o alarmante dado identificado pela Controladoria Geral da União, que aponta que os maiores índices de corrupção decorrem na contratação pública, mais especificamente derivadas de processos licitatórios, uma vez que na 30ª edição de seu Programa de Fiscalização por Sorteio a CGU registrou problemas com licitações em 57 (ou 95%) dos 60 municípios fiscalizados (BRASIL, 2010).

Nesse contexto, perquirindo o objetivo de identificar as recorrências corruptivas em face da contratação pública, realizou-se pesquisa de jurisprudência e doutrina junto ao *site* do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, procedeu-se a pesquisa junto ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (<<http://www.tjrs.jus.br>>) e, num segundo momento, junto ao *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (<<http://www.tce.rs.gov.br>>), buscando identificar nos acórdãos condenatórios em face de atos corruptivos praticados na contratação pública os seguintes dados: a) qual(ais) ato(s) corruptivo(s) praticado(s); b) em qual(ais) fase(s) da contratação pública ocorreu(ram) o(s) ato(s) corruptivo(s); e c) em qual(ais) modalidade(s) de licitação constatou(aram)-se o(s) ato(s) corruptivo(s).

Quanto ao critério temporal da pesquisa, delimitou-se o interregno entre 01 de janeiro de 2013 e 01 de janeiro de 2015, considerando a data de publicação das decisões.

Já quanto ao campo destinado às palavras ou termos a serem pesquisados, inseriram-se as palavras: 1º) “contrato público e improbidade”; 2º) “contrato público e

corrupção”; 3º) “contrato público e irregularidade”; 4º) “licitação e improbidade”; 5º) “licitação e corrupção” e 6º) “licitação e irregularidade”, as quais foram pesquisadas individualizadamente.

O objetivo da pesquisa não era o de identificar a totalidade das decisões condenatórias envolvendo recorrências corruptivas na contratação pública no período delineado, mas o de identificar o maior número possível de decisões condenatórias referentes à temática, buscando, assim, possibilitar melhor análise ante a amplitude dos dados perquiridos.

Para a identificação dos dados nas decisões do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas gaúchos no julgamento de recorrências corruptivas na contratação pública, excluíram-se do objeto de análise aquelas decisões que não tratam de análise meritória final, na medida em que a inclusão de outras decisões, assim como as interlocutórias, não permitiria vislumbrar os dados delineados, eis que se tratam de julgados cujos processos ainda não foram sentenciados, bem como os julgados absolutórios não foram objeto de análise.

Tendo em vista que os *sites* eletrônicos do Tribunal de Contas e do Tribunal de Justiça gaúchos possuem campos específicos diferenciados para a pesquisa jurisprudencial, destaca-se que, para a pesquisa realizada junto ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o preenchimento dos campos da pesquisa quantitativa deu-se da seguinte forma: i) no o campo destinado a palavras-chave digitou-se: 1º) “contrato público e improbidade”; 2º) “contrato público e corrupção”; 3º) “contrato público e irregularidade”; 4º) “licitação e improbidade”; 5º) “licitação e corrupção” e 6º) “licitação e irregularidade”; ii) órgão julgador: todos; iii) relator: todos; iv) seção: cível e criminal; v) tipo de processo: todos; vi) número: nenhum; vii) comarca de origem: nenhuma; viii) data de julgamento: nada; ix) data de publicação: 01/01/2013 a 01/01/2015; x) no campo “procurar resultados”: com todas as palavras: 1º) “contrato público e improbidade”; 2º) “contrato público e corrupção”; 3º) “contrato público e irregularidade”; 4º) “licitação e improbidade”; 5º) “licitação e corrupção” e 6º) “licitação e irregularidade”; com a expressão: nada; com qualquer uma das palavras: nada; sem as palavras: nada; expressão na busca livre: 1º) “contrato público e improbidade”; 2º) “contrato público e corrupção”; 3º) “contrato público e irregularidade”; 4º) “licitação e improbidade”; 5º) “licitação e corrupção” e 6º) “licitação e irregularidade”; xi) classificar: por data decrescente.

Já na pesquisa realizada junto ao *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul o preenchimento dos campos da pesquisa quantitativa deu-se da seguinte forma: i) no o campo destinado a palavras-chave/termo a localizar, digitou-se: 1º) “contrato público e improbidade”; 2º) “contrato público e corrupção”; 3º) “contrato público e irregularidade”; 4º) “licitação e improbidade”; 5º) “licitação e corrupção” e 6º) “licitação e irregularidade”; ii) tipo do processo: nada; iii) número: nada; iv) data da seção: nada; v) órgão julgador: nada; vi) relator: nada; vii) origem: nada.

Traçados os limites da pesquisa realizada, bem como os dados quantitativos a serem analisados, proceder-se-á, primeiramente, à análise dos dados levantados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, posteriormente, os da pesquisa junto ao Tribunal de Contas.

Após as pesquisas delineadas nos Tribunais, serão abordados os mecanismos de controle da contratação pública e seus marcos normativos e políticos.

3.1 Exame acerca da jurisprudência e da doutrina do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em face de recorrências corruptivas na contratação pública

O resultado obtido com a busca realizada nos termos e parâmetros acima apresentados junto à jurisprudência no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi de um total de 61 (sessenta e um) acórdãos⁷ que, ao ser analisado o mérito das ações propostas, condenaram agentes públicos e por vezes particulares pela prática de atos corruptivos praticados na contratação pública. Assim, a totalidade dos acórdãos identificados correspondem a uma média de 2,5

⁷ Os sessenta e um acórdãos identificados nessa pesquisa possuem, respectivamente, os seguintes números processuais junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Número Themis): 1º) 70061137808; 2º) 70062069828; 3º) 70055547269; 4º) 70059935908; 5º) 70054277041; 6º) 70047516174; 7º) 70060359742; 8º) 70060558392; 9º) 70060730595; 10º) 70058643495; 11º) 70053874285; 12º) 70054517792; 13º) 70056486046; 14º) 70059274548; 15º) 70059571232; 16º) 70044941755; 17º) 70037512993; 18º) 70057595977; 19º) 70054839949; 20º) 70057072415; 21º) 70056612583; 22º) 70057662736; 23º) 70056483969; 24º) 70057243370; 25º) 70052803954; 26º) 70056498975; 27º) 70029484904; 28º) 70052887239; 29º) 70035979673; 30º) 70039403084; 31º) 70042567016; 32º) 70037512993; 33º) 70051897767; 34º) 70048083299; 35º) 70055382600; 36º) 70053947164; 37º) 70046309142; 38º) 70024373987; 39º) 70053928875; 40º) 70053618252; 41º) 70039696737; 42º) 70053111563; 43º) 70036872224; 44º) 70037839750; 45º) 70049353881; 46º) 70051322279; 47º) 70007188642; 48º) 70047077383; 49º) 70047954771; 50º) 70052796554; 51º) 70052657335; 52º) 70052041142; 53º) 70046414785; 54º) 70053874285; 55º) 70059498147; 56º) 70057730699; 57º) 70060835584; 58º) 70058904772; 59º) 70055161640; 60º) 70053947164; 61º) 70055556799.

(dois vírgula cinco) julgamentos condenatórios por mês em casos envolvendo recorrências corruptivas nas contratações públicas gaúchas.

Dentre os 61 (sessenta e um) acórdãos identificados, 56 (cinquenta e seis) correspondem a julgamentos de recursos de Apelações Cíveis e os 05 (cinco) restantes, a julgamentos de recursos de Embargos Infringentes.

Destaca-se que, perante a análise da origem processual sobre a totalidade dos acórdãos levantados, especificadamente quanto ao tipo de ação, constatou-se que 58 (cinquenta e oito) originaram-se de Ações Cíveis Públicas por Improbidade Administrativa e 03 (três) apenas, de Ações Populares. Releva o fato de 95% (noventa e cinco por cento) das ações condenatórias terem origem na Ação Civil Pública e as originárias do importante instrumento do exercício da cidadania e do controle social sobre a Administração Pública, que permite ao particular fiscalizar a atuação de seus representantes públicos, servidores e agentes que tratam da coisa pública em todos os níveis hierárquicos da Administração - a Ação Popular – aparece com apenas 5% (cinco por cento).

Ainda quanto ao tipo de ação, não foi identificada nenhuma originária de Mandado de Segurança Individual ou Coletivo, que também se afigura como mecanismo judicial de controle social face a irregularidades ou violações a direitos perpetrados na Administração Pública. Desta forma, ante a pesquisa realizada, possibilitou-se diagnosticar o inexpressivo número de ações condenatórias que se apresentam como ferramentas ao controle social, assim como a Ação Popular e o Mandado de Segurança, o que possibilita a conclusão de que estas ações não estão encontrando êxito à condenação, ou que as mesmas são pouco manejadas, fator este que pode revelar a baixa participação social no controle de atos corruptivos face à contratação pública.

Antes da realização da análise dos dados objetivados nesta pesquisa, cumpre relevar que, perante verificação individual de cada acórdão identificado, muitos apresentaram mais que um ato corruptivo praticado, assim como, por vezes, violaram mais que uma fase da contratação pública. Além do mais, em muitos dos acórdãos verificou-se a mesma prática corruptiva, razão pela qual os dados que serão apresentados não encontrarão simetria ao numerário dos acórdãos.

3.1.1 Das modalidades de atos corruptivos praticados na contratação pública

Perante a análise dos acórdãos identificados nos parâmetros e formas delineadas na pesquisa proposta, num primeiro momento observou-se as espécies dos atos corruptivos praticados na contratação pública.

Assim, dentre os sessenta e um acórdãos constatou-se a prática de 11 (onze) modalidades de atos corruptivos contra a contratação pública, sendo estes: 1º) favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório, para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente; 2º) realização da contratação pública após a prestação do objeto contratual; 3º) conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos os concorrentes; 4º) não realização do certame licitatório; 5º) pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a efetiva entrega dos bens contratados ou cumprimento dos serviços que deveriam ser prestados; 6º) reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório; 7º) realização do certame licitatório sem publicidade e transparência; 8º) superfaturamento na execução do contrato adjudicado; 9º) inserção no edital de licitação de exigência manifestamente descabida para frustrar a competitividade e beneficiar determinado participante; 10º) fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório; 11º) simulação de contratação para desvio de recursos públicos.

A primeira modalidade de ato corruptivo contra a contratação pública acima destacada – “favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente” – foi identificada em 12 (doze) dos 61 (sessenta e um) acórdãos da pesquisa realizada. Tal modalidade ímproba verificada ocorreu nos 12 acórdão destacados através de atos praticados por agentes da Administração Pública que, para favorecer/adjudicar a contratação a determinado participante, adulteraram determinados documentos e propostas apresentadas pelo participante a ser favorecido, bem como dos demais.

Já a segunda modalidade de ato corruptivo – “realização da contratação pública após a prestação do objeto contratual” – foi identificada em 07 (sete) acórdãos. Tal modalidade corruptiva perpetrada nos acórdãos citados se apresentou como atos praticados por agentes públicos em conluio com, no mínimo, um

particular e tinha como praxe a realização de contratação pública simulada apenas para tentar falsamente burlar/legalizar serviço ou compra de material já realizado.

A terceira modalidade de ato corruptivo na contratação pública – “conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes” – foi identificada em 06 (seis) dos acórdãos. Tal prática corruptiva apresentou-se como o ato de agentes públicos manterem conluio com a totalidade dos participantes para fraudar o certame licitatório, acarretando a lesão da competitividade, bem como visando desvio de recursos públicos.

Quanto à quarta modalidade de ato corruptivo – “não realização do certame licitatório” – a mesma foi identificada em 19 (dezenove) dos acórdãos. Esta modalidade corruptiva apresentou-se nos acórdãos como o ato praticado por agentes públicos que efetivaram contratações públicas, porém sem realizar o obrigatório certame licitatório em cada caso.

Concernente à quinta modalidade corruptiva na contratação pública analisada – “pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a efetiva entrega dos bens contratados ou cumprimento dos serviços que deveriam ser prestados” – foi identificada em 08 (oito) dos acórdãos. Tal prática corruptiva apresentou-se com o ato realizado por agentes públicos em adimplir a totalidade do valor da contratação adjudicada, sem que o contratado tenha realizado a prestação total ou de parte do que lhe incumbia.

A sexta modalidade de ato corruptivo identificada – “reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório” – foi identificada em 03 (três) acórdãos. Tal ato ímprobo apresentou-se na conduta de agentes políticos em praticar contratações emergenciais reiteradas como forma de burlar a necessidade de processo licitatório. Contudo, restou comprovado nos acórdãos as reiteradas manobras fraudulentas amparadas em caráter de urgência não existente.

A respeito da sétima modalidade corruptiva constatada – “realização do certame licitatório sem publicidade e transparência” – foi identificada em 05 (cinco) dos acórdãos. Tal modalidade corruptiva restou comprovada nos acórdãos ante a constatação da inexistência da devida publicidade e transparência nos processos de contratação pública.

A oitava modalidade ímproba – “superfaturamento na execução do contrato adjudicado” – foi identificada em 16 (dezesesseis) dos acórdãos. Tal prática corruptiva diz respeito ao ato de agentes públicos, em conluio com o concorrente

vencedor/adjudicado, de superfaturar, junto à perfectibilização do contrato público, o valor do serviço ou produto, com a finalidade indevida do desvio de recursos públicos.

Concernente à nona modalidade corruptiva – “inserção no edital de licitação de exigência manifestamente descabida para frustrar a competitividade e beneficiar determinado participante” – foi identificada em 03 (três) acórdãos. Esta modalidade se resume no ato praticado por agentes públicos através da inserção no edital de licitação de exigência descabida, com o interesse direto de beneficiar determinado concorrente.

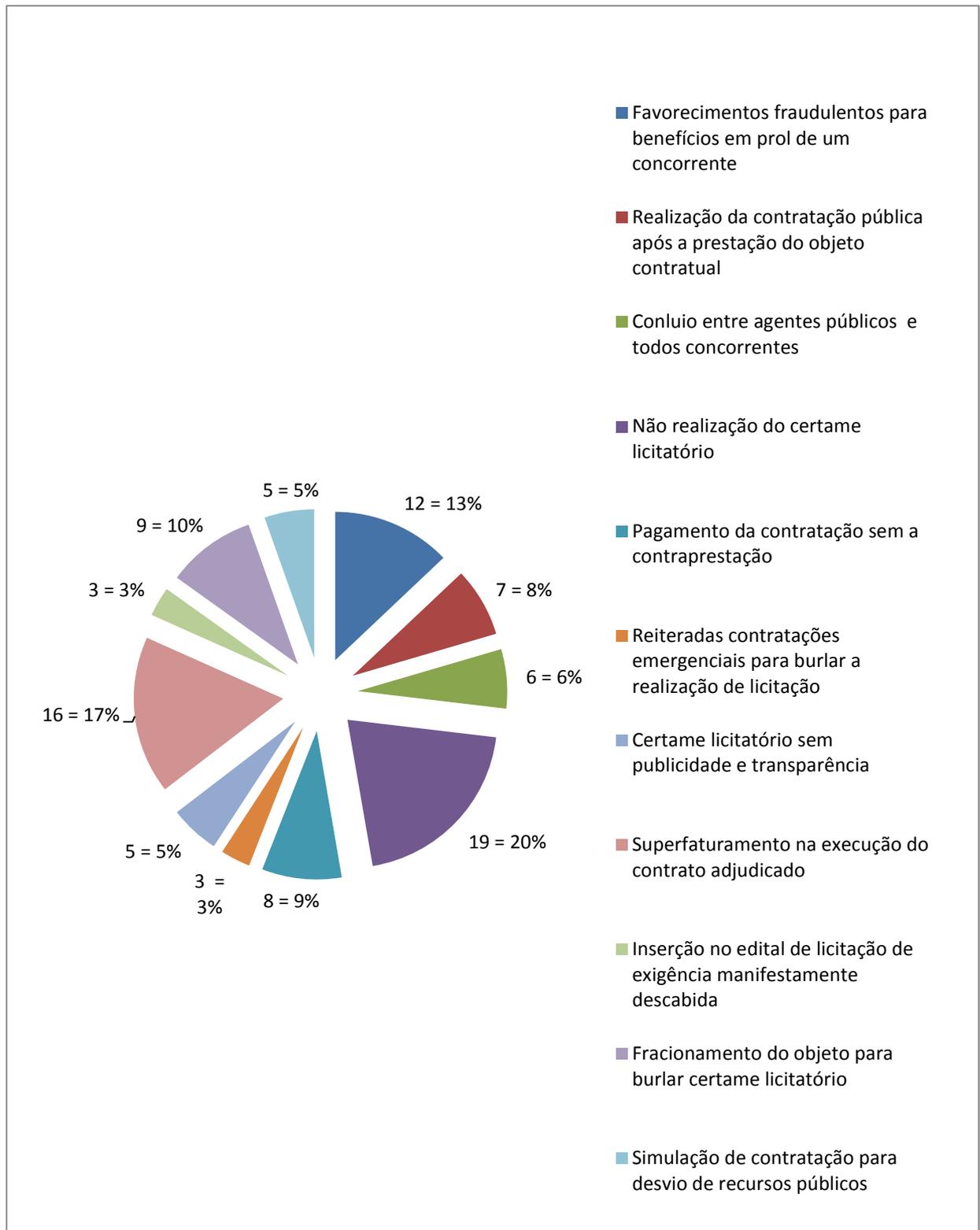
Já a décima modalidade de ato corruptivo na contratação pública pesquisada – “fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório” – foi identificada em 09 (nove) dos acórdãos. Esta recorrência corruptiva constatou-se através do ato de agentes públicos em fracionarem a realização de obras ou compras, em datas diversas, como forma de burlar os limites financeiros à realização do certame licitatório.

Por fim, a décima primeira modalidade de ato corruptivo na contratação pública – “simulação de contratação para desvio de recursos públicos” – foi identificada em 05 (cinco) dos acórdãos. Esta prática corruptiva se apresentou no ato de agentes públicos simularem, plenamente, procedimentos licitatórios na finalidade de desviar recursos públicos, ou seja, toda contratação pública é falsa e a finalidade é exclusivamente o desvio de verba pública.

Portanto, diante da totalidade de 61 (sessenta e um) acórdãos identificados na pesquisa, constatou-se 93 (noventa e três) recorrências corruptivas na contratação pública, revestidas através de onze modalidades de improbidade.

Como forma de possibilitar uma melhor visualização das modalidades corruptivas nas contratações públicas identificadas na pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, passa-se a apresentar o gráfico a seguir.

Gráfico 1 – Modalidades corruptivas na contratação pública



Fonte: Pesquisa junto ao TJ/RS (<<http://www.tjrs.jus.br>>).

Importante ressalva há de ser feita em face dos dados colhidos frente à segunda modalidade corruptiva (“falsa realização do certame licitatório para burlar

objeto contratual já prestado”), à quarta (“não realização do certame licitatório”), à sexta (“reiteradas contratações para burlar a necessidade da licitação”) e à décima (“fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade de licitação”) identificadas na pesquisa, pois são gêneros similares de manobras fraudulentas praticadas por agentes públicos para burlar a necessidade de realização do certame licitatório. Assim, alarmante é a estatística derivada da junção das mesmas, uma vez que desta forma representam a porcentagem de 41% (quarenta e um por cento) da totalidade dos atos corruptivos praticados contra a contratação pública.

As modalidades de recorrências corruptivas praticadas contra a contratação pública encontram-se fortemente imbricadas em atos ilegais/fraudulentos, voltados a burlar a necessária realização do certame licitatório, apresentando alta nocividade ao erário público, não apenas por violar a busca por melhor proposta ou serviço, mas também por ser praticada indiscriminadamente ao desvio de recursos públicos através de superfaturamentos. Ainda, tais modalidades corruptivas apresentam maiores dificuldades ao controle da contratação, eis que, despidas de documentação e publicidade, limitam o controle a uma atuação a partir de denúncias ou a fiscalização concomitante. Com isso, é real a possibilidade de que o número de tais modalidades de recorrências corruptivas identificadas e convertidas em ações judiciais seja baixo em relação à totalidade dos atos corruptivos que são praticados.

Perante a análise dos dados da pesquisa, importante ressalva também há de ser feita ante a 5ª modalidade de ato corruptivo (“pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a efetiva entrega dos bens contratados ou cumprimento dos serviços que deveriam ser prestados”) e a 9ª (“superfaturamento na execução do contrato adjudicado”), uma vez que cerca de 40% (quarenta por cento) das constatações dessas irregularidades, conforme leitura individual dos respectivos acórdãos, partiram de denúncias de cidadãos, após a constatação das dissintonias apresentadas nos Portais de Transparência.

Melhor explicando, dos 16 (dezesesseis) casos envolvendo atos corruptivos de superfaturamento na execução do objeto da contratação, 06 (seis) foram constatados por cidadãos que assim os diagnosticaram através do acesso ao Portal de Transparência respectivo, uma vez que evidenciada a total dissintonia entre o valor do contrato firmado e os vários pagamentos que, somados, atingiram o superfaturamento sem qualquer justificativa.

Já quanto aos 08 (oito) casos de atos corruptivos que dizem respeito ao pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a efetiva entrega dos bens contratados ou cumprimento dos serviços que deveriam ser prestados, 05 (cinco) foram constatados e denunciados por cidadãos que, junto ao respectivo Portal de Transparência, observaram o pagamento total pelo objeto contratual, contrapondo-se, porém, à real situação da obra, que demonstrava, em *loco*, a inexecução ou a inexistência dos materiais contratados. Tais denúncias foram eficazes pela comprovação através das informações prestadas no *site* da transparência e por fotografias do local.

Portanto, diante da análise das duas últimas recorrências corruptivas praticadas contra a contratação pública, é possível mensurar a grandiosidade da importância que a transparência assume no contexto do controle social, da dinâmica e da acessível informação, principalmente na era tecnológica em que vivemos. Estes motivos instigam um questionamento à política de conscientização e estimulação social no que se refere ao uso destas ferramentas.

Contudo, ao mesmo tempo em que verificada a importância da transparência ao controle da corrupção, diagnosticou-se apenas 05 (cinco) recorrências corruptivas revestidas na omissão à publicidade e transparência. Denota-se que se trata de um índice baixo, se compararmos com a totalidade dos 93 (noventa e três) casos corruptivos verificados. Tal omissão é uma recorrência praticamente paralela aos demais atos, já que o agente corruptor, obviamente, na maioria dos casos, buscará dificultar o acesso à possível constatação, suprimindo, assim, a publicidade e transparência. Estes motivos ensejam uma reflexão sobre a primazia na verificação dos processos da publicidade e transparência em toda fiscalização e investigação face à contratação pública.

Por derradeiro, a 1ª modalidade corruptiva identificada – “favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente” -, a 3ª – “conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes” - e a 12ª – “simulação de contratação para desvio de recursos públicos” -, somadas, correspondem a 24% (vinte e quatro por cento) dos atos corruptivos diagnosticados na pesquisa, tornando alarmante que tais práticas corruptivas decorram agrupadas por um maior número de atos criminosos, que vão desde a falsificação de documentos públicos e particulares à formação de quadrilha,

e que demonstrem toda uma articulação criminosa em face da Administração Pública, equiparando-se ao crime organizado.

Logo, apresentados os dados e as análises críticas concernentes às modalidades de recorrências corruptivas verificados na pesquisa junto aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (<<http://www.tjrs.jus.br>>), passa-se à verificação das fases da contratação pública em que as referidas modalidades foram praticadas.

3.1.2 Das fases da contratação pública em que decorreram as recorrências corruptivas

Perante a análise dos 61 acórdãos identificados nos parâmetros e formas delineadas na pesquisa proposta, constatou-se 93 (noventa e três) recorrências corruptivas, ocorridas através de 11 (onze) espécies de atos corruptivos praticados na contratação pública.

Assim, dentre as 93 (noventa e três) recorrências corruptivas, 43 (quarenta e três) foram praticadas na fase interna⁸ da contratação pública.

Já na fase externa⁹ foram identificadas 90 (noventa) recorrências corruptivas.

Cumprido ser destacado que o presente trabalho compreendeu que as modalidades de recorrências corruptivas identificadas nesta pesquisa, apesar de serem julgadas apenas como um ato ímprobo, violaram/incidiram tanto na fase interna, como na fase externa da contratação, sendo elas: 2ª) “realização da contratação pública após a prestação do objeto contratual”; 4ª) “não realização do certame licitatório”; 6ª) “reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório”; 10ª) “simulação de contratação para desvio de recursos públicos”; 11ª) “fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório”.

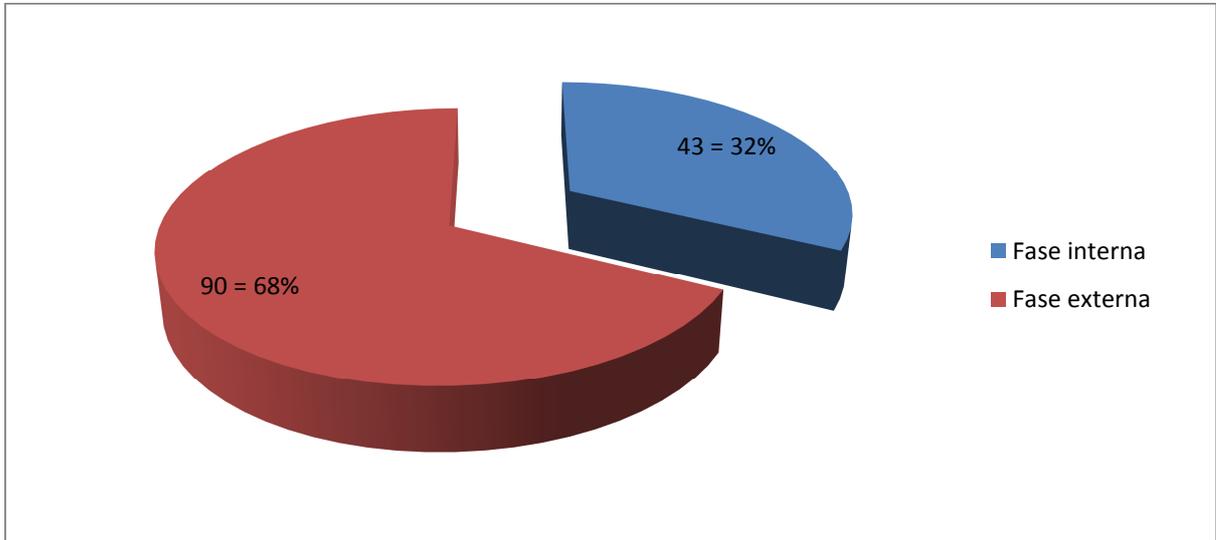
Diante do exposto, como forma de possibilitar uma melhor visualização e comparação entre as fases das contratações públicas que vieram a ser violadas,

⁸ A fase interna da contratação pública é compreendida através dos atos administrativos que determinarão as condições do ato convocatório, antes de trazê-los ao conhecimento público. Conceituação melhor abordada no título “3.2 Fases e características da contratação pública”.

⁹ A fase externa da contratação pública é compreendida através dos atos administrativos concernentes ao processo licitatório, ao instrumento contratual e à execução do objeto. Conceituação melhor abordada no título “3.2 Fases e características da contratação pública”.

conforme identificadas na pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, apresenta-se o seguinte gráfico.

Gráfico 2 – Fases da contratação pública em que decorreram atos corruptivos



Fonte: Pesquisa junto ao TJ/RS (<<http://www.tjrs.jus.br>>).

Portanto, frente aos dados colhidos junto aos acórdãos pesquisados, pode ser diagnosticado que as recorrências corruptivas praticadas nas contratações públicas afiguram-se no índice de 68% (sessenta e oito por cento) na fase externa e apenas 32% (trinta e dois por cento) na fase interna.

Tais índices constatados apresentam-se com certa regularidade, tendo em vista que a fase interna da contratação pública possui um número menor de atos a serem praticados em a relação à fase externa, além de que não chegam a externalizar a contratação ao público, o que torna mais evidente a prática de atos corruptivos na fase externa.

De outra banda, no subcapítulo abaixo serão analisadas as modalidades de licitação em que foram praticadas as recorrências corruptivas levantadas na pesquisa realizada.

3.1.3 Das modalidades de licitação em que decorreram as recorrências corruptivas

Primeiramente, há de ser destacado que, tendo em vista a pesquisa ter diagnosticado modalidades de atos corruptivos concernentes à não realização de

processo licitatório, o numerário total destes dados será inferior aos dos acórdãos identificados na pesquisa.

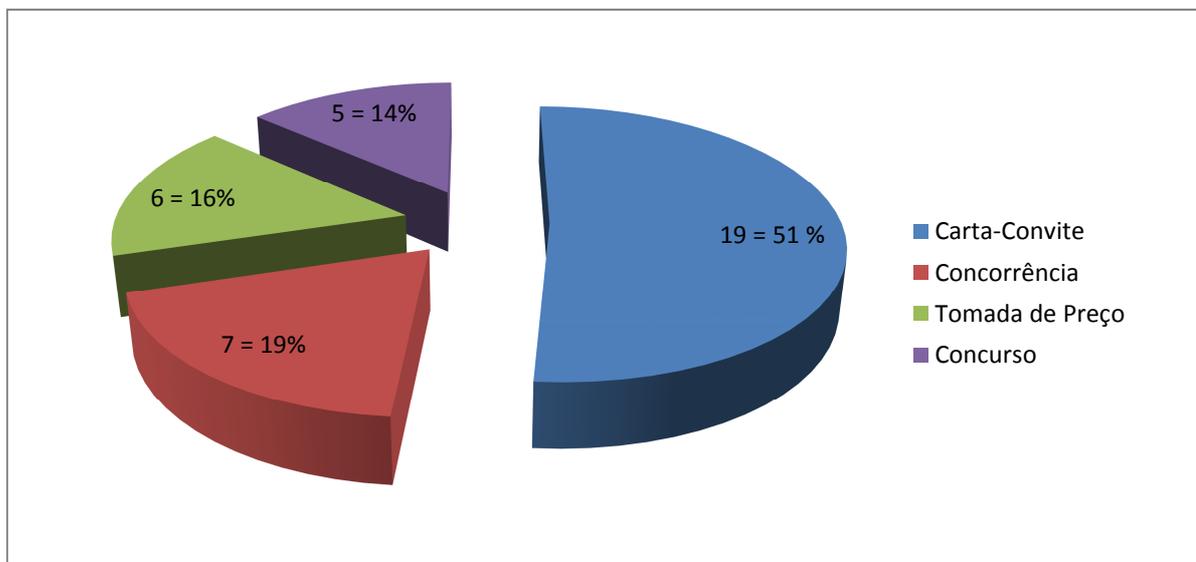
Dessa forma, perante a pesquisa realizada, constatou-se apenas 04 (quatro) modalidades de licitação nas quais foram praticados atos corruptivos, sendo estas: 1ª) carta-convite; 2ª) concorrência; 3ª) tomada de preço e 4ª) concurso.

Ante a totalidade dos acórdãos identificados na pesquisa (63), constatou-se que em 19 (dezenove) casos as recorrências corruptivas recaíram na modalidade licitatória da carta-convite; em 07 (sete) acórdãos identificou-se a modalidade da concorrência; em 06 (seis) acórdãos, a modalidade tomada de preço; e em 05 (cinco) acórdãos, a modalidade licitatória concurso.

Merece ressalva o fato de que, na totalidade dos acórdãos identificados na pesquisa, nenhum ato corruptivo em face da contratação pública recaiu sobre as modalidades licitatórias do leilão e do pregão.

Portanto, como forma de possibilitar uma melhor visualização e comparação entre as modalidades licitatórias em que recaíram recorrências corruptivas, conforme identificadas na pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, passa-se a apresentar o seguinte gráfico.

Gráfico 3 – Modalidades licitatórias em que recaíram recorrências corruptivas



Fonte: Pesquisa junto ao TJ/RS (<<http://www.tjrs.jus.br>>).

Perante a análise das modalidades licitatórias em que recaíram recorrências corruptivas na pesquisa realizada neste trabalho, chama a atenção a ampla desproporcionalidade nas reiteradas práticas ímprobas através da modalidade

licitatória carta-convite, a qual, entre as demais verificadas, foi utilizada em mais de 50% dos casos, demonstrando se afigurar como um mecanismo mais propício à realização de condutas corruptivas.

Logo, o interesse do legislador em conferir maior simplicidade e celeridade na contratação pública através da modalidade licitatória da carta-convite acabou possibilitando aos agentes corruptores um mecanismo mais facilitador à realização de atos corruptivos. Os três convites que a lei veicula a participantes por vezes é facilmente fraudado através do conluio ardiloso entre os participantes a manipular suas propostas.

Neste sentido, em inúmeros acórdãos condenatórios diagnosticados nesta pesquisa, os atos corruptivos praticados contra a contratação pública através da modalidade licitatória carta-convite refletiram a praxe da simulação entre os participantes, na qual já há um conluio, inclusive com a ciência dos agentes públicos responsáveis pelo certame, para o direcionamento a um dos participantes, além de que a publicidade do certame, nesses casos, se dá de forma obscura, para impossibilitar a participação de outros concorrentes.

Importante destaque há de ser dado ao Projeto de Lei 1292/95, que, a longa data, vem tramitando no Congresso Nacional, intitulado como a Nova Lei de Licitações. Este Projeto de Lei tem entre os seus objetivos a extinção das modalidades carta-convite e tomada de preços, em razão da vulnerabilidade das mesmas à incidência de atos corruptivos.

Desde 1993, ano da publicação da Lei 8.666, a legislação voltada para compras públicas no Brasil vem sofrendo mudanças pontuais. Foram efetuadas por meio de 80 normas, das quais 61 medidas provisórias e 19 leis. Nesses 22 anos de existência, já foram apresentadas mais de 600 propostas de mudanças: 518 na Câmara dos Deputados e 157 no Senado (BRASIL, 2015).

Já a modalidade licitatória concorrência foi a segunda mais evidenciada, perfazendo o índice de 19% (dezenove por cento) sobre a totalidade. Contudo, chamou a atenção o fato de que a grande maioria dos atos corruptivos praticados nesta modalidade deram-se através das recorrências do favorecimento fraudulento; através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente; do conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes; e da simulação de contratação para desvio de recursos públicos. Essas modalidades

corruptivas, conforme abordado acima, decorrem em maior grau de ilicitude e de organização corruptiva. Nesse passo, através da verificação dos acórdãos levantados na pesquisa, pode-se constatar que a incidência dessas na modalidade concorrência se perfaz ante o grande vulto econômico que a mesma apresenta no certame, ou seja, o elevado valor contratual torna-se mais atrativo a práticas corruptivas.

Logo, a modalidade da concorrência, por prever contratação com vulto econômico elevado, merece maior complexidade no seu controle, bem como a necessidade de ocorrer fiscalização de forma concomitante.

Por fim, após a análise dos dados colhidos junto à pesquisa delineada e realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, no subcapítulo abaixo serão abordados os dados concernentes à pesquisa realizada junto ao *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

3.2 Exame acerca da jurisprudência e da doutrina do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em face de recorrências corruptivas na contratação pública

O resultado obtido com a busca realizada nos termos e parâmetros acima apresentados junto à jurisprudência no *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul foi um total de 69 (sessenta e nove) julgados¹⁰ que, ao analisarem o mérito dos processos decorrentes de fiscalizações/auditorias, condenaram agentes

¹⁰ Os sessenta e nove julgados identificados nesta pesquisa possuem, respectivamente, os seguintes números processuais junto ao Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (Número do Processo): 1ª) 008400-02.00/12-4; 2ª) 008096-02.00/12-4; 3ª) 008243-02.00/12-3; 4ª) 008309-02.00/12-0; 5ª) 008338-02.00/12-3; 6ª) 008577-02.00/12-4; 7ª) 008548-02.00/12-1; 8ª) 008295-02.00/12-8; 9ª) 000549-02.00/11-8; 10ª) 000662-02.00/11-0; 11ª) 000800-02.00/11-0; 12ª) 000191-02.00/11-2; 13ª) 000375-02.00/11-6; 14ª) 004928-02.00/09-1; 15ª) 000229-02.00/10-1; 16ª) 000039-02.00/11-5; 17ª) 005624-02.00/11-5; 18ª) 003369-02.00/12-5; 19ª) 008626-02.00/12-0; 20ª) 000602-02.00/11-0; 21ª) 000589-02.00/10-7; 22ª) 008609-02.00/12-5; 23ª) 003661-02.00/12-8; 24ª) 003663-02.00/12-3; 25ª) 009052-02.00/12-3; 26ª) 008294-02.00/12-5; 27ª) 005815-02.00/12-0; 28ª) 006032-02.00/12-8; 29ª) 008408-02.00/12-6; 30ª) 008516-02.00/12-0; 31ª) 008101-02.00/12-2; 32ª) 008527-02.00/12-5; 33ª) 008421-02.00/12-0; 34ª) 000936-02.00/11-0; 35ª) 008468-02.00/12-7; 36ª) 008510-02.00/12-4; 37ª) 008337-02.00/12-0; 38ª) 008434-02.00/12-0; 39ª) 000034-02.00/13-8; 40ª) 000637-02.00/11-9; 41ª) 000703-02.00/11-0; 42ª) 001448-02.00/09-2; 43ª) 000535-02.00/11-5; 44ª) 000968-02.00/11-1; 45ª) 003627-02.00/14-3; 46ª) 011687-02.00/13-8; 47ª) 003240-02.00/14-5; 48ª) 008056-02.00/13-5; 49ª) 003307-02.00/14-5; 50ª) 001627-02.00/14-9; 51ª) 005265-02.00/13-9; 52ª) 004986-02.00/13-5; 53ª) 000994-02.00/10-8; 54ª) 000821-02.00/11-7; 55ª) 001017-02.00/11-3; 56ª) 000532-02.00/11-7; 57ª) 000678-02.00/11-9; 58ª) 000726-02.00/11-2; 59ª) 000593-02.00/11-0; 60ª) 001202-02.00/10-6; 61ª) 001267-02.00/10-6; 62ª) 000841-02.00/11-0; 63ª) 000955-02.00/11-1; 64ª) 000967-02.00/11-9; 65ª) 000989-02.00/11-8; 66ª) 000762-02.00/11-9; 67ª) 000692-02.00/11-6; 68ª) 001000-02.00/11-2; 69ª) 000611-02.00/11-9.

públicos, bem como determinaram a nulidade de atos públicos, entre outras medidas, ante a constatação da prática de atos irregulares/corruptivos na contratação pública. Assim, a totalidade dos julgados identificados corresponde a uma média de 2,9 (dois vírgula nove) julgamentos condenatórios pelo TCE/RS, por mês, em casos envolvendo recorrências corruptivas nas contratações públicas gaúchas.

Dentre os 69 (sessenta e nove) julgamentos identificados, 58 (cinquenta e oito) dizem respeito ao julgamento do tipo de processo “Contas de Gestão”¹¹; 08 (oito), do tipo de processo “Inspeção Especial”¹²; 02 (dois), do tipo de processo “Representação do Ministério Público de Contas”¹³; e apenas 01 (um), do tipo de processo “Auditoria de Admissão”¹⁴.

Destaca-se que, perante a análise das modalidades de sanções aplicadas nos julgamentos condenatórios aos atos ímprobos constatados, observaram-se as seguintes: imposição de multa; fixação de débito das quantias apontadas; extração de certidões de decisão com eficácia de título executivo; julgamento de irregularidade das Contas de Gestão; cominação de nulidade de atos administrativos; cominação da realização de providências de regularização, etc.

Antes da realização da análise dos dados objetivados nesta pesquisa, cumpre relevar que, perante verificação individual de cada julgamento identificado, muitos apresentaram mais que um ato corruptivo praticado, assim como, por vezes, agindo corruptivamente em mais que uma fase da contratação pública. Além do mais, em

¹¹ O tipo de processo “Contas de Gestão” tem sua origem através de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas no Poder Executivo e/ou do Poder Legislativo, que recai sobre documentos, informações e demonstrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, organizado para permitir a visão sistêmica do desempenho e da conformidade da gestão dos responsáveis durante um exercício financeiro. Assim, detectadas falhas, irregularidades e ilegalidades perante os atos administrativos, tal auditoria converter-se-á no referido processo.

¹² O tipo processual “Inspeção Especial” tem sua origem quando o Tribunal de Contas, ao entender que são insuficientes os elementos coligidos na investigação/auditoria, determinará a apuração complementar dos fatos, a ser realizada pelo Corpo Técnico do Tribunal de Contas, conforme prevê o parágrafo segundo, do artigo 88, da Resolução 1028/2015 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul).

¹³ O tipo processual “Representação Proposta pelo Ministério Público de Contas” está previsto no dispositivo do artigo 25, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que prevê a presente modalidade processual como sendo um mecanismo de propositura de demanda pelo Ministério Público, sem o mesmo tomar conhecimento de irregularidade ou exercício de seu direito de fiscalização.

¹⁴ O tipo processual “Auditoria de Admissão” decorre da competência do Tribunal de Contas em realizar auditorias sobre os atos de admissão de pessoal, a qualquer título pelas Administrações direta e indireta do Estado e dos Municípios, exceto as nomeações para cargos de provimento em comissão. Tão logo, a referida modalidade processual decorrerá da constatação de irregularidade em auditoria dos atos admissionais originários e atos derivados de pessoal.

muitos dos julgados verificou-se a mesma prática corruptiva, razão pela qual os dados que serão apresentados não encontrarão simetria ao numerário dos julgados.

3.2.1 Das modalidades de atos irregulares/corruptos praticados na contratação pública

Perante a análise dos julgados identificados nos parâmetros e formas delineadas na pesquisa proposta junto ao TCE/RS, num primeiro momento, observaram-se as espécies dos atos irregulares praticados na contratação pública.

Assim, dentre os 69 (sessenta e nove) julgados, constatou-se a prática de 15 (quinze) modalidades de atos corruptivos contra a contratação pública, sendo estes: 1º) favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente; 2º) conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes; 3º) não realização do certame licitatório; 4º) pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a entrega dos bens contratados ou a realização dos serviços a serem prestados; 5º) reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório; 6º) realização do certame licitatório sem publicidade e transparência; 7º) superfaturamento na execução do contrato adjudicado; 8º) inserção no edital de licitação de exigência manifestamente descabida para frustrar a competitividade e beneficiar determinado participante; 9º) fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório; 10º) simulação de contratação para desvio de recursos públicos; 11º) serviço ou material prestado a menor e/ou diferente do objeto contratado; 12º) ausências de planilhas de custos, de orçamentos ou de detalhamento de projeto básico em licitação para execução de obras; 13) irregularidades no aditivo da contratação pública; 14) inexistência de parecer jurídico em contrato; e 15º) inexistência de controle de fiscalização para execução da contratação pública.

A primeira modalidade de ato irregular/corrupto contra a contratação pública acima destacada – “favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente” – foi identificada em 09 (nove) dos 69 (sessenta e nove) julgados da pesquisa realizada no TCE/RS. Tal modalidade

Ímproba verificada ocorreu nos 09 julgados destacados através de atos praticados por agentes da Administração Pública que, para favorecer/adjudicar a contratação a determinado participante, adulteraram determinados documentos e propostas apresentadas pelo participante a ser favorecido, bem como dos demais.

A segunda modalidade de ato corruptivo na contratação pública – “conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes” – foi identificada em 05 (cinco) dos julgados. Tal prática corruptiva apresentou-se como o ato de agentes públicos em conluio com a totalidade dos participantes para fraudarem o certame licitatório, acarretando a lesão da competitividade, bem como visando ao superfaturamento.

Quanto à terceira modalidade de ato irregular/corruptivo – “não realização do certame licitatório” – a mesma foi identificada em 34 (trinta e quatro) dos julgados. Esta modalidade corruptiva apresentou-se nos julgados como o ato praticado por agentes públicos que efetivaram contratações públicas, porém sem realizar o obrigatório certame licitatório em cada caso.

Concernente à quarta modalidade corruptiva na contratação pública analisada junto ao TCE/RS – “pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a entrega dos bens contratados ou dos serviços a serem prestados” – foi identificada em 05 (cinco) dos julgados. Tal prática corruptiva apresentou-se como o ato praticado por agentes públicos em adimplir a totalidade do valor da contratação adjudicada sem que o contratado tenha realizado a prestação, ou parte, que lhe incumbia.

A quinta modalidade de ato corruptivo identificada – “reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório” – foi identificada em 08 (oito) julgados. Tal ato ímprobo apresentou-se na conduta de agentes políticos ao praticar contratações emergenciais reiteradas como forma de burlar a necessidade de processo licitatório. Contudo, restou comprovado nos julgados as reiteradas manobras fraudulentas amparadas em caráter de urgência não existente.

A respeito da sexta modalidade irregular constatada – “realização do certame licitatório sem publicidade e transparência” – foi identificada em 09 (nove) dos julgados. Tal modalidade corruptiva restou comprovada nos julgados ante a constatação da inexistência da devida publicidade e transparência nos processos de contratação pública.

A sétima modalidade ímproba – “superfaturamento na execução do contrato adjudicado” – foi identificada em 11 (onze) dos julgados. Tal prática corruptiva diz respeito ao ato de agentes públicos, em conluio com o concorrente vencedor/adjudicado, em superfaturar junto à perfectibilização do contrato público o valor do serviço ou produto, na finalidade indevida do desvio de recursos públicos.

Concernente à oitava modalidade corruptiva – “inserção no edital de licitação de exigência manifestamente descabida para frustrar a competitividade e beneficiar determinado participante” – foi identificada em 10 (dez) julgados. Esta modalidade se resume no ato praticado por agentes públicos em terem inserido no edital de licitação exigência descabida com o interesse direto em beneficiar determinado concorrente.

Já a nova modalidade de ato corruptivo na contratação pública pesquisada – “fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório” – foi identificada em 12 (doze) dos julgados. Esta recorrência corruptiva constatou-se através do ato de agentes públicos em fracionarem a realização de obras ou compras, em datas diversas, como forma de burlar os limites financeiros na realização do certame licitatório.

A décima modalidade de ato corruptivo na contratação pública – “simulação de contratação para desvio de recursos públicos” – foi identificada em 02 (dois) dos julgados. Esta prática corruptiva apresentou-se no ato de agentes públicos simularem, plenamente, procedimentos licitatórios com a finalidade de desviar recursos públicos, ou seja, toda contratação pública é falsa, sendo a finalidade exclusivamente o desvio de verba pública.

A décima primeira modalidade de ato irregular na contratação pública – “serviço ou material prestado a menor e/ou diferente do objeto contratado” – foi identificada em 04 (quatro) julgados. Tal recorrência irregular diz respeito a atos praticados pelo contratado que, em conluio com agentes públicos, lesam o interesse público através da manobra de entrega a menor de objeto licitado e/ou da não realização regular do serviço, na finalidade de obtenção de vantagem ilícita.

Outra entre as modalidades irregulares, a décima segunda – “ausência de planilhas de custos em licitação para execução de obra” – foi identificada em 08 (oito) dos julgados colhidos na pesquisa jurisprudencial junto ao TCE/RS. Esta prática irregular consiste na omissão dos responsáveis pela contratação pública de execução de obras em realizar as obrigatórias planilhas de custos, os orçamentos

e/ou os detalhes do projeto básico, conforme determina a Lei de Licitações pátria.

A décima terceira modalidade corruptiva verificada na pesquisa – “irregularidades no aditivo da contratação pública” – foi identificada em 02 (dois) julgados. Esta recorrência corruptiva afigura-se em atos praticados por agentes públicos, em conluio com o concorrente adjudicado, em procederem a atos fraudulentos através de aditivos contratuais, nos quais se sobressaltam superfaturamentos, inexigibilidades de licitações, etc.

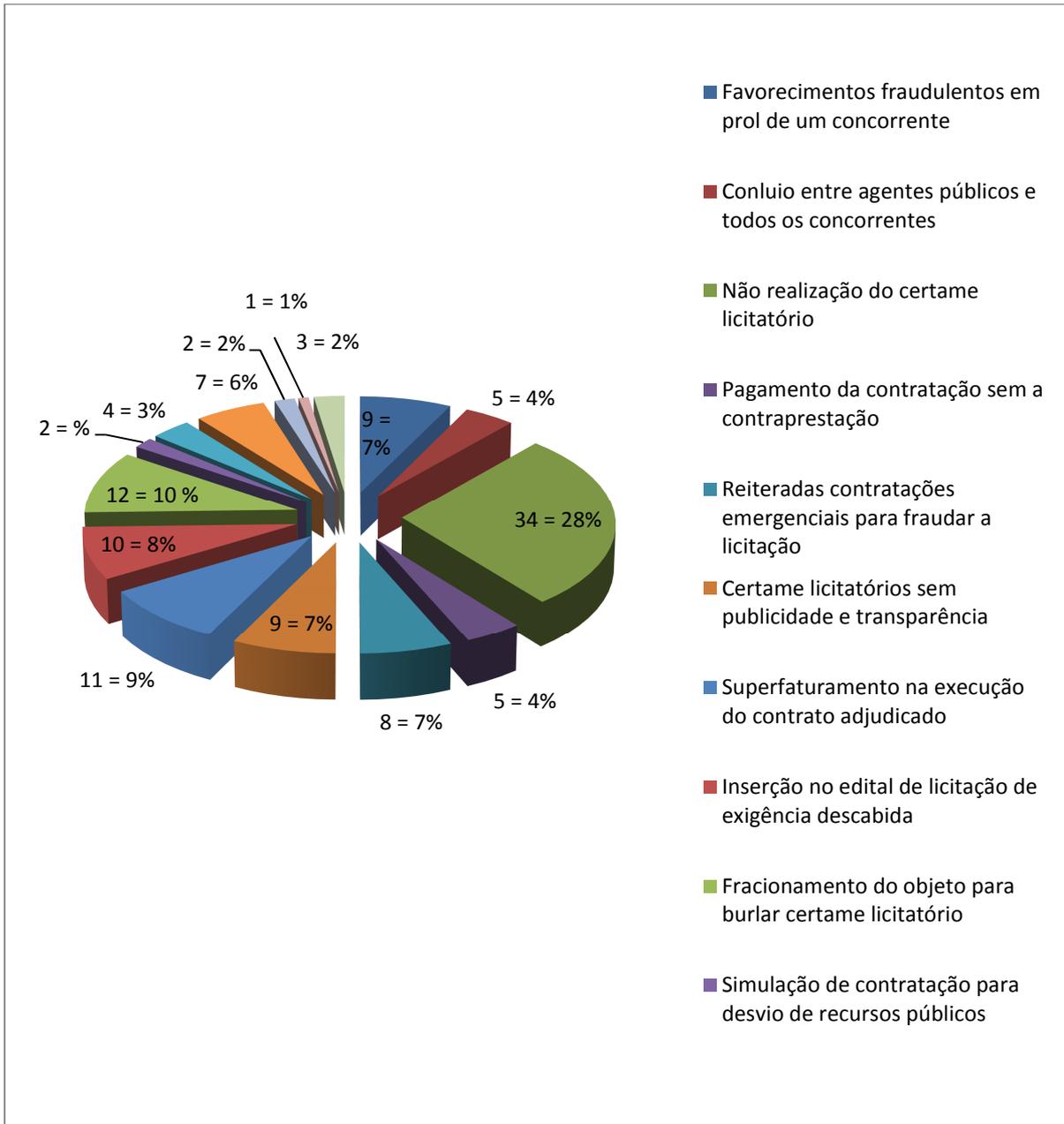
A penúltima modalidade irregular constatada, a décima quarta – “inexistência de parecer jurídico em contrato” – foi identificada em 01 (um) julgado. A presente irregularidade diz respeito à omissão na realização de parecer jurídico ante a formalização do contrato adjudicado na contratação pública.

Por fim, a última modalidade irregular constatada, a décima quinta – “inexistência de controle fiscalizatório na execução da contratação pública” – foi identificada em 03 (três) julgados. A presente irregularidade diz respeito à omissão na realização do controle fiscalizatório na execução da contratação pública.

Portanto, diante da totalidade de 69 (sessenta e nove) julgados identificados na pesquisa, constatou-se 123 (cento e vinte e três) recorrências corruptivas na contratação pública, revestidas através de 15 (quinze) modalidades de improbidade.

Como forma de possibilitar uma melhor visualização das modalidades corruptivas nas contratações públicas identificadas na pesquisa realizada junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, passa-se a apresentar o seguinte gráfico.

Gráfico 4 – Modalidades corruptivas na contratação pública



Fonte: Pesquisa junto ao TCE/RS (<<http://www.tce.rs.gov.br>>).

Primeiramente, há de ser destacado que a totalidade de recorrências corruptivas constatadas junto à análise no TCE/RS – 123 - verificou-se em maior número à colhida na pesquisa realizada no TJ/RS – 93 -, uma vez que naquele, por ter entre as suas funções principais a fiscalização direta aos órgãos públicos, assim como a realização de auditorias anuais, acaba diagnosticando mais recorrências.

Primeiramente, há de ser destacado o maior número de recorrências corruptivas constatadas junto à análise no TCE/RS – 123 – em comparação às colhidas na pesquisa realizada no TJ/RS – 93. Tal fato se justifica por ter o TCE/RS,

entre suas funções principais, a fiscalização direta aos órgãos públicos, assim como a realização de auditorias anuais, o que eleva o diagnóstico de recorrências.

Além do mais, com exceção da modalidade do ato corruptivo da realização do certame licitatório após a execução ou prestação do objeto, todas as demais identificadas na pesquisa junto ao TJ/RS também foram verificadas na pesquisa feita junto ao TCE/RS. Contudo, neste foram identificadas outras quatro modalidades não presenciadas naquele, quais sejam: a) “ausência de planilhas de custos em licitação para execução de obra”; b) “irregularidades no aditivo da contratação pública”; c) “inexistência de parecer jurídico em contrato”; d) “inexistência de controle fiscalizatório na execução da contratação pública”.

As quatro modalidades referidas acabam demonstrando uma atuação julgadora e fiscalizatória do Tribunal de Contas gaúcho, voltadas a uma maior observância aos processos funcionais da contratação pública, ou seja, esse não pautou seus julgados apenas em modalidades corruptivas que evidenciam atos criminosos, mas também em irregularidades que demonstram um descumprimento às normas vinculadoras da contratação e que, desta forma, contribuem para a concretização dos atos corruptivos ao enfraquecer os mecanismos processuais de controle.

Assim, nos julgados do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, evidenciou-se uma maior criteriosidade na fiscalização dos atos corruptivos na contratação pública, principalmente através dos processos de “Contas de Gestão”, relevando-se irregularidades a não vinculação a procedimentos processuais da contratação pública.

As modalidades de atos corruptivos identificadas nesta pesquisa junto ao TJ/RS e ao TCE/RS apresentaram dados similares, ou seja, revelam estatísticas e formas de atuações corruptivas parecidas, como é caso das seguintes: “não realização do certame licitatório”; “reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório”; e “o fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório”. Estas modalidades são gêneros similares de mecanismos de manobras fraudulentas para a não realização do certame licitatório, que, se somadas, representam a porcentagem de 45% (quarenta e cinco por cento) da totalidade dos atos corruptivos praticados contra a contratação pública levantados na pesquisa junto ao TCE/RS.

Essa porcentagem, assim como constatada nos dados levantados no TJ/RS - 41% (quarenta e um por cento) -, vem demonstrar que as recorrências corruptivas

na contratação pública se apresentam fortemente relacionadas nos atos ilegais/fraudulentos voltados a burlar a necessária realização do certame licitatório.

Junto aos dados obtidos no TJ/RS, operou-se a análise sobre a forma em que se deu a denúncia nas modalidades de atos corruptivos “do pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a efetiva entrega dos bens contratados ou cumprimento dos serviços que deveriam ser prestados e do superfaturamento na execução do contrato adjudicado”. Contudo, junto aos dados obtidos no TCE/RS assim não pode ser procedido, uma vez que o corpo textual dos julgados neste órgão não possui tamanha análise fática e probatória como nos acórdão do TJ/RS, o que tornam passível a constatação dessas informações.

Releva-se também que a modalidade de recorrência corruptiva praticada através do ato omissivo à publicidade e transparência afigurou-se em apenas 09 (nove) dos casos, o que corresponde a 7% (sete por cento) da totalidade de práticas irregulares. Dessa forma, tal índice se apresenta inexpressivo, se compararmos com a totalidade dos 123 (cento e vinte e três) casos corruptivos verificados, pois a omissão à publicidade e transparência é uma recorrência praticamente paralela aos demais atos. De toda forma, tal índice obtido na pesquisa junto ao TCE/RS reflete uma sincronia ao mesmo verificado no TJ/RS, o qual foi de apenas 5% (cinco por cento).

Por fim, merece destaque a oitava modalidade corruptiva constatada junto ao TCE/RS – “inserção no edital de licitação de exigência manifestamente descabida para frustrar a competitividade e beneficiar determinado participante” - por ter sido verificada em 10 (dez) ocorrências. Todas foram constatadas concomitantemente à realização do certame licitatório, tendo em vista denúncias procedidas por participantes, as quais geraram, em caráter liminar determinado pelo TCE/RS, a suspensão do processo licitatório, a readequação e demais penas. Estas intervenções de cunho concomitante acabam prevenindo a materialização do ato corruptivo.

Logo, apresentados os dados concernentes às modalidades de recorrências corruptivas verificados na pesquisa junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, passa-se à análise das fases da contratação pública em que as referidas modalidades foram praticadas.

3.2.2 Das fases da contratação pública em que decorreram as recorrências corruptivas

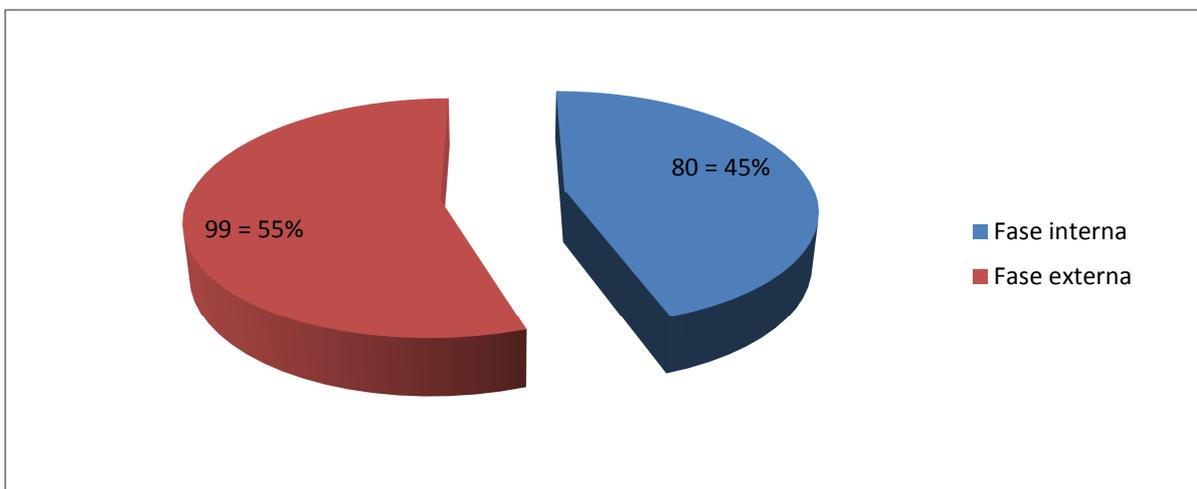
Perante a análise dos 69 (sessenta e nove) julgados identificados nos parâmetros e formas delineadas na pesquisa proposta, constatou-se 123 (cento e vinte e três) recorrências corruptivas ocorridas através de 15 (quinze) espécies de atos corruptivos praticados na contratação pública.

Assim, dentre as 123 (cento e vinte e três) recorrências corruptivas, 80 (oitenta) foram praticadas na fase interna da contratação pública. Já na fase externa foram identificadas 99 (noventa e nove) recorrências corruptivas.

Cumprir ser destacado que o presente trabalho compreendeu que as seguintes modalidades de recorrências corruptivas identificadas nesta pesquisa, apesar de serem julgadas como sendo apenas um ato ímprobo, violaram/incidiram tanto na fase interna, como na fase externa da contratação: 3ª) “não realização do certame licitatório”; 5ª) “reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório”; 9ª) “simulação de contratação para desvio de recursos públicos”; 10ª) “fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório”.

Diante do exposto, como forma de possibilitar uma melhor visualização e comparação entre as fases das contratações públicas que vieram a ser violadas, conforme identificadas na pesquisa realizada junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, passa-se a apresentar o seguinte gráfico.

Gráfico 5 – Fases da contratação pública em que decorreram atos corruptivos



Fonte: Pesquisa junto ao TCE/RS (<<http://www.tce.rs.gov.br>>).

Portanto, frente os dados colhidos junto aos acórdãos pesquisados, pode ser diagnosticado que as recorrências corruptivas praticadas nas contratações públicas afiguram-se no índice de 55% (cinquenta e cinco por cento) na fase externa e de 45% (quarenta e cinco por cento) na fase interna.

Tão logo, os referidos índices vêm, simetricamente, ao encontro dos colhidos na similar pesquisa realizada no TJ/RS e assim demonstram que as recorrências corruptivas na contratação pública decorrem com maior frequência na fase externa, em razão do maior número de atos nela concentrados, bem como pelo fato de que é a partir desta fase que passa a ocorrer a publicização da contratação.

De outra banda, no subcapítulo abaixo serão analisadas as modalidades de licitação em que foram praticadas as recorrências corruptivas na pesquisa realizada.

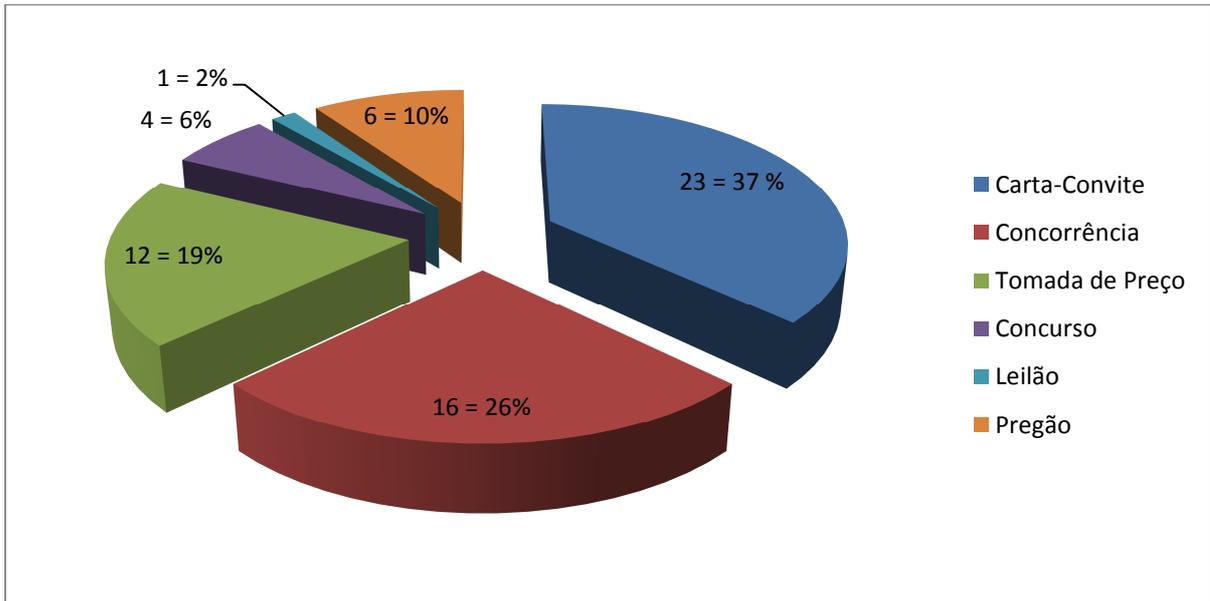
3.2.3 Das modalidades de licitação em que decorreram as recorrências corruptivas

Primeiramente, há de ser destacado que, tendo em vista a pesquisa ter diagnosticado modalidades de atos corruptivos concernentes a não realização de processo licitatório, o numerário total destes dados será inferior aos dos julgados identificados na pesquisa junto ao TCE/RS.

Dessa forma, perante a pesquisa realizada, constatou-se que, em todas as 06 (seis) modalidades de licitação, foram praticados atos corruptivos: 1ª) carta-convite; 2ª) concorrência; 3ª) tomada de preço; 4ª) concurso; 5ª) pregão; e 6ª) leilão.

Ante a totalidade dos acórdãos identificados na pesquisa – 69 (sessenta e nove) - constatou-se que em 23 (vinte e três) dos julgados as recorrências corruptivas recaíram na modalidade licitatória da carta-convite; em 16 (dezesesseis) julgados identificou-se a modalidade da concorrência; em 12 (doze) julgados, a modalidade tomada de preço; em 04 (quatro) julgados, a modalidade licitatória concurso; em 06 (seis) julgados, a modalidade do pregão; e em 01 (um), a modalidade leilão.

Portanto, como forma de possibilitar uma melhor visualização e comparação entre as modalidades licitatórias em que recaíram recorrências corruptivas, conforme identificadas na pesquisa realizada junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, passa-se a apresentar o seguinte gráfico.

Gráfico 6 – Modalidades licitatórias em que recaíram recorrências corruptivas

Fonte: Pesquisa junto ao TCE/RS(<<http://www.tce.rs.gov.br>>).

A modalidade carta-convite, assim como constatado na mesma análise realizada junto ao TJ/RS, apresentou-se como a forma licitatória na qual mais recaíram práticas ímprobas. Assim, 37% (trinta e sete por cento) das recorrências constatadas nos julgados delineados na pesquisa junto ao TCE/RS foram praticadas através da modalidade de licitação da carta-convite, demonstrando se afigurar como um mecanismo mais propício à realização de condutas corruptivas.

Merece destaque a atuação do Tribunal de Contas gaúcho, principalmente através da função fiscalizatória da auditoria de gestão, que diagnosticou recorrências corruptivas em todas as modalidades licitatórias, inclusive no pregão e no leilão, o que não foi verificado na mesma pesquisa proposta junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul.

Com isso, as estatísticas são conclusivas ao demonstrar que não existe modalidade licitatória imune a atos corruptivos. Por outro lado, também é possível concluir que há modalidade mais propícia à prática de irregularidades, como é o caso da carta-convite, o que se comprova através da alta estatística corruptiva que apresenta.

Após a análise da pesquisa e dos respectivos dados delineados junto à jurisprudência do TJ/RS e no TCE/RS, proceder-se-á à abordagem dos marcos normativos e políticos dos mecanismos de controle da contratação pública.

3.3 Os meios de controle da contratação pública: marcos normativos e políticos

A temática do controle dos atos administrativos mantém-se conexas à visibilidade ou transparência no exercício do poder público, sobretudo da Administração do Poder Executivo, onde se torna mais recorrente. Assim, assume estreita relação com o tema da corrupção, pois, se os mecanismos de controle sobre a Administração se mostrassem mais eficientes/eficazes, os índices de corrupção certamente seriam menores.

Nesse sentido, Medauar (2007, p. 377) conclui em seus ensinamentos que os índices de corrupção em um Estado Democrático de Direito seriam inversamente proporcionais aos de controle da Administração.

Face à importância que o controle assume no panorama preventivo a atos corruptivos, oportunas as palavras de José Afonso Silva, que correlacionam a eficácia do Princípio da Legalidade aos sistemas de controle:

O princípio pelo qual a Administração se subordina à lei – Princípio da Legalidade – revela-se como uma das conquistas mais importantes da evolução estatal. Seria, contudo, ineficaz, se não previssem meios de fazê-lo valer na prática. A função fiscalizadora engloba esses meios que preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever de boa administração, que fica também sob a vigilância dos sistemas de controle (SILVA, 2013, p. 727).

O sistema de controle e fiscalização da atividade administrativa há séculos se faz presente, assumindo um caráter evolutivo e ganhando ampla relevância a nível mundial. Conforme destaca Medauar (2007, 39), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já continha, no art. 15, o seguinte preceito: “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Isto evidencia que a preocupação com o controle, além de antiga, privilegia a participação popular.

Atualmente, o controle dos atos públicos está intimamente ligado a um Estado Democrático de Direito e pode ser concebido como a fiscalização exercida pelos Poderes Públicos ou pelo cidadão, cuja finalidade é a de assegurar que a Administração atue em conformidade com a principiologia jurídica, como a da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação e impessoalidade,

atuando também, em determinadas situações, em face de atos discricionários (DI PIETRO, 2012, p. 791).

Neste passo, Celso Bandeira de Mello passa a conceituar o controle da Administração através de uma ampla análise:

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercer, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo orgânico exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais). Tais controles envolvem quer aspectos de conveniência e oportunidade, quer aspectos de legitimidade (MELLO, 2012, p. 951).

Nosso ordenamento jurídico é farto no que toca aos sistemas de controle da Administração. O Poder Executivo tem suas funções controladas pelos demais poderes e pelo Tribunal de Contas e Ministério Público, Controladoria-Geral da União, etc. O Judiciário, por sua vez, submete-se à fiscalização seja da sociedade, seja do Tribunal de Contas, seja do Ministério Público, o que não se afigura diferente ao Legislativo. Assim, dada à amplitude e à relevância do tema, passa-se a melhor abordar as espécies de controle:

Primeiramente, é importante, de forma sucinta, destacar que, quanto ao momento em que é exercido, apresentam-se três tipos de controle do ato administrativo: o controle prévio, o concomitante e o posterior.

Conforme aferido acima, a Administração Pública, direta ou indireta, está submetida aos controles internos e externos. O controle interno é desempenhado por órgãos da própria Administração. Já o controle externo é exercido por órgãos alheios à Administração.

Para Hely Lopes Meirelles (2014, p. 641), a análise do controle interno e externo situa-se na qualificação da origem. Assim, conceitua o controle interno como todo aquele ato realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração. Logo, qualquer controle realizado pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário sobre seus próprios serviços ou agentes é considerado interno.

No plano do controle interno, importante a análise da Constituição Federal, mais especificamente em seu art. 74, que estabelece:

“Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade de: I – avaliar o cumprimento de metas previstas no Plano Plurianual, a execução de programas de governo e do orçamento da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e à eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial [...]; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias [...]; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.” (BRASIL, 1988).

E ainda prevê responsabilização solidária dos responsáveis pelo controle interno que tomarem conhecimento de qualquer irregularidade e não a levarem a conhecimento imediato do Tribunal de Contas (BRASIL, 1988).

Assim, o Decreto-Lei Federal 200/1967 traz em seu bojo a abrangência do controle sobre aspectos administrativos, orçamentários, patrimoniais e financeiros, objetivando assegurar o cumprimento da legislação e das programações do governo. Já as normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle de orçamentos e balanços estão previstas na Lei 4.320/1964, assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) versa sobre o controle da matéria financeira pública.

Nesse passo, destaca-se o surgimento de marcos legislativos, como a EC 19, os Decretos 137/91, 2.487 e 2488, que tratam do contrato de gestão, cuja celebração era um dos requisitos para que as autarquias e fundações recebessem a qualificação especial de agências executivas. As premissas do serviço público implementadas pela reforma gerencial desse período contribuíram para a conscientização da necessidade de se criar mecanismos de controle e responsabilização da burocracia estatal, eis que impuseram claras diretrizes para o desempenho de deveres públicos, a saber: a) que as ações administrativas estivessem orientadas para o cidadão-usuário, e b) que estivessem baseadas na responsabilidade do servidor público (LEAL, 2013, p. 184).

Quanto ao controle externo, para o doutrinador Evandro Guerra (2005, p. 101), este é desempenhado por órgão alheio à estrutura de outro controlado, na busca de efetivar mecanismos com vistas a garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental. A Administração Pública deve ser fiscalizada na gestão dos

interesses da sociedade por órgão de fora de suas partes, assegurando atuação em consonância com os princípios impostos pelo ordenamento jurídico.

Concernente ao controle externo, depreende-se quatro sistemas de controle: 1º) controle parlamentar; 2º) controle pelo Tribunal de Contas; 3º) controle judicial; e 4º) controle social, conforme se passa a abordar.

O controle parlamentar tem sua base insculpida no art. 49, inciso X, da CF, que determina a competência exclusiva do Congresso Nacional em “[...] fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos da administração indireta.” (BRASIL, 1998).

Assim, a própria Constituição passa a nortear as competências fiscalizatórias e de controle do Poder Legislativo (Congresso Nacional), conforme pode ser observado: a) o art. 49, inciso V, confere a competência de sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar; b) o art. 71, parágrafo primeiro, prevê a competência de sustar contratos do Poder Executivo que contenham vício de ilegalidade, a pedido do Tribunal de Contas; c) os art. 50 e 58 estabelecem a possibilidade de o Congresso, de suas Casas, ou de suas respectivas comissões convocar Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem informações, bem como de receberem petições, queixas e representações dos administrados e convocar qualquer pessoa para depor; d) o parágrafo terceiro do art. 58 prevê a competência parlamentar de investigação própria das autoridades judiciais, além dos previstos nos respectivos regimentos, para atos a serem apurados através de Comissões Parlamentares de Inquérito e, sendo o caso, o envio das conclusões ao Ministério Público para a apuração de possível responsabilidade civil e ou criminal; e) os incisos I, XII, XIII, XVI e XVII, do art. 49, preveem a competência do Congresso Nacional para autorizar ou aprovar determinados atos concretos do Executivo, a exemplo, apreciar atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de televisão; f) o art. 52 estabelece a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles, bem como a competência para processar e julgar os Ministros do STF, os Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho

Nacional do Ministério Público, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade, etc. (BRASIL, 1998).

O controle exercido pelo Tribunal de Contas, também chamado de Controle Financeiro, encontra-se disciplinado nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, e exerce atuação fiscalizatória contábil, financeira e orçamentária.

Em aprofundada análise sobre a atividade e os aspectos do controle de competência dos Tribunais de Contas sobre atos da Administração Pública, que se encontram regulados no art. 70, da CF, assim leciona Di Pietro (2012, p. 808):

O art. 70 permite inferir algumas normas básicas:

1. Quanto à atividade controlada, a fiscalização abrange a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial; isto permite a verificação da contabilidade, das receitas e despesas, da execução do orçamento, dos resultados e dos acréscimos e diminuições patrimoniais;

2. Quanto aos aspectos controlados, compreende:

I - controle de legalidade dos atos de que resultem arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

II - controle de legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como entender a ordem de prioridade, estabelecida no plano plurianual;

III – controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, entendo, por exemplo, uma adequada relação custo benefício;

IV – controle de fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos;

V – controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e metas, expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviço

3. Quanto às pessoas controladas, abrange União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Direta e Indireta, bem como qualquer pessoa física ou entidade pública, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária;

4. A fiscalização compreende os sistemas de controle externo, que compete ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, e de controle interno, exercido por cada um dos Poderes.

Algumas das competências fiscalizatórias e de controle do Tribunal de Contas também se encontram insculpidas em artigos da Constituição Federal, que assim podem ser citados: a) o art. 71, inciso I, confere ao Tribunal de Contas a competência de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas anuais do Presidente da República; b) já o inciso subsequente do artigo referido prevê ao Tribunal de Contas a competência de julgar as contas dos administradores públicos,

administração direta ou indireta; c) o art. 74, parágrafo segundo, estabelece que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas.

Quanto ao controle judicial, importantes as palavras de Di Pietro, que considera que este controle constitui, juntamente com o Princípio da Legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. Considera, ainda, que de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei, se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade, que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados (DI PIETRO, 2012, p. 808).

Destaca-se que os atos sujeitos ao controle judicial são os administrativos em geral. Em nosso sistema jurisdicional, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV, CF/88), a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato da Administração praticado por agente de qualquer órgão ou Poderes do Estado, limitando-se apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.

Dentre as medidas judiciais intentáveis para o controle da conduta administrativa, exceto as comuns de direito privado, pode ser citado: a) *Habeas corpus*, previsto no art. 5º, LXVIII, da CF, cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação de sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; b) Mandado de Segurança, previsto no art. 5º, LXIX e LXX, da CF, abarcando as modalidades individuais ou coletivas, regulado pela Lei 12.016/09, visa à proteção de direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública; c) *Habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, da CF, e regulado pela Lei 9.507/97, visa a assegurar o conhecimento ou a retificação de informações relativa à personalidade constante em registro ou banco de dados públicos; d) Mandado de Injunção, com previsão no inciso LXXI, do art. 5º, da CF, posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma reguladora que torne viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e) Ação Popular, contemplada no inciso LXXIII, do art. 5º, da CF, prevê o direito a qualquer

cidadão de obter anulação de atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural ou cultural, estando regulada na lei 4.717/65; f) Ação Civil Pública, prevista no art. 129, III, da CF, disciplinada pela Lei 7.347/85, é o instrumento processual aplicável para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; g) Reclamação Administrativa, contemplada no art. 103-A, da CF, que passou a prever os novos instrumentos de controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública contra decisão que contrarie ou aplique indevidamente uma súmula vinculante editada pelo STF; entre outros mecanismos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por fim, quanto ao controle social exercido sobre os atos administrativos, este passa a ganhar amplo relevo pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), e nas Leis de Diretrizes Orçamentárias - LDO.

A Constituição de 1988 consagrou a participação popular nas decisões políticas da Nação em seu artigo 1º, prevendo neste duas formas de exercício do poder pelo povo: o representativo e o direto. Então, esta é a primeira forma e a mais comum de controle social, consolidado pelo sufrágio universal. Neste passo, o inciso XXXIII, do art. 5º, da Constituição, diz respeito ao princípio da transparência na Administração Pública, que prediz o livre acesso a todo e qualquer cidadão a informações, tanto de interesse pessoal quanto de interesse coletivo, sob pena de responsabilidade do agente público que se negar a prestá-la.

Neste sentido, passa-se a elencar alguns dos artigos da atual Constituição que conferem participação popular na Administração Pública: a) o parágrafo terceiro, do art. 37, prevê a inovação nas formas de participação do cidadão na Administração Pública; b) o art. 58, em seus incisos II e IV, assegura a participação popular no processo legislativo pelas audiências públicas e queixas contra órgãos ou autoridades públicas; c) o parágrafo 2º, do art. 74, possibilita a provocação do Tribunal de Contas da União por meio de denúncia popular; d) o art. 89 prevê a participação de cidadãos no Conselho da República; e) os artigos 198 e 206 asseguram a participação da sociedade por meio dos Conselhos Gestores de Saúde, Educação Pública e de Assistência Social, etc.

Os dispositivos a seguir elencados demonstram a ênfase dada à publicidade, ao controle social e à transparência, através da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF): a) art. 48, *caput*, prevê o estabelecimento de instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação; b) o art. 48, parágrafo único, dá relevo à participação popular, à realização de audiências públicas e outras formas de controle social; c) o art. 52, *caput*, e o art. 55, §2º, preveem o dever de publicação do Relatório Resumido de Execução Orçamentária e do Relatório de Gestão Fiscal; d) o art. 56, §3º, ressalta que os resultados da apreciação das contas, julgadas e tomadas, devem ser também amplamente divulgados; e) o art. 67 determina a necessidade de criação do Conselho de Gestão Fiscal (BRASIL, 2000).

Assim, a legislação infraconstitucional também faz frente ao tema da transparência associada à participação social, a exemplo, as Leis Lei 8.666/93, 8.987/95, 9.427/96, 9.472/97, 10.257/01, destacando-se, entre outros, o instituto da ação popular, que tem como foco a atuação do cidadão no controle de todo e qualquer ato lesivo ao patrimônio público. Diante de todos os marcos legais que possibilitam a atuação social no controle dos atos da Administração Pública, não se pode mais falar da ausência de instrumentos e mecanismos jurídico-processuais que viabilizem a luta contra a corrupção. Porém, o que se percebe na prática é que tais ferramentas são muito pouco utilizadas (LEAL, 2013, p. 150).

4 POSSIBILIDADE DE MAIOR EFICÁCIA DO CONTROLE DOS CONTRATOS PÚBLICOS EM FACE À CORRUPÇÃO

O atual contexto social brasileiro denota a corrupção como sendo uma de suas - senão a principal - vilã. Cada vez mais nítida em decorrência dos inúmeros escândalos veiculados pelos campos midiáticos, bem como pelas devastadoras mazelas que provoca na sociedade, a corrupção acarreta aos cidadãos a descrença com a política e com o exercício administrativo público.

Esse lamentável cenário é elucidado pelo estudo apresentado pela Fiesp que, ao mapear o custo anual gerado pela corrupção ao Brasil, aponta a absurda cifra em torno de 41,5 e 69,1 bilhões de reais, e também revela ser a cultura da impunidade um dos principais problemas que dificultam o combate à corrupção (LEAL, 2013, p. 80).

Assim, cumpre reiterar que a doutrina especializada e os recentes estudos empíricos apontam que os maiores índices de corrupção decorrem na contratação pública, mais especificamente derivadas de processos licitatórios. Nesse sentido, a Controladoria-Geral da União, através da 30ª (trigésima) edição de seu Programa de Fiscalização por Sorteio, registrou problemas com licitações em 57 (cinquenta e sete) dos 60 (sessenta) municípios fiscalizados, ou seja, mais de 95% dos entes públicos fiscalizados apresentaram recorrências corruptivas em contratações públicas (BRASIL, 2010).

Nesse passo, a pesquisa realizada junto à doutrina e à jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas gaúchos, no período e forma delimitados, e que melhor pode ser observado no 2º (segundo) capítulo deste trabalho, constatou 216 (duzentas e dezesseis) recorrências corruptivas no Estado do Rio Grande do Sul, praticadas através de 16 (dezesseis) modalidades de atos corruptivos, e que recaíram sobre todas as fases e as modalidades licitatórias, dados estes suficientes à comprovação da elevada incidência da corrupção na contratação pública.

De outra banda, cumpre ressaltar que a análise dos principais processos funcionais da contratação pública permite melhor compreender sua amplitude, harmonia sequencial, além de seus inúmeros mecanismos próprios de controle à corrupção. E assim permite entender, conforme os ensinamentos do professor Rogério Gesta Leal (2013, p. 150), que, a partir de todos os marcos legais que

possibilitam, além dos Poderes paralelos, a atuação social no controle dos atos da Administração Pública brasileira, não se pode mais falar da ausência de instrumentos e mecanismos jurídico-processuais que viabilizem o combate contra atos corruptivos.

Para uma melhor visualização da suficiência de mecanismos típicos ao controle a atos corruptivos nas negociações administrativas, cumpre destaque à abordagem realizada no primeiro capítulo deste trabalho, que diagnosticou 19 (dezenove) entre as principais modalidades de unidades procedimentais da contratação pública: a) publicidade; b) transparência; c) motivação; d) formalizantes; e) fiscalização; f) orçamentárias e fiscais; g) julgamentos objetivos; h) manifestação jurídica; i) audiências públicas; j) comissão; l) vinculação ao edital ou à carta-convite; m) habilitação; n) sigilosidade; o) classificação; p) impugnação; q) execução; r) rescisão contratual; s) recursais; t) sancionatórios. Destaca-se que existem outras modalidades e que a importância entre as mesmas não encontra um nível hierárquico.

Tão logo, sobressalta-se a evidente dissintonia entre os inúmeros mecanismos processuais típicos ao controle das relações negociais públicas e a assolante realidade corruptiva, fator este que impõe um necessário repensar sobre os instrumentos e mecanismos jurídico-processuais de controle a recorrências corruptivas na contratação pública.

Diante desse panorama, neste capítulo buscar-se-á desenvolver o objetivo da resposta à problemática proposta no presente trabalho, ou seja, da identificação de mecanismos de instrumentalização possibilitadores de uma maior eficácia aos meios de controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos. Para tanto, será neste capítulo, num primeiro momento, abordada a corrupção no âmbito da contratação pública, remontando a conceituação de corrupção através de um enfoque amplo, além das principais temáticas envoltas do tema, e, posteriormente, será realizada uma análise concernente aos obstáculos práticos e teóricos ao controle da corrupção no exercício da contratação pública, com base no que se pode constatar na doutrina e nos dados levantados na pesquisa feita junto ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, possibilitando, assim, que se possa melhor discorrer sobre o tema e se possa alcançar uma conclusão sobre a problemática proposta.

4.1 A corrupção no âmbito da contratação pública

Antes de adentrar na temática da corrupção no âmbito da contratação pública, faz-se necessário, num primeiro momento, reconstruir a conceituação de corrupção, através de um enfoque amplo e que abranja as temáticas da ética pública, da improbidade administrativa e da má-gestão.

Imensuráveis são os efeitos e reflexos da corrupção à sociedade brasileira, pois, conforme os dados acima apresentados pelo Professor Leal (2013, p. 80), tal fenômeno retira ilicitamente dos cofres públicos do Brasil a absurda cifra próxima aos 70 (setenta) bilhões de reais ao ano, valor que, indubitavelmente, seria suficiente para melhor amparar ou custear políticas públicas básicas de saúde, alimentação, educação, etc.

Contudo, essa devastante mazela social não apenas lesa o erário público e as garantias e interesses sociais, como, há longa data, vem operando no seio societário brasileiro uma plena descrença na política, na administração e nos institutos procedimentais públicos, principalmente na contratação, quando dados a apontam como sendo um dos mecanismos administrativos mais recorrentes ao cometimento de atos corruptivos.

Definir o conceito de corrupção não é tarefa nada simples, tendo em vista a complexidade e a pluridimensionalidade envolta do tema, bem como em face de sua indimensionável capacidade de se alastrar em toda gama de relações sociais, seja pública ou privada. Assim, sua abordagem recebe tratamento por diversas áreas do conhecimento, conforme melhor pode ser observado nas palavras do doutrinador Sarmiento:

Como fenômeno jurídico, a corrupção é analisada sob diversos prismas. Para o filósofo, é considerada transgressão das normas éticas que regem os cargos públicos. O sociólogo prefere encará-la como fato social decorrente de um sistema administrativo ilegítimo e defeituoso. O antropólogo prefere explicá-la como desvio de conduta ditado pela incapacidade de a autoridade resistir às tentações financeiras ou às pressões políticas para romper o pacto de lealdade ao Estado. Para o jurista dogmático, a improbidade é ato ilícito (contrário à lei) a ser punido civil, administrativa e criminalmente pelo aparelho estatal (SARMENTO, 2002, p. 29).

Porém, apesar das diversas abordagens na definição de corrupção, é importante ser levado em consideração que não se pode falar em corrupção por

essência, nem mesmo atribuir-lhe uma conceituação definitiva, uma vez que ela sempre se mede relativamente a determinados padrões, operando contra certos parâmetros comportamentais, éticos e morais em relação à coisa pública (LEAL, 2013, p. 83).

Desta forma, também não pode ser afastado deste debate a relação de violação do dever de ética pública dos agentes públicos ante a prática de atos corruptivos, pois, conforme leciona Jaime Munhoz (1993, p. 09):

Los funcionarios públicos realizan fundamentalmente una tarea de contenido público. Llevan a cabo trabajos orientados a la satisfacción de las necesidades sociales. De ahí que, en la función pública, las consideraciones éticas o deontológicas constituyen algo connatural y que, en definitiva, supongan un lógico crecimiento en la calidad de la labor constitucional de la propia Administración.

Logo, a ideia de ética na função pública possui sua centralidade no serviço público prestado, inculcando o dever da crescente qualidade e concretização dos direitos fundamentais e a tantos outros valores que traduzem a noção de serviços públicos. Desta forma, a ética pública tem por finalidade a busca do bem comum, através de um atuar íntegro às regras de condutas funcionais. Neste sentido, oportunas as palavras de Bittencourt e Reck:

O objetivo da ética pública seria a preservação dos elementos essenciais da responsabilidade pessoal contra pressões da vida institucional, que poderiam inclusive ser diluídas num plano coletivo. A ética pública implica e exige responsabilidades diferenciadas de seus agentes, bem como uma forma de interpretar e aplicar os princípios que deveriam guiar as suas condutas. Não deveria então um agente ser julgado apenas pela sinceridade de seus motivos ou mesmo pelo seu caráter, mas sim em decorrência de suas decisões políticas e administrativas que, direta ou indiretamente, afetam os seus administrados (BITTENCOURT; RECK, 2014, p. 39).

Tendo em vista a devida importância deste tema, Leal (2013) destaca as recomendações demarcadas pelo Comitê PUMA da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em maio de 1998, para a ética no serviço público:

[...] deveriam ser mais claras e fundadas no ordenamento jurídico, devendo existir compromisso e liderança política que reforce e apoie a conduta ética dos servidores públicos; que o processo de tomada de decisões seja transparente a ponto de permitir a informação suficiente à Sociedade, bem

como eventual investigação sobre eles; da mesma forma as linhas mestras da relação entre setor público e privado devem ser claras e precisas; que as políticas de gestão os procedimentos e as práticas administrativas devem seguir e incentivar condutas éticas; é preciso contar com mecanismos adequados de responsabilidade para o serviço público, fixando-se procedimentos e sanções disciplinares adequadas às condutas irregulares (LEAL, 2013, p. 60).

Coaduna-se ao dever de ética pública o princípio da moralidade, que exige não apenas uma conduta ética de meios, como também uma ética finalística, ou seja, não basta o exercício moralmente aceito, mas é necessário que o servidor público alcance um resultado moralmente esperado. Os estatutos dos servidores públicos da União e dos Estados da federação classificam a corrupção como de elevado potencial ofensivo à Administração e a seus fins e, por isso, preveem a sanção administrativa de demissão do servidor público (RICHTER; BRANDINI, 2014).

Contudo, é importante ser destacado que, quanto à referida questão da imposição das sanções e da responsabilidade administrativa¹⁵, essa possui uma incidência e ritualística própria, decorrendo sua aplicação de forma plenamente distinta das outras responsabilidades que o servidor público está sujeito, como a penal e a civil. Em sentido bastante amplo, responde administrativamente o servidor público que infringir normas administrativas no exercício da sua função pública. Por outro lado, em sentido estrito, a responsabilidade administrativa significa a “[...] obrigação de responder perante a Administração pela prática de ilícito administrativo na infração de regras de conduta relacionadas à função pública, desdobrando-se em ilícito disciplinar e funcional” (RICHTER; BRANDINI, 2014).

Somando-se a importância da temática da ética pública apresenta-se a problemática da improbidade administrativa, ante a qual, em interessante análise, Bittencourt e Reck (2014, p. 34) destacam que o princípio da moralidade atua como balizador interpretativo da improbidade, enquanto relação proposta entre gênero e espécie. Também, ao abordarem a discussão da improbidade administrativa em um marco ético institucional e se seria esta uma espécie de má gestão pública, posicionam-se afirmando que tais questões possuem distinção, uma vez que nem toda má gestão será improbidade, muito embora o contrário seja verdadeiro.

¹⁵ “Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública.” (MEIRELLES, 2013, p.564)

Mas, de toda forma, a violação de princípios da Administração Pública podem configurar atos de improbidade, sem mesmo estarem vinculados a uma lei específica – como a 8.429/92. Entende Leal (texto inédito, 20 pág.) que, mesmo reconhecendo a divergência na doutrina e jurisprudência pátria no que tange ao tema da exigência de dolo à caracterização da violação de princípio da Administração Pública, a lesão a princípios administrativos contida no artigo 11, da Lei 8.429/92, não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.

Quanto à temática versada, oportuno se faz recordar os princípios fundamentais da Administração Pública, os quais se encontram insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, e definidos na seguinte forma: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A estes se conjugam outros princípios constitucionais explícitos e implícitos em nosso ordenamento, podendo ser destacados os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade.

Ainda concernente à improbidade administrativa, há de ser lembrada a objetividade e clareza da Lei 8.429/92, cujos artigos 9º, 10 e 11 definem extensivamente em que consiste a violação à probidade, tendo em seus respectivos núcleos: (i) enriquecimento ilícito por meio de ganho de qualquer vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade junto ao setor público; (ii) lesão ao erário por intermédio de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das entidades públicas, e (iii) atentar contra os princípios da Administração Pública, bem como qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

A citada improbidade administrativa, prevista no artigo 11, da Lei 8.429/92, é considerada como modalidade de má-gestão pública atentatória aos princípios da Administração Pública e que viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Assim, para a tipificação da improbidade (má-gestão/violação de princípios) que se encontra prevista no referido artigo 11, da Lei 8.429/92, a redação do artigo 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa, prevê não ser necessária a efetiva ocorrência de dano material, uma vez que o prejuízo causado à coletividade,

titular do direito difuso à probidade administrativa, está ínsito na própria ofensa aos mencionados princípios constitucionais e aos deveres públicos complementares da legalidade.

Para o doutrinador Medina Osório (2007, p. 43), torna-se perceptível que a má-gestão se perpetua através da prática de atos e omissões ilegais de elevada ineficiência, os quais resultam em situações de extrema desorganização administrativa e financeira, com gravosas e intoleráveis consequências para os administrados. Tais condutas violam o mencionado dever de lealdade institucional pela quebra da confiança depositada no administrador e configuram improbidade administrativa “[...] porque o setor público, dentro de certos limites, não tolera a incompetência administrativa e esta é uma modalidade de deslealdade” (OSÓRIO, 2007, p. 43).

O citado autor ainda entende que a deslealdade advém justamente do descumprimento de certos deveres e esclarece a violação à conferida lealdade institucional, no seguinte modo:

O desonesto é um desleal, mas também o é o ineficiente, caso haja medidas específicas de reprovação sobre suas condutas. [...] Veja-se que o legislador não quis estabelecer somente os deveres de imparcialidade ou honestidade. Esses deveres se encontram entrelaçados, mas é certo que a lealdade institucional, além de abranger tais deveres públicos, também traduz a perspectiva de punição à intolerável ineficiência funcional, no marco do qual o improbus se revela desleal em face do setor público. (OSÓRIO, 2007, p. 52)

Portanto, merece total destaque a temática da má-gestão da Administração Pública, a qual vem ganhando força da doutrina e da legislação pátria através do entendimento de que sua prática configura atos de improbidade, que não merece ser tolerada ante a gama principiológica que recai ao dever da boa prática administrativa.

Ainda, em amparo ao entendimento de que a má-gestão pública é passível à tipificação do ato de improbidade administrativa, entende-se que, na atual era pós-moderna, em que o acesso à informação é volátil, não se pode mais tolerar a má-gestão pela simples visão da ineficiência ou ignorância administrativa, pois evidente é a lesão ao dever de lealdade e eficiência institucional insculpidas na Constituição Federal, além do que, no contexto social brasileiro, tão carecedor de melhores

incentivos às políticas públicas básicas, a má-gestão pode ser tão lesiva quanto a corrupção.

Assim, a conforme bem elucidada Zancanaro (1994), a corrupção político-administrativa, independentemente da forma de governo ou domínio de poder constituído, resta evidenciada quando da ocorrência do proceder faltoso, ineficaz, da burla, da omissão ou do desrespeito ao estatuto legal vigente, na forma dolosa ou culposa. O agente político, servidor público ou particular relacionado com Administração Pública, desvia-se deliberadamente de seus deveres funcionais, afrontando a lei e o interesse coletivo, valendo-se de suas prerrogativas públicas, apropria-se indevidamente do erário ou vem a lesá-lo, usufruindo-o pessoalmente em evidente prejuízo de toda a coletividade. Para o referido autor, a corrupção político-administrativa:

[...] define-se por quatro aspectos claramente configurados: a existência de uma sociedade politicamente organizada; a violação de normas socialmente aceitas e professadas; com o fim de auferir benefícios pessoais; em oposição a interesses públicos. O pressuposto básico, portanto, é a existência de uma ordem política, pouco importa se de caráter racional, carismático ou patrimonial. O que importa é o fato de que, em qualquer desses casos, a boa ordem político-administrativa implica uma carga de crenças e convicções implícita ou explicitamente professadas pelos indivíduos. Mesmo que acriticamente, a sociedade aceita-a e tende a conformar sua conduta moral pelos padrões e dispositivos que dela emanam (ZANCANARO, 1994, p. 36).

A contribuir para a busca de uma melhor definição de corrupção, destaca-se a própria finalidade da Administração Pública, a qual deve estar orientada à persecução dos interesses definidos como públicos; deve observar, além dos limites legais impostos, os deveres morais inerentes à função pública, como a boa administração, a atuação proba e honesta, o exercício eficiente e bem intencionado (boa-fé), a equidade e, enfim, o respeito aos fins públicos determinados, valendo-se, principalmente, de seus princípios o sucesso de sua tarefa.

Assim, levando-se em consideração que a temática do presente trabalho reside na contratação pública e sua relação com a corrupção, adotar-se-á aqui um conceito de corrupção sob o viés dos atos comportamentais impróprios e ilegais por parte de todos aqueles que são servidores públicos ou a eles equiparados, da Administração Pública, direta ou indireta, violativos à normatividade concernente aos padrões éticos

e morais da Administração Pública e que, independente de ser de forma dolosa ou culposa, causem prejuízo ao interesse público.

Após a análise da ampla e complexa temática da corrupção e da conceituação deste fenômeno, destaca-se que a abordagem institucional de tal mazela face à contratação pública, a longa data releva a necessidade de aprimoramentos institucionais, tanto no plano político como no econômico, visando a criar regras fixas para a interação entre os interesses privados e os interesses públicos, comungando com mecanismos institucionais que impeçam a existência de monopólios e a captura da burocracia estatal por parte de funcionários públicos e de agentes privados e que possam se tornar mais efetivos e eficazes ao controle da corrupção no contrato público (FILGUEIRAS, p. 13).

A mencionada necessidade de repensar e aprimorar os mecanismos institucionais da Administração Pública, não é apenas imperativa ante a constatação de sua ineficácia no combate à corrupção, mas também em decorrência de que crescentes escândalos corruptivos em nossa contemporaneidade acabam por atribuir ao instituto da contratação pública um amplo descrédito, fator esse apontado por alguns autores como a chamada nova crise contratual.

A referida nova crise contratual em decorrência da perda da confiança no instituto da contratação não ocorre apenas nas relações privadas, mas também nas públicas, e indica consequências nefastas ao interesse público, conforme melhor pode ser compreendido nas palavras de Claudia L. Marques:

Efetivamente, parece-me que a fase atual da pós-modernidade está a necessitar uma resposta de valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre os agentes econômicos (classes e instituições), com claros reflexos no direito privado. (MARQUES, 2007, p. 21).

Outro fator que também contribui para a perda da confiança em face da contratação é a burocracia gerencial, que apresenta problemas como a baixa eficácia dos instrumentos de responsabilização pública e seu excesso de discricionariedade, gerando vazios quanto às formas usuais de supervisão entre os poderes e quanto ao controle social por parte do poder público em geral.

Ao lado da crise de legitimação, apresentam-se no mínimo duas outras crises, a de identidade e a de eficácia, correlatas da primeira. Em nível de identidade, o Estado passa a não mais distinguir quais são suas funções originárias e

efetivamente públicas, servindo como mero instrumento de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como um todo. Em nível de eficácia, por ter perdido sua legitimidade e identidade, não consegue – e sequer prioriza – atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representa oficialmente (LEAL, 2013).

Logo, denota-se que a contratação pública tornou-se um instituto em desconfiança, compreendido por muitos como a porta de entrada para a corrupção. Sua linguagem burocrática torna pouco compreensível seu procedimentalismo, fator que afasta a população de uma maior interação com os negócios públicos e fomenta práticas corruptivas ante a certeza do baixo índice de controle que recai sobre a mesma.

Toda problemática envolta dos efeitos nocivos da perda da confiança em institutos como o da contratação pública melhor pode ser compreendida nas palavras de Leal:

Quando tais normas são violadas, é a própria matriz criativa do social que se vê atacada, instabilizando as bases do convívio societal e instalando ambiências de insegurança – quebra da confiança – na Ordem Democrática e em suas instituições e momentos conformadores, abrindo espaços para o caos mitigador de Direitos e Garantias Fundamentais, públicos e privados. (LEAL, 2014, p.8)

Cumprir destacar que, perante a referida crise que se instaurou e a cada dia ganha mais relevo no atual cenário brasileiro, acaba gerando em parte da sociedade, bem como na mídia mais crítica, constantes reivindicações de soluções, como a substituição dos governantes, a exacerbação das punições, a substituição da Lei de Licitações e de mecanismos da contratação pública, entre tantas outras medidas. Tais providências já foram tentadas no passado, não deram resultado e possivelmente não produzirão a alteração do atual cenário, pois, como já comprovado através de inúmeras experiências mundiais, sanções mais severas, como a pena de morte, não foram suficientes à eliminação da ilicitude, além do que a capacidade articulatória da corrupção se faz presente em todos os governos e governantes. Assim, o bom e melhor remédio ainda é a prevenção, para a qual é indispensável o fortalecimento dos mecanismos de controle para que possam conferir maior eficácia e aderência social.

Assim, apesar de o atual contexto social evidenciar uma crise na contratação pública, é importante que os Poderes estatais e a sociedade não abandonem o interesse na busca por alternativas que reforcem a confiança nesse instituto e que prestigiem o máximo da efetividade de seus pressupostos de controle, pois é sabido que, independentemente do descrédito que recai sobre os contratos públicos, estes ainda são os mecanismos aptos às negociações necessárias à Administração Pública.

Neste sentido se afigura a importância do papel da boa gestão pública. Segundo Leal (2013), a Administração Pública deve construir uma linguagem comum, capaz de ser decodificada e compreendida pelo homem comum do povo, principal fonte e destinatário de toda e qualquer ação administrativa estatal, ultrapassando os signos herméticos e nebulosos dos códigos linguísticos jurídicos tradicionais, que projetem e demarquem a Administração Pública de modo geral, principalmente em sua vertente técnico-burocrática. A Administração Pública também deve se pautar em garantias de espaços públicos de enfrentamento de todas as particularidades desses cenários, acolhendo a diversidade e a diferença como elementos imprescindíveis para o debate, a deliberação e a execução das políticas públicas norteadoras das ações públicas voltadas à comunidade como corpo político orgânico e ativo. Impõe-se, para tanto, a revisão necessária e urgente de conceitos estruturais de Poder Político e de Participação Política, baseados em uma sustentação teórica dual, relacionados, ou seja, não apenas com a formação da vontade política institucionalizada na dicção parlamentar, mas também com a noção de esfera pública revitalizada, que aloca a um conjunto orgânico de arenas políticas informais, composta de velhos e emergentes atores/cidadãos, dialogicamente discursivas e democráticas, inovadoras competências soberanas de interlocução, deliberação, formulação e execução de políticas públicas sociais.

Nesse sentido, Javier Tuñón, ao tratar da matéria da contratação pública como instrumento contra a corrupção administrativa, passa a estabelecer a real postura que uma boa administração deve perquirir:

La buena Administración empieza con reglas claras y mensurables a las que está obligada aquélla, que se proyectan externamente hacia los particulares, en miras a hacerles la existencia más confortable y digna, agradablemente vivible, en búsqueda de la materialización del fin constitucional, derivado de una naturaleza humana que es igual para todos, porque el dueño del poder es el pueblo, que lo há delegado para que su

administrador logre el mayor resultado del mandato em favor del mandante. (TUÑÓN apud MUÑOZ, 2013, p. 466)

Logo, a boa Administração Pública tem que se guiar a um caminho que resgate os valores e a credibilidade na contratação pública e que esta passe a ser compreendida como um processo democrático, ou seja, como o resultado de compromissos entre interesses públicos e privados concorrentes. Isto implica que as regras desse processo político sejam responsáveis pela sua transparência e honestidade e sejam justificadas através dos Direitos Humanos e Fundamentais, da concepção republicana de uma comunidade ética institucionalizada no Estado, em que a deliberação democrática se assenta em contexto cultural que garanta a comunhão de valores objetivada no texto constitucional, enquanto pauta organizacional da civilidade (FRIEDRICH e LEAL, 2014).

Por fim, tendo em vista o panorama das evidenciadas mazelas e a destacada perda de confiança que a corrupção acarreta ao instituto da contratação pública, e pelo fato de a alternativa de resposta a esse lastimável quadro apresentar-se, possivelmente, através da urgente necessidade da (re)formulação de mecanismos de aprimoramento ao controle de atos corruptivos em face da contratação, assim, antes e como fundamental forma de verificar quais seriam estes mecanismos e se seriam capazes de elevar a pretendida eficácia, bem como de resgatar o interesse de participação/fiscalização e a credibilidade social, será, no subcapítulo a seguir, procedida a análise dos obstáculos práticos e teóricos ao controle da corrupção no exercício da contratação pública, constatados na doutrina e nos dados levantados na pesquisa feita no presente trabalho junto ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Contas do Estado do Estado Rio Grande do Sul.

4.2 Os obstáculos ao controle da corrupção no exercício da contratação pública

O presente trabalho percorreu o estudo do controle da corrupção na contratação pública através da ideologia ensinada pela doutrina especializada, bem como através da pesquisa empírica realizada junto à jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Estado Rio Grande do Sul, buscando

identificar as recorrências corruptivas nos julgados de mérito condenatórios, no lapso de 01/01/2013 a 01/01/2015.

Diante das referidas técnicas utilizadas, pode-se constatar diversos obstáculos que os mecanismos de controle à prática de atos corruptivos na contratação pública enfrentam e que incutem deficiências de variados índices, a ponto de enfraquecer a sistemática de controle.

Assim, dada a relevância da temática proposta ao presente estudo, serão abordados nesse capítulo os principais obstáculos diagnosticados neste trabalho, a saber: 1. Do desconhecimento social sobre a complexidade procedimental da contratação pública; 2. Da burocracia procedimental e da linguagem excessivamente técnica do processo contratual público; 3. Da inefetiva criteriosidade na fiscalização e julgamento de irregularidades nos processos administrativos contratuais; 4. Da inefetividade da transparência dos atos públicos no Brasil; 5. Do déficit do quadro funcional dos servidores do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul; 6. Da ineficácia do Controle Interno e a cultura da impunidade; 7. Das elevadas técnicas organizacionais à prática de atos corruptivos; 8. Da vulnerabilidade das unidades procedimentais da contratação à corrupção.

Por conseguinte, serão analisados os referidos obstáculos de forma individualizada, nos itens seguintes. Contudo, destaca-se que os obstáculos que, por ora, serão tratados não excluem a existência ou a relevância de outros que possam também incidir sobre o controle de atos corruptivos na contratação pública brasileira.

4.2.1 Do desconhecimento social sobre a complexidade procedimental da contratação pública

Apesar não se constatar pesquisa a tanto comprovar, é de notório conhecimento, assim como entendido pela doutrina especializada (AQUINO, 2015), que, entre os obstáculos a uma maior eficácia do controle corruptivo na contratação pública, apresenta-se o fato de que o próprio instituto da contratação pública é pouco conhecido. Ou seja, o senso geral entende-o como sinônimo de licitação, desconhecendo a amplitude e a harmonia procedimental prevista, na qual a licitação é apenas um procedimento em seu todo.

Dessa forma, a complexidade procedimental da contratação pública, que certamente é desconhecida pela ampla maioria da população brasileira, mantém

obscuro o conhecimento de que a mesma é um processo amplo, harmônico e coerente e que contém em suas unidades processuais mecanismos funcionais próprios ao controle da corrupção.

Além do mais, evidencia-se que, se a contratação já é erroneamente entendida, muito mais desconhecidos e incompreendidos serão seus procedimentos funcionais revestidos ao controle de atos corruptivos.

Assim, a demonstrar a gravidade desse obstáculo, há de ser recordado que o controle social afigura-se entre os mais importantes à prevenção de irregularidades. Contudo, quando se constata que o senso geral desconhece o universo procedimental da contratação, irrefutável é a consequência de que tal controle será pouco exercido ou será ineficaz.

A amparar a afirmativa de que o controle social é pouco exercido ou ineficaz no combate de atos corruptivos na contratação pública, reitera-se que, perante a pesquisa realizada junto à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por este trabalho, e melhor observada no capítulo 2º, constatou-se que, ante a origem processual da totalidade dos acórdãos levantados, especificadamente quanto ao tipo de ação, 58 (cinquenta e oito) originaram-se de Ações Cíveis Públicas por Improbidade Administrativa e 03 (três) apenas, através de Ações Populares, não sendo identificada nenhuma originária de Mandado de Segurança Individual ou Coletivo. Desta forma, possibilita-se o diagnóstico do inexpressivo número de ações condenatórias que legitimam o manejo/propositura a qualquer cidadão (controle social), como é o caso como da Ação Popular e do Mandado de Segurança, ou seja, que não necessita a representação do Ministério Público, como na Ação Civil por Improbidade.

4.2.2. Da burocracia procedimental e da linguagem excessivamente técnica do processo contratual público

Outros obstáculos identificados - o da burocracia procedimental e o da linguagem excessivamente técnica do instituto da contratação pública – serão, neste ponto, tratados conjuntamente, em decorrência de que se conjugam e operam efeitos similares.

A burocracia procedimental da contratação pública, conciliada à sua linguagem excessivamente técnica, reduz a compreensão de seus processos, acarretando o

fator do afastamento dos cidadãos de uma maior interação com os negócios públicos e, com isso, acabam fomentando ainda mais as recorrências corruptivas, ante a certeza do baixo índice de controle que recai sobre a contratação.

Tão logo, é inegável que o universo normativo regulador da contratação é extremamente complexo e amplo e que possui linguagem própria demasiadamente técnica. Quanto à operabilidade da esfera administrativa, estes fatores incidem no cidadão leigo um total desinteresse em exercitar os mecanismos de controle por desconhecer essa seara, ou, se mesmo assim se interessarem, terão maiores dificuldades em identificar atos corruptivos na contratação pública, pois desconhecem os procedimentos próprios ao controle da contratação e as normas que tipificam a irregularidade.

Portanto, o controle social, de uma forma geral, além do pouco conhecimento que detém sobre a ritualística da contratação pública, quando exercita tal direito se depara com um formalismo excessivo e alienígena ao de sua fala, razões essas suficientes para desestimular o exercício do controle social ou a não percepção da corrupção em decorrência da própria incompreensão e desconhecimento técnicos.

4.2.3 Da inefetiva criteriosidade na fiscalização e julgamento de irregularidades nos processos administrativos contratuais

Um dos obstáculos que mais chamaram a atenção perante a pesquisa proposta junto à jurisprudência nos Tribunais de Justiça e de Contas gaúchos, detalhada no capítulo segundo, foi o da constatação da baixa criteriosidade na fiscalização e julgamento de irregularidades nos processos administrativos.

Para melhor elucidar o referido obstáculo, cumpre relembrar que a referida pesquisa identificou que, dentre a totalidade de 216 (duzentas e dezesseis) recorrências corruptivas, apenas 14 (quatorze) tratam de atos irregulares concernentes a prática revestida na omissão à publicidade e à transparência dos atos da contratação. Denota-se que se trata de um índice baixo, pois a omissão à publicidade e à transparência é uma recorrência praticamente paralela aos demais atos, já que o agente corruptor, na maioria dos casos, buscará dificultar o acesso à possível constatação, suprimindo, assim, a publicidade e a transparência.

Nesse sentido observa-se a inexistência de uma ampla criteriosidade na fiscalização e no julgamento processual de práticas corruptivas e que leve em

questão a abordagem detalhada sobre a totalidade dos procedimentos processuais, tendo em vista a possibilidade da existência de outras violações se encontrarem incrustadas à principal.

De forma importante, há de ser destacado que o referido obstáculo da falta de uma maior criteriosidade na fiscalização e no julgamento processual de práticas corruptivas não paira apenas no fato de a diagnosticada recorrência da omissão à publicidade e à transparência se apresentar em estatísticas baixas na totalidade corruptiva verificada, mas também na questão de que, diante da ampla universalidade de procedimentos processuais da contratação pública, os quais, violados, são passíveis à configuração de improbidades, o numerário total de 16 (dezesesseis) recorrências, conciliadas ao fato de que muitas destas incutem a presença de outras irregularidades/improbidades, apresenta-se inexpressivo ou pouco contemplativo.

Estes motivos, diante do panorama da pesquisa realizada por este trabalho, apontam que no Estado do Rio Grande do Sul o controle/fiscalização e julgamento acerca das recorrências corruptivas na contratação pública acabam não apresentando uma ampla criteriosidade de verificação sobre a totalidade das unidades processuais dessa contratação.

4.2.4 Da inefetividade da transparência dos atos públicos no Brasil

Conforme pode se verificar no primeiro capítulo do presente trabalho, a normatividade regulamentadora da transparência surge como uma louvável ferramenta ao controle da corrupção. Contudo, as estatísticas demonstram que tal ferramenta no cenário nacional brasileiro enfrenta o obstáculo da falta de efetividade, ou seja, a Administração Pública brasileira apresenta atualmente dados de baixíssimo índice de cumprimento ao dever de veiculação dos atos administrativos junto a portais de transparência.

A comprovar os dados da efetividade da transparência pública no Brasil, destaca-se o trabalho organizado pelo comitê “Índice de Transparência Brasil”, que analisa os portais de transparência dos Governos Estaduais brasileiros e pontua as qualificações junto ao *site* <www.indicedetransparencia.org.br>. Este comitê é formado por especialistas em finanças e contas públicas que, com base em parâmetros técnicos, utilizam o *site* como meio de informar o nível de transparência

das contas públicas dos Estados aos cidadãos. O nível de transparência dos Estados é medido por um meio de “ranking” dos índices, classificando Estados com maior ou menor grau de transparência.

O referindo “ranking” de transparência dos Estados brasileiros, realizado no período de 1º de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2014, leva em consideração as informações que os portais estaduais de transparência disponibilizam aos cidadãos. A metodologia das análises dos portais de cada Estado leva em consideração os seus conteúdos, a série histórica, a frequência de atualização e os aspectos de usabilidade dos mesmos.

A respeito da nota apresentada para cada Estado, o “Índice de Transparência Brasil” levou em consideração os seguintes critérios: a) para a usabilidade, atribui-se o valor 40 % da nota final do portal; b) para o conteúdo, atribui-se o valor de 55 %; e c) para a série histórica e frequência de utilização, atribui-se o valor 5 %.

Concernente à análise do Índice de Transparência, “todas as informações” de contratos firmados significa que os portais estaduais contêm os seguintes dados: a) unidade gestora contratante; b) razão social da contratada; c) data de publicação; d) vigência; e) valor contratado; f) objeto; g) número do contrato; h) programa de trabalho; i) natureza da despesa; j) empenho, dados estes fundamentais ao controle da contratação.

Tabela 2 – Índice de Transparência 2014 – Estados

Posição	UF	Nota	Conteúdo	S.Hist./Atual.	Usabilidade
1	ES	8,96	8,91	10,00	8,90
2	PE	8,14	8,55	8,80	7,50
3	SP	7,95	8,09	10,00	7,50
4	SC	7,60	7,49	8,00	7,70
5	PI	7,21	7,36	9,60	6,70
6	DF	6,92	6,47	8,00	7,40
7	MT	6,90	7,42	10,00	5,80
8	CE	6,80	7,05	7,20	6,40
9	RJ	6,72	7,24	6,00	6,10
10	MG	6,72	7,24	8,00	5,85
11	RS	6,62	7,13	10,00	5,50
12	PA	6,37	6,82	8,00	5,55
13	MS	6,10	6,55	7,20	5,35
14	AM	5,99	6,42	10,00	4,90
15	PR	5,84	6,51	6,00	4,90
16	AP	5,67	5,07	10,00	5,95
17	RN	5,27	5,73	7,20	4,40
18	PB	4,90	5,20	10,00	3,85
19	GO	4,78	5,45	10,00	3,20
20	AL	4,74	6,36	9,20	1,95
21	BA	4,24	3,93	6,00	4,45
22	MA	4,14	3,85	8,00	4,05
23	TO	3,92	5,31	5,20	1,85
24	AC	3,58	3,96	7,20	2,60
25	RR	3,53	3,44	4,40	3,55
26	SE	2,42	2,36	2,40	2,50
27	RO	0,85	1,47	0,00	0,10
MÉDIA GERAL		5,66	5,98	7,64	4,98
MÉDIA SUDESTE		7,59	7,87	8,50	7,09
MÉDIA SUL		6,69	7,04	8,00	6,03
MÉDIA CENTRO-OESTE		6,18	6,47	8,80	5,44
MÉDIA NORDESTE		5,32	6,00	8,25	4,91
MÉDIA NORTE		4,27	4,95	7,00	4,13

Fonte: índice de Transparência¹⁶

Denota-se, através da média geral dos Estados brasileiros, que a transparência de seus atos de gestões, atualmente, somente se efetiva em aproximadamente 50 % dos casos, fator que torna perceptível o baixo índice de informações sobre contratos e gastos públicos que são dispostos à população brasileira, o que, conseqüentemente, gera maior inacessibilidade ao exercício de controle.

¹⁶ As informações estáticas sobre a transparência no Brasil podem ser obtidas em: <<http://indicedetransparencia.com>>. Acesso em 03 de jun de 2015.

4.2.5 Do déficit do quadro funcional dos servidores do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Ante a pesquisa realizada por este trabalho junto ao Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, pode também ser observado, no que concerne à experiência do controle desse órgão, o déficit de servidores ao exercício fiscalizatório.

Assim, junto ao *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (<<http://www1.tce.rs.gov.br>>) observa-se em seu atual quadro funcional ativo de servidores o numerário total de 526 (quinhentos e vinte e seis) Auditores Públicos Externos, os quais são responsáveis pelo desempenho das atividades relacionadas ao controle externo da competência do Tribunal de Contas, abrangendo execução da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e de gestão; realização de inspeções, fiscalizações e auditorias; e execução de outras atividades correlatas e inerentes às atribuições constitucionais, legais e de funcionamento do Tribunal de Contas, em todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, do Estado do Rio Grande do Sul.

Neste sentido, cumpre se destacar que o Estado gaúcho possui 497 (quatrocentos e noventa e sete) municípios e centenas de entidades da Administração Pública indireta, distribuídas através de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, entre outras. Esta realidade aponta, indubitavelmente, para um gritante déficit de servidores do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul para o exercício fiscalizatório da contratação pública.

A abordagem na jurisprudência do TCE/RS, realizada pelo presente trabalho e que melhor pode ser observada junto ao segundo capítulo, permitiu identificar uma ampla atuação desse órgão através do procedimento de Auditoria de Contas de Gestão, que, conforme já referido, se trata da modalidade fiscalizatória que recai sobre inspeção de uma gestão, no período de um ano, ou seja, trata-se de auditoria de atos de gestão preteritamente.

Com isso, o que se denota ante os julgados verificados e na própria estatística do quadro funcional de servidores, em confronto com o número de entidades da Administração Pública, direta e indireta, é a ampla dificuldade funcional do TCE/RS para realizar controles concomitantes à contratação pública, fator que gera a corrupção, uma maior temporalidade de organização e de liberdade para a prática de atos irregulares.

A agravar o panorama do deficit funcional do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, constatou-se no *site* eletrônico do mesmo, mais especificadamente no *link* <<http://radio.tce.rs.gov.br/2015/07/28/denuncias-recebidas-pela-ouvidoria-do-tce-rs-crescem-11-no-primeiro-semester/>>, a notícia publicada na data de 28/07/2015, que revela a elevação do número de serviços em decorrência das denúncias recebidas pela Ouvidoria do Tribunal de Contas, as quais cresceram 11% (onze por cento) nos primeiros seis meses deste ano em comparação ao mesmo período do ano de 2014, saltando de 3.470 (três mil quatrocentas e setenta) para 3.867 (três mil oitocentas e sessenta e sete). Os principais assuntos das referidas denúncias trataram de: a) temas relativos à ausência de controle interno - 878 (oitocentas e setenta e oito); b) denúncias de desvio de função - 243 (duzentas quarenta e três) - e em procedimentos licitatórios - 226 (duzentas e vinte e seis); c) irregularidades em concursos públicos - 216 (duzentas e dezesseis); d) descumprimento de legislação - 163 (cento e sessenta e três). Possíveis irregularidades relativas a horários, contratação de empresas e uso inadequado de bens e materiais públicos somaram 335 (trezentas e trinta e cinco) reclamações.

A referida notícia revela ainda que, em decorrência da sobrecarga funcional do Tribunal de Contas gaúcho, conciliada ao deficit de servidores ativos, do total de demandas desse primeiro semestre, 3.025 (três mil e vinte e cinco) foram encaminhadas para averiguação das Unidades Centrais de Controle Interno dos entes jurisdicionados.

4.2.6 Da ineficácia do controle interno e a cultura da impunidade

A abordagem, no presente trabalho, sobre a experiência do instituto do controle interno da Administração Pública demonstrou uma série de obstáculos que põem em desconfiança a eficácia do mesmo em sua função de mecanismo de controle, pois, conforme bem apresentado pela doutrina critica abordada, a pequena quantidade de servidores e a formação deficiente acabam por tornar mera ficção a previsão legal.

Ou seja, inúmeras críticas recaem sobre o instituto do controle interno, a começar pela baixa instrução fornecida aos servidores para tanto designados, bem como pelo fato de que as experiências apontam servidores designados para este fim com vínculos diretos ou indiretos, em decorrência dos mais diversificados motivos

(afetivos, políticos, receio de represálias, etc.), com os representantes da gestão administrativa. Soma-se a estes o fato de que muitos municípios brasileiros não adotam o controle interno.

Desta forma, recai sobre o instituto do controle interno da Administração Pública brasileira um amplo descrédito ao exercício de controle a atos corruptivos sobre a contratação, por ser apontado como ineficaz ante o baixo índice de orientação técnica fornecida aos servidores nomeados, o que os tornam inaptos ao exercício, bem como em decorrência do fator da possível parcialidade na tomada de medidas no controle, pelos motivos apresentados no anterior parágrafo.

Ainda, tal problemática ganha maior relevo quando sopesada sob a ótica da pretensão legislativa insculpida no parágrafo primeiro, do artigo 70, da Constituição Federal, que prevê aos responsáveis pelo controle interno, que ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, a obrigação em dar ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária. A problemática quanto a este ponto refere-se a não constatação de julgado condenatório acerca da violação de tal dispositivo.

Ou seja, a pesquisa realizada por este trabalho junto à jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, no período e forma delimitados, não identificou nenhum acórdão condenatório versando sobre ato omissivo de responsável pelo controle interno ao dever de comunicar irregularidade ou ilegalidade ao Tribunal de Contas, fator este que pode revelar o grave obstáculo apontado pela doutrina crítica, que é o da cultura da impunidade.

A referida cultura da impunidade é um dos principais problemas que dificultam o combate à corrupção, uma vez que o agente corruptivo se sente mais encorajado à prática ilegal, sabedor que tal recorrência irregular não encontra índices de punição.

4.2.7 Das elevadas técnicas organizacionais à prática de atos corruptivos

A pesquisa realizada junto à jurisprudência do TJ/RS e do TCE/RS no presente trabalho permitiu diagnosticar um forte obstáculo ao controle advindo das recorrências através de atos ilegais/fraudulentos voltados a burlar a necessária realização do certame licitatório e que se afiguram em elevado índice corruptivo – cerca de 45% da totalidade - mais especificamente através dessas 04 (quatro)

modalidades constatadas, que são gêneros da mesma espécie: 1) falsa realização do certame licitatório para burlar objeto contratual já prestado; 2) não realização do certame licitatório; 3) reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório; 4) fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório.

O perigoso obstáculo apresentado por essas recorrências corruptivas reside no fato de que apresentam maiores dificuldades ao controle de atos corruptivos, eis que, despidas de documentação e publicidade, limitam o controle a uma atuação a partir de denúncias ou de fiscalização concomitante.

Com isso, é real a possibilidade de que o número de tais modalidades de recorrências corruptivas identificadas e convertidas em ações judiciais seja baixo em relação à totalidade das que são praticadas. Destaca-se também a alta nocividade que estas podem causar ao erário público, não apenas por violar a busca à melhor proposta ou serviço, mas também por ser praticada indiscriminadamente para o desvio de recursos público através de superfaturamentos.

A referida pesquisa realizada por este trabalho também constatou que cerca 24% (vinte e quatro por cento) das práticas corruptivas decorreram através das seguintes modalidades: favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente; conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes, e a simulação de contratação para desvio de recursos públicos.

Porém, a alta estatística da prática das referidas modalidades alarmam a um grande obstáculo ao controle, uma vez que tais práticas corruptivas decorrem agrupadas por um maior número de atos criminosos, que vai desde a falsificação de documentos públicos e particulares à formação de quadrilha, e que demonstram toda uma articulação criminosa em face da Administração Pública, equiparando-se ao crime organizado. Desta forma, o controle passa a necessitar de maior criteriosidade, pois tais atos possuem maiores requintes na concretude dos atos fraudulentos.

A pesquisa realizada no presente trabalho também permitiu identificar obstáculos ao controle de atos corruptivos em face da modalidade licitatória da carta-convite, uma vez que, diante das 216 (duzentas e dezesseis) recorrências corruptivas verificadas, cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) da totalidade

recaíram sobre a referida modalidade de licitação. Chama a atenção a ampla desproporcionalidade nas reiteradas práticas ímprobas em tal modalidade em comparativo às demais, demonstrando se afigurar como um mecanismo mais propício à realização de condutas corruptivas.

Desta forma, o estudo da legislação pátria concernente à modalidade da carta-convite permitiu identificar que a maior simplicidade e celeridade na contratação pública, através da modalidade licitatória da carta-convite, acaba possibilitando aos agentes corruptores um mecanismo mais facilitador à realização de atos corruptivos, eis que os três convites que a lei veicula a participantes, por vezes é facilmente fraudado através do conluio ardiloso entre os participantes a manipular suas propostas.

Neste sentido, inúmeros acórdãos condenatórios diagnosticados nesta pesquisa demonstraram que os atos corruptivos praticados contra a contratação pública através da modalidade licitatória da carta-convite refletiram a praxe da simulação entre os participantes, na qual já há um conluio para o direcionamento a um dos participantes, inclusive com a ciência dos agentes públicos responsáveis pelo certame, além de que a publicidade do certame, nesses casos, se dá de forma obscura, para impossibilitar a participação de outros concorrentes.

Concernentes à análise da pesquisa em face das modalidades licitatórias identificadas nas recorrências, pode-se também observar que a modalidade concorrência foi a segunda mais evidenciada – cerca de 23% (vinte e três por cento). Contudo, chamou mais a atenção o fato de que a grande maioria dos atos corruptivos praticados nesta modalidade se deram através das recorrências do favorecimento fraudulento; da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente; do conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes e da simulação de contratação para desvio de recursos públicos. Estas modalidades corruptivas, conforme abordado acima, decorrem em maior grau de ilicitude e de organização corruptiva. Nesse passo, através da verificação dos acórdãos levantados na pesquisa, pode-se constatar que a incidência dessas na modalidade concorrência se perfaz ante o grande vulto econômico que a mesma apresenta no certame, ou seja, o elevado valor contratual torna-se mais atrativo a práticas corruptivas.

Diante disso, os referidos obstáculos na modalidade licitatória da concorrência passam a ensejar uma maior complexidade no desempenho de seu controle, bem como a necessidade de ocorrer fiscalização de forma concomitante à realização da contratação pública.

4.2.8 Da vulnerabilidade das unidades procedimentais da contratação à corrupção

Por fim, destaca-se que, frente à totalidade dos dados colhidos juntos à pesquisa proposta neste trabalho, pode-se diagnosticar recorrências corruptivas praticadas em todas as fases da contratação pública, com ampla ocorrência na fase externa (em aproximadamente sessenta por cento dos casos), bem como a incidência de tais atos corruptivos verificados sobre a totalidade de unidades processuais.

Com base no exposto, denota-se que a contratação pública, mais especificadamente ao âmbito do Rio Grande do Sul, já que a pesquisa limitou-se a esse Estado brasileiro, apresentou recorrências corruptivas em todas as suas fases, bem como em todas as suas unidades processuais, assim demonstrando que toda a contratação, suas fases e unidades procedimentais são vulneráveis ao cometimento de atos corruptivos.

Tal vulnerabilidade, conciliada à dinâmica e volátil capacidade de articulação da corrupção, facilita as práticas irregulares na contratação pública, pois não pesam maiores dificuldades técnicas a tais cometimentos.

Por tais razões, reitera-se a necessidade do controle superar os obstáculos das fiscalizações superficiais, transigindo-se a minuciosas constatações de regularidades ou de irregularidades sobre a totalidade das unidades processuais da contratação pública, com maior ênfase na fase externa, uma vez que nesta a ocorrência das práticas corruptivas se afiguram com maior frequência.

Por conseguinte, a presente análise sobre alguns dos obstáculos práticos e teóricos que permeiam o controle da corrupção no exercício da contratação pública, somada à posição doutrinária estudada neste trabalho, permitiu não apenas identificar as problemáticas existentes na experiência do controle, como viabilizou, a partir de então, uma melhor reflexão acerca de mecanismos que possam contribuir para uma maior efetividade do controle de recorrências corruptivas no âmbito

contratação pública brasileira. Esta reflexão será realizada no subcapítulo que segue.

4.3 Instrumentos que podem contribuir para uma maior eficácia do controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos

O atual contexto brasileiro não deixa mais margens de dúvidas de que a corrupção é um dos seus mais prejudiciais e assolantes males. E, nesse passo, o presente trabalho, tanto através da abordagem doutrinária, como perante a análise da pesquisa proposta, revela a presença de tal fenômeno fortemente impregnado na contratação pública, tornando visível, ante suas modalidades e formas de recorrências, uma ampla sagacidade em corromper todas as fases e unidades procedimentais da contratação, inclusive as revestidas na finalidade do exercício de controle.

Assim, verificado também que o controle é a principal ferramenta à prevenção e remedição da corrupção, passa-se, a partir da abordagem dos principais obstáculos diagnosticados no estudo acima, a apresentar uma reflexão acerca de 04 (quatro) mecanismos que possam vir a proporcionar uma maior eficácia aos modelos de controle já existentes no ordenamento normativo brasileiro, quais sejam: 1. programas de orientações sociais sobre a contratação pública; 2. adoção de cartilhas padrões orientativas ao exercício fiscalizatório de irregularidades na contratação pública; 3. maior controle fiscalizatório e sancionatório sobre a efetividade da transparência e do controle interno; 4. necessidade de melhor estruturação e qualificação funcional do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Logo, passa-se à análise das referidas reflexões de forma individualizada, destacando, desde já, que o presente trabalho não realizará, nem mesmo esse foi o objetivo proposto, reflexões acerca de novos tipos de controle e, sim, sobre mecanismos auxiliares aos vigentes. Além do mais, há de ser esclarecido que cada reflexão que abaixo segue tratará de temática envolvendo mais de um obstáculo ao controle da corrupção acima apresentados.

4.3.1 Programas de orientações sociais sobre a contratação pública

Conforme observado no presente estudo, entre os grandes obstáculos a uma maior efetividade do controle social apresenta-se o fato de que o próprio instituto da contratação pública é pouco conhecido pelos cidadãos. Erroneamente restringido ao sinônimo de licitação, poucos conhecem sua amplitude, harmonia e coerência e, principalmente, que contém em suas unidades processuais mecanismos funcionais próprios ao controle da corrupção.

Diante desse quadro, já se faz mais do que presente a nosso atual contexto a necessidade de instauração de programas públicos e privados que alastrem à sociedade maiores esclarecimentos e informações quanto ao importante instituto da contratação pública. Estas informações, didaticamente, não devem ficar adstritas às finalidades e objetivos da contratação, mas também à compreensão de seus principais procedimentos funcionais, especialmente sobre os quais se revestem a finalidade do controle, assim como a transparência, publicidade, dever de motivação, entre outros.

Assim, diante de uma sociedade marcada pela dinamicidade e ampla acessibilidade à informação como é a atual, faz-se necessária a evolução à desmistificação dos atos públicos. A forma para tanto é através de programas de orientações ao público em geral, que atinjam todas as classes sociais e, principalmente, em âmbitos escolares, desenvolvendo nas crianças e adolescentes a compreensão e o interesse sobre a contratação pública.

Porém, esse referido mecanismo de aprimoramento – “instauração de programas públicos e privados que alastrem à sociedade maiores esclarecimentos e informações quanto ao importante instituto da contratação pública” – tem que, necessariamente, estar coadunado a outros mecanismos que respondam aos obstáculos, também identificados neste trabalho, que são o da burocracia procedimental e da linguagem excessivamente técnica do instituto da contratação pública.

A instituição de programas públicos e privados destinados à ampla informação quanto aos procedimentos e objetivos da contratação não encontrará resposta positiva, se a mesma se der através de uma linguagem excessivamente técnica, já que estaria fadada à incompreensão, acarretando ainda mais o fator do afastamento dos cidadãos de uma maior interação com os negócios públicos e, com isso,

fomentando ainda mais as recorrências corruptivas, ante a certeza do baixo índice de controle que recai sobre a contratação.

Assim, faz-se necessário que as informações decorrentes desses sugeridos programas cheguem ao cidadão de forma didática, bem como através de uma linguagem popular, ou melhor, decodificada de sua tecnicidade, permitindo que todos a compreendam, principalmente as unidades procedimentais da contratação pública propícias ao controle de recorrências corruptivas.

Ainda, é importante que essa necessária linguagem decodificada, não técnica, seja, no máximo possível, orientada e exercitada na própria contratação pública, bem como nos dados a serem lançados nos Portais de Transparência pela Administração Pública, uma vez que não bastaria instruir os cidadãos a uma linguagem mais popular, se o mesmo, ao exercitar o controle, se deparar com uma excessivamente técnica.

É de amplo conhecimento que muitas das unidades procedimentais da contratação apresentam linguagem técnica e de difícil simplificação. É, portanto, necessário que seja sempre disposto aos interessados o maior número possível de informações esclarecedoras.

Quanto ao obstáculo da burocracia procedimental, é importante destacar que muitos dos procedimentos previstos na contratação se apresentam meramente com cunho burocrático e acarretam, desnecessariamente, maior lentidão ao trâmite. Contudo, se for preciso, são pontuais as adequações a serem realizadas em face da normatividade procedimental da contratação pública no que diz respeito à burocratização, pois se entende a contratação como um processo amplo e harmônico, dotado de inúmeros procedimentos processuais típicos à finalidade comercial perquirida, assim como adequados ao controle de atos corruptivos. Portanto, faz-se necessário que, conjuntamente ao mecanismo sugerido acima - programas informativos -, haja uma orientação voltada a refutar essa rotulagem burocrática que recai sobre a contratação, pois um errôneo senso geral por vezes é passível de afastar interesses de participação.

Por fim, há de ser lembrado que, diante da pesquisa realizada no presente trabalho junto à jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho, diagnosticou-se um inexpressivo número de ações condenatórias que foram manejadas/propostas por cidadãos, como é o caso como da Ação Popular e do Mandado de Segurança, uma

vez que, na grande maioria, as representações se deram pelo Ministério Público, através da Ação Civil por Improbidade Administrativa.

Com isso, além de todas as informações e na forma já apresentada como mecanismos a serem difundidos aos cidadãos, é importante que estes sejam também incentivados e orientados acerca da legitimidade que possuem ao manejo de ações como o Mandado de Segurança e a Ação Popular, as quais se apresentam como exímios instrumentos de exercício da cidadania e do controle social sobre a Administração Pública e permitem ao particular fiscalizar a atuação de seus representantes públicos, servidores e agentes que tratam da coisa pública em todos os níveis hierárquicos administrativos.

Os referidos mecanismos auxiliares a uma maior eficácia do controle da corrupção na contratação pública até aqui versados certamente não serão os redutores da corrupção, mas passíveis a elevar o número da efetividade no controle social e a possibilitar ao cidadão a educação e o conhecimento básico ao exercício de seus direitos sociais.

4.3.2 Adoção de cartilhas padrões orientativas ao exercício fiscalizatório de irregularidades na contratação pública

Avançando na análise acerca das reflexões sobre os mecanismos que possam ensejar uma maior eficácia no controle da contratação pública, cumpre relembrar um dos obstáculos apontados junto à jurisprudência dos tribunais de justiça e de contas do Estado do Rio Grande do Sul na pesquisa realizada, que muito chamou a atenção, qual seja o da inexistência de uma ampla criteriosidade na fiscalização e no julgamento processual de práticas corruptivas que levasse em questão a abordagem detalhada sobre a totalidade dos procedimentos processuais que foram violados, tendo em vista a possibilidade da existência de outras violações se encontrarem incrustadas à principal.

O referido obstáculo da falta de maior criteriosidade na fiscalização e no processamento dos atos corruptivos ganha maior preocupação quando somado ao fato de que as recorrências corruptivas se apresentaram em todas as fases e unidades procedimentais da contratação pública, o que também foi diagnosticado na pesquisa realizada por este trabalho

Assim, diante desses obstáculos, faz-se necessária a criação e a adoção de cartilhas padrões ou documentos similares, que mapeiem e redesenhem, de forma didática e em linguagem acessível, as unidades processuais da contratação pública, as fases e etapas em que devem ocorrer, com especial ênfase às que se tipificam na finalidade do controle à corrupção.

Tal documento deve servir como um guia orientativo à fiscalização da contratação pública, cuja análise permita a condução por um caminho que constate se as unidades procedimentais da contratação decorreram, ou não, regularmente. Em outras palavras, idealiza-se uma espécie de cartilha que remonte um *check list* dos processos funcionais da contratação, permitindo ao usuário uma maior facilitação à constatação de irregularidades, evitando esquecimentos ou análises superficiais.

Assim, tal documento deverá, de forma sintetizada, apontar as unidades procedimentais da contratação pública, como: a publicidade; a transparência; a motivação; a formalização; a fiscalização; o orçamento e planilhas fiscais; o julgamento objetivo; a manifestação jurídica; a audiência pública; a comissão; a vinculação ao edital ou à carta-convite; a habilitação; a sigiliosidade; a classificação; a impugnação; a execução; a rescisão contratual; os recursos; a sanção, entre outras, remontando, de forma cronológica, as etapas em que estas têm que se verificar na contratação e destacando que cada modalidade licitatória ou de dispensa/inexigibilidade deve ser montada na conformidade de sua ritualística própria.

Na busca de melhor ilustrar a forma em que se idealiza a confecção de tal cartilha, passa-se a apresentar, através de gráfico a seguir, um roteiro básico do que deve ocorrer no processo administrativo da contratação de “Dispensa de Licitação”. Adotou-se essa modalidade por possuir um procedimentalismo mais simplificado, bem como por ter se apresentado como o gênero de modalidade com maiores índices de corrupção na pesquisa feita por este trabalho.

Tão logo, conforme a tabela a baixo, pode-se observar que na modalidade da “Dispensa ao certame licitatório” devem, de forma cronológica, se verificar as (ir)regularidades das seguintes unidades procedimentais na respectiva contratação pública:

Tabela 2 – Dispensação ao certame licitatório

1. Requisição da Unidade Administrativa responsável, contendo: 1.1. definição clara do objeto a ser contratado; 1.2. quantitativos; 1.3. local de entrega; 1.4. prazo de entrega; 1.5. assinatura dos responsáveis; 1.6. justificativa da urgência na aquisição/contratação, nas hipóteses do art. 24, IV da Lei 8.666/93; 1.7. documentos (jornais, revistas, fotos) que comprovem a situação emergencial.
2. Autorização para abertura do processo de contratação (ato do Chefe do Executivo ou Legislativo).
3. Projeto básico aprovado pela autoridade competente (em caso de obras e serviços de engenharia).
4. Orçamento detalhado em planilhas de quantitativos e custos que expressem a composição de todos os seus custos unitários (em caso de obras e serviços de engenharia).
5. Declaração de existência de dotação orçamentária.
6. Estimativa de impacto orçamentário e declaração de adequação orçamentária e financeira.
7. Portaria de nomeação da Comissão Permanente de Licitação.
8. Autuação.
9. Documentação e proposta das empresas.
10. Parecer jurídico.
11. Ratificação.
12. Empenho.
13. Elaboração do contrato ou da autorização para fornecimento, conforme o caso.
14. Publicação da ratificação, nos termos do art. 26, da Lei 8.666/93.
15. OBS: Sobre todos os atos descritos devem recair ampla publicidade e transparência.

Fonte: Tabela elaborada pelo autor a partir das informações colhidas na pesquisa.

Reitera-se que a ilustração apresentada nessa tabela refere-se apenas à modalidade de “Dispensa de Licitação” e que as demais modalidades licitatórias apresentarão outras unidades procedimentais, cada qual com uma ritualística própria. Contudo, o objetivo da referida ilustração é o de demonstrar que a adoção

de planilhas que percorram tais finalidades orientativas, atribuirá ao exercício de fiscalização um manual possibilitador de uma maior criteriosidade na constatação de irregularidades na contratação pública, além de ensejar uma maior segurança e orientação ao agente fiscalizador.

Relembrando também que as unidades procedimentais apontadas na tabela acima devem conter, no campo textual da cartilha, maiores informações quanto à funcionalidade e detalhes das mesmas, em linguagem acessível, ou melhor, não técnica, que permita ao fiscalizador leigo um melhor desempenho e compreensão no seu controle.

Faz-se necessário ser destacado que, perante o estudo proposto, constatou-se, junto a sítios eletrônicos (*internet*) de Tribunais de Contas pátrios, a existência de documentos similares ao da reflexão então proposta – espécies de cartilhas orientativas sobre unidades procedimentais da contratação -, cada qual com suas particularidades. Contudo, não se apresentam estáticas quanto a suas efetividades, bem como não pesam maiores informações e publicidades a suas existências para a população geral.

4.3.3 Maior controle fiscalizatório e sancionatório sobre a efetividade da transparência e do controle interno

Outra reflexão que se apresenta concerne ao obstáculo diagnosticado nas pesquisas realizadas no presente trabalho e que se apresenta como um dos mais prejudiciais ao exercício do controle na contratação, qual seja, a constatação do baixo índice de efetividade quanto à transparência e à publicidade pelos órgãos da Administração Pública brasileira. Recordando que o índice apontado pelo comitê “Índice de Transparência Brasil”, que analisou os portais de transparência dos Governos Estaduais brasileiros no ano de 2014, junto ao *site* (<www.indicedetransparencia.org.br>), constatou que a transparência dos Estados brasileiros quanto a seus atos de gestões somente se efetiva em aproximadamente 50% dos casos.

Além do mais, deve ser recordado que a pesquisa junto ao TJ/RS e ao TCE/RS apontou apenas 14 recorrências corruptivas sobre a totalidade, que foram condenadas ante a violação a dever de transparência e publicidade.

Tais estatísticas demonstram a urgente necessidade do exercício de um maior controle fiscalizatório sobre o regular cumprimento dos requisitos fundamentais da transparência na contratação.

Esse exercício fiscalizatório tem de ocorrer de forma frequente e concomitante ao trâmite da respectiva contratação pública. Além do mais, a constatação de irregularidades nessas unidades procedimentais tem que, impreterivelmente, cominar do respectivo processo investigatório e sancionador, não dando azes à cultura da impunidade, que faz com que o agente corruptor se sinta mais encorajado a tal prática ilegal, pois sabedor que tal recorrência irregular não encontra índices de punição.

Essa mesma necessidade de uma atuação ativa fiscalizadora e responsabilizadora quanto às unidades procedimentais da transparência, deve também ser orientada ao exercício do controle interno, mais especificadamente sobre o exercício de seus servidores designados, pois, conforme verificado no estudo, o instituto do controle interno enfrenta críticas que apontam a sua atuação como ineficaz, por apresentar problemáticas como a baixa instrução fornecida aos servidores a tanto designados, possíveis vínculos diretos ou indiretos desses com representantes da gestão administrativa, além de que muitos municípios brasileiros não adotam o controle interno.

Assim, além da necessidade de uma maior atuação fiscalizatória e sancionatória sobre atos comissivos ou omissivos do controle interno, também se fazem necessárias obrigatórias realizações e submissões, rotineiramente, dos funcionários designados a cursos instrutórios e capacitatórios a tal função, que permeiem o mais amplo conhecimento sobre as unidades da contratação pública e seus mecanismos de controle.

Apresenta-se também necessária uma maior rigorosidade vinculatória e sancionatória em face da Administração Pública, direta e indireta, e de seus respectivos representantes, que não adotaram tal mecanismo de controle, pois, apesar das críticas que repousam sobre o mesmo, é indubitável que sua melhor adequação funcional é capaz de apresentar resultados significativos ao combate de atos corruptivos na contratação pública.

Ainda quanto à análise sobre a temática do controle interno e as críticas que recaem sobre o mesmo, as quais apontam uma ineficaz operabilidade de sua gestão, faz-se importante o resgate à abordagem versada no presente trabalho, que

analisou o avanço doutrinário e legal sobre a tipificação da improbidade ante atos de má-gestão da Administração Pública. Com isso, entende-se que, assim como os atos da má Administração Pública, que proporcionam lesões ao erário e ao interesse público, são passíveis à configuração de improbidades, tal premissa não deve ser diferente ao controle interno, uma vez que a ignorância gerencial desse controle ou o dolo fraudulento em omitir as irregularidades constatadas não diferenciam o resultado lesivo que redundará ao público.

Assim, não faltam experiências brasileiras e até mesmo no presente cenário político do Estado do Rio Grande Sul a comprovar as mazelas sociais que a má gestão provoca, mazelas estas tão, senão mais, prejudiciais dos que os próprios efeitos da corrupção. Por tais razões, a má gestão da Administração Pública não pode ser apenas vista como meros atos de ineficiência ou ignorância administrativa, pois provocam a lesão ao dever de lealdade e eficiência institucional insculpidas na Constituição Federal, bem como no próprio contexto social brasileiro, tão carecedor de melhores incentivos às políticas públicas básicas.

Portanto, faz-se necessário um maior avanço na fiscalização e responsabilização, seja em seara administrativa ou judicial, em face dos atos de má gestão pública, pois, do contrário, conforme acima referido, a cultura da impunidade acaba incentivando ainda mais a prática por gestores públicos de atos desarrazoados, descompromissados com a real finalidade pública. Estas reflexões recaem também sobre a gestão do controle interno.

4.3.4 Necessidade de melhor estruturação e qualificação funcional do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Em face da experiência do controle no Estado do Rio Grande do Sul, o estudo dos obstáculos acima apontou o deficit de servidores no exercício fiscalizatório da contratação pelo quadro funcional do Tribunal de Contas gaúcho. Os 526 (quinhentos e vinte e seis) Auditores Públicos Externos de tal órgão apresentam-se insuficientes à demanda de 497 (quatrocentos e noventa e sete) municípios, ao próprio Governo Estadual, mais centenas de entidades da Administração Pública Indireta do Estado gaúcho para o exercício fiscalizatório da contratação pública, além de milhares de denúncias recebidas pela Ouvidoria do Tribunal de Contas.

Diante desse quadro, primeiramente é preciso reconhecer a importância e o excelente papel que os Tribunais de Contas veem desempenhando no exercício do controle a atos corruptivos na contratação pública. Portanto, no que concerne ao quadro funcional, releva-se a necessária formação e condições de trabalho para que os fiscais possam captar o conhecimento e instruções necessários para fazer cumprir suas funções.

Tão logo, é mais que necessária a concessão de maior autonomia e estrutura para os Tribunais de Contas e, mais especificadamente, ao do Rio Grande do Sul. Esta autonomia se dá através da contratação de novos Fiscais Auditores, por meio de concurso público, sem qualquer tipo de indicação político-partidária, possibilitando um quadro funcional compatível à demanda da Administração Pública, direta e indireta. Necessária também a manutenção de qualificação técnica aos servidores, a fim de capacitá-los para a diagnosticção de recorrências corruptivas, que cada vez mais se apresentam em elevados índices de organização criminosa e através de técnicas apuradas.

A referida necessidade da alta capacitação técnica aos Auditores Fiscais e de outros servidores do Tribunal de Contas ganha força também através das próprias estatísticas diagnosticadas na pesquisa realizada por este trabalho junto à jurisprudência do TJ/RS e do TCE/RS, que apontaram que 24% (vinte e quatro por cento) das práticas corruptivas decorreram através das seguintes modalidades: favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente; conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes e a simulação de contratação para desvio de recursos públicos. Estas decorrem agrupadas por um maior número de atos criminosos, que vão desde a falsificação de documentos públicos e particulares à formação de quadrilha e demonstram toda uma articulação criminosa em face da Administração Pública, equiparando-se ao crime organizado.

Assim sendo, o controle sobre a contratação pública desempenhado pelo Tribunal de Contas tem que se encontrar revisto por uma capacitação técnica, que possa ser combatível às formas ardilosas e cada vez com maiores requintes especializados à corrupção.

A referida necessidade de um maior efetivo do quadro funcional do Tribunal de Contas gaúcho, bem como da aprimoração da capacitação técnica para atos

corruptivos, também se torna primordial ante a importância do controle ocorrer com maior frequência de forma concomitante, pois a pesquisa também constatou a estatística de que cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) das recorrências corruptivas se apresentaram através de atos fraudulentos que burlam a necessária realização do certame licitatório.

Ou seja, o referido obstáculo apresenta maiores dificuldades ao controle de atos corruptivos, eis que, despidos de documentação e publicidade, os certames licitatórios limitam o controle a uma atuação a partir de denúncias ou pela fiscalização concomitante. Com isso, releva-se a necessidade de o controle ocorrer concomitante ao trâmite da contratação, razões essas que afastariam uma maior temporalidade de organização e de liberdade para a prática de atos irregulares.

Ainda é importante que essas reflexões que imputam a necessidade de uma incidência de controle concomitante também reflitam a necessidade de uma maior observância dos atos simulatórios, pois, conforme diagnosticado na pesquisa realizada, a modalidade licitatória da carta-convite, que apresentou maiores índices de recorrências corruptivas, revelou a praxe da simulação entre os participantes, já havendo um conluio, inclusive com a ciência dos agentes públicos responsáveis pelo certame, para o direcionando a um dos participantes, além de que a publicidade do certame, nesses casos, se dá de forma obscura, para impossibilitar a participação de outros concorrentes.

Por conseguinte, essas foram as reflexões idealizadas acerca de mecanismos que possam contribuir para uma maior eficácia do controle em face de recorrências corruptivas no âmbito da contratação pública brasileira. Porém, é importante ressaltar que tais mecanismos pragmáticos e teóricos refletidos não serão suficientes à resolução da problemática da corrupção na contratação pública. Contudo, certamente nas formas apresentadas, serão capazes de proporcionar a elevação da efetividade do controle social; possibilitar ao cidadão a educação e o conhecimento básico ao exercício de seus direitos sociais ao controle público; corrigir imprecisões legislativas; promover a reestruturação necessária ao controle interno e aos Tribunais de Contas, em especial ao do Rio Grande do Sul; mapear os riscos corruptivos; apontar as respectivas ferramentas necessárias ao controle e ao combate à cultura da impunidade, entre outros.

Esses refletidos mecanismos de aprimoramento do controle a atos corruptivos na contratação pública apresentam-se passíveis de se concretizarem através da

mínima boa vontade pública e privada, uma vez que não demandam maiores esforços e investimentos econômicos, e certamente muito contribuirão em face de uma sociedade mais participativa aos interesses públicos e ao combate do devastador fenômeno da corrupção.

Assim, tendo em vista os evidenciados obstáculos ao controle da corrupção na contratação pública, os quais demonstram seus inúmeros pontos de inefetividades e ineficácias, faz-se necessário fugir dos erros ou das fragilidades que mantêm a sociedade nas sobras da corrupção. E o caminho se apresenta através de mecanismos de aprimoramento como os acima refletidos.

5 CONCLUSÃO

A temática da corrupção na atual sociedade brasileira, a cada dia que passa ganha maior relevo, pois sua lamentável realidade é escancarada diariamente através de estudos especializados e de reportagens dos campos midiáticos, que veiculam operações policiais, julgamentos judiciais, entre outras matérias, suficientes a demonstrar a alarmante presença de tal fenômeno no seio da Administração Pública, mais especificadamente centralizada sobre o instituto da contratação pública (BRASIL, 2010).

Essa diuturna realidade incute mazelas sociais devastadoras, dentre as quais se reitera o estudo apresentado pela FIESP, que aponta que o custo anual gerado pela corrupção ao Brasil pode ser aproximar da absurda cifra em torno de 70 bilhões de reais (LEAL, 2013, p. 80). Esse panorama não retira da sociedade brasileira apenas recursos para melhor amparar políticas básicas sociais, assim como ceifa no senso geral a credibilidade no próprio instituto da Administração Pública e gera calorosas reivindicações por mudanças governamentais e legais.

Diante desse lamentável quadro corruptivo, o presente trabalho entendeu por instigante buscar uma maior reflexão sobre o instituto da contratação pública e seus mecanismos de controle à corrupção, norteando-se na seguinte pergunta-chave: quais são os mecanismos capazes de possibilitar uma maior eficácia do controle da corrupção no âmbito da contratação pública?

Assim, a resposta a tal questionamento foi possível através do desenvolvimento dos três capítulos e dos respectivos subitens desta dissertação.

O primeiro capítulo foi de suma importância ao tema, pois, ao passo em que (re)montou a conceituação da contratação pública através de um enfoque amplo, abordou suas fases pelo caminho da identificação temporal (início, meio e fim) de seus procedimentos e de suas principais características e possibilitou a compreensão de tal instituto como sendo um processo amplo, harmônico e coerente.

Após tais constatações, concluiu-se o primeiro capítulo, abordando a contratação pública através de uma perspectiva processualista, perante a qual realizou-se a (re)construção de seus principais processos funcionais, tendo sido diagnosticadas 19 (dezenove) modalidades, quais sejam: a) publicidade; b) transparência; c) motivação; d) formalizantes; e) fiscalização; f) orçamentárias e fiscais; g) julgamentos objetivos; h) manifestação jurídica; i) audiências públicas; j)

comissão; l) vinculação ao edital ou à carta–convite; m) habilitação; n) sigilosidade; o) classificação; p) impugnação; q) execução; r) rescisão contratual; s) recursais; t) sancionatórios.

Tão logo, pode-se verificar a tipicidade funcional, a amplitude e harmonia das referidas unidades procedimentais da contratação pública ao exercício do controle da corrupção. Esses motivos, amparados pelo estudo dos mecanismos de controle da contratação pública e seus marcos normativos e políticos, realizados no segundo capítulo, permitem apontar a suficiência de instrumentos e mecanismos jurídico-processuais no combate de atos corruptivos e provocam uma reflexão sobre sua efetividade.

Já no segundo capítulo, foram analisados os dados quantitativos levantados junto à pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça e no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quando foram constatadas 216 (duzentas e dezesseis) recorrências corruptivas, praticadas através de 16 (dezesseis) modalidades de atos corruptivos, quais sejam: 1º) favorecimentos fraudulentos, através da adulteração das propostas e documentos do certame licitatório para benefício/adjudicação da contratação pública em prol de um concorrente; 2º) conluio entre agentes públicos responsáveis pela contratação pública e todos concorrentes; 3º) não realização do certame licitatório; 4º) pagamento da totalidade da importância prevista no contrato sem a entrega dos bens contratados ou a realização dos serviços a serem prestados; 5º) reiteradas contratações emergenciais para burlar a necessidade do certame licitatório; 6º) realização do certame licitatório sem publicidade e transparência; 7º) superfaturamento na execução do contrato adjudicado; 8º) inserção no edital de licitação de exigência manifestamente descabida para frustrar a competitividade e beneficiar determinado participante; 9º) fracionamento de obras ou de compra de materiais para burlar a necessidade do certame licitatório; 10º) simulação de contratação para desvio de recursos públicos; 11º) serviço ou material prestado a menor e/ou diferente do objeto contratado; 12º) ausência de planilhas de custos, de orçamentos ou de detalhamento de projeto básico em licitação para execução de obras; 13) irregularidades no aditivo da contratação pública; 14) inexistência de parecer jurídico em contrato; 15º) inexistência de controle de fiscalização para execução da contratação pública; 16ª) realização do certame licitatório após a execução ou prestação do objeto.

As modalidades de recorrências corruptivas acima referidas recaíram sobre todas as fases e as modalidades licitatórias previstas no ordenamento normativo pátrio, dados estes suficientes à comprovação da elevada incidência da corrupção na contratação pública no Estado do Rio Grande do Sul.

Desta forma, os dados da referida pesquisa, conciliados à doutrina especializada abordada neste trabalho, permitiram o desenvolvimento do terceiro capítulo, este versando especificadamente sobre o objetivo geral do trabalho, o qual foi de apontar e analisar os obstáculos ao controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos verificados e, assim, identificar mecanismos de instrumentalização possibilitadores de uma maior eficácia aos meios de controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos.

Logo, iniciou-se o terceiro capítulo analisando as 08 (oito) modalidades de obstáculos ao controle da corrupção na contratação pública identificados no presente trabalho, quais sejam: 1. Do desconhecimento social sobre a complexidade procedimental da contratação pública; 2. Da burocracia procedimental e da linguagem excessivamente técnica do processo contratual público; 3. Da inefetiva criteriosidade na fiscalização e julgamento de irregularidades nos processos administrativos contratuais; 4. Da inefetividade da transparência dos atos públicos no Brasil; 5. Do deficit do quadro funcional dos servidores do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul; 6. Da ineficácia do controle interno e a cultura da impunidade; 7. Das elevadas técnicas organizacionais à prática de atos corruptivos; 8. Da vulnerabilidade das unidades procedimentais da contratação à corrupção.

Analisando as referidas modalidades, concluiu-se que estas incutem deficiências de variados índices, a ponto de enfraquecer a sistemática de controle da corrupção na contratação pública.

A partir dos citados obstáculos, foi possível a identificação de 04 (quatro) instrumentos que podem vir a contribuir para uma maior eficácia do controle dos contratos públicos na prevenção a atos corruptivos, sendo estes: 1. programas de orientações sociais sobre a contratação pública; 2. adoção de cartilhas padrão orientativas ao exercício fiscalizatório de irregularidades na contratação pública; 3. maior controle fiscalizatório e sancionatório sobre a efetividade da transparência e do controle interno; 4. necessidade de melhor estruturação e qualificação funcional do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Por fim, conforme abordado no texto, os 04 (quatro) mecanismos de aprimoramento do controle de atos corruptivos na contratação pública refletidos são passíveis de se concretizarem através de atos da iniciativa privada e, principalmente, pública e não demandam maiores esforços e investimentos econômicos.

Certamente, tais mecanismos de aprimoramento não serão a panaceia para a problemática da corrupção, mas, indubitavelmente, passíveis de elevar a efetividade e a eficácia do controle da corrupção na contratação pública, além de contribuir para a construção de uma sociedade mais participativa nos interesses públicos e no combate ao devastador fenômeno da corrupção.

Assim, no presente contexto sociopolítico brasileiro, faz-se mais do que necessário que sejam repelidos os erros ou as fragilidades que nos mantêm nas sombras da corrupção, para que se possa caminhar à luz de mecanismos de aprimoramento ao sistema de controle, como os refletidos na presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Caroline M.; RECK, Janriê R. *A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto*. In: COSTA, Marli da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, Tomo 14. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Assessoria de Comunicação Social. *Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios*. 09 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2010/noticia08510.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

_____. *Lei Complementar n. 101 (2000)*. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

_____. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Senado Federal. *Nova Lei de Licitações acaba com carta-convite e tomada de preços*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/12/05/nova-lei-de-licitacoes-acaba-com-carta-convite-e-tomada-de-precos>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vincuante n. 473*. DJ, 1969.

_____. Tribunal de Contas da União. *Obras Públicas. Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas*. Brasília, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo. Atlas. 2012.

FILGUEIRAS, Fernando. *A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas*. [S.l.: s.n.]. 29 p.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FRIEDRICH, Denise B.; LEAL, Rogério Gesta. *Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas*. [S.l.: s.n.]. 20 p.

GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa: Configuração e Reparação do Dano Moral*. [S.l.: s.n.]. 20 p.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES FILHO, A. B. O desafio de implementar uma gestão pública transparente. In: *X Congreso Internacional Del Clad sobre la Reforma Del Estado y de La Administración Pública*. Santiago, 2005. Anais. Clad, 2005.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa*. [S.l.: s.n.]. 20 p.

_____. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, conseqüências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MARQUES, Claudia lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Contratación Pública. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Vol. I. Arequipa: Adrus, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

MOTTA, Ronaldo. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. Dissertação (Mestrado): Universidade de Campinas, Mestrado em Desenvolvimento Econômico, Campinas, 2010. 189 p. Disponível em: <www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000771507>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Contratación Pública. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Vol. I. Arequipa: Adrus, 2013.

_____. Contratación Pública. *XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Vol. II. Arequipa: Adrus, 2013.

_____. *Principios de ética pública: ¿Corrupción o servicio?* Madrid: Montecorvo, 1993.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RICHTER, Luiz Egon; BRANDINI, Rafael Santin. *Da responsabilidade administrativa do servidor público no Brasil: análise dos estatutos e dos códigos de conduta dos servidores públicos federais e estaduais*. [S.l.: s.n.], 2014.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Controle social e transparência da Administração Pública brasileira. *IX Congresso Internacional Del CLAD sobre La Reforma Del Estado y de La Administración Pública*. Madrid, nov. 2004. Disponível em: <[HTTP://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/controle-social-e-a-transparencia-da-administracao-publica-brasileira/view](http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/controle-social-e-a-transparencia-da-administracao-publica-brasileira/view)>. Acesso em: jul. 2014.

SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis n. 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores. 1994.

ZANCANARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994.