



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO**

**NOVOS MECANISMOS DE  
PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO EM  
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

***Luiz Fernando Bandeira***

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO elaborada  
sob a orientação do Prof. Dr. RAYMUNDO  
JULIANO DO RÊGO FEITOSA como  
requisito parcial para a obtenção do grau  
de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

**Recife, 2004**

*Luiz Fernando Bandeira*

**NOVOS MECANISMOS DE  
PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO EM  
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
apresentada no Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Pernambuco como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. RAYMUNDO JULIANO  
DO RÊGO FEITOSA

**Recife, 2004**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

(Biblioteca do Senado Federal – Brasília/DF)

341.3527 Bandeira, Luiz Fernando, 1979 –  
B214n

Novos Mecanismos de Prevenção à Corrupção em Licitações Públicas.  
Dissertação de Mestrado em Direito. Recife: O autor, 2004.

210 fls.

Orientador: Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa

Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de  
Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife, 2004.

Inclui Bibliografia

1. Direito Administrativo 2. Licitação 3. Corrupção  
I. Univ. Federal de Pernambuco II. Feitosa, Raymundo Juliano do Rêgo  
III. Título

**LUIZ FERNANDO BANDEIRA**  
**NOVOS MECANISMOS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO**  
**EM LICITAÇÕES PÚBLICAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. RAYMUNDO JULIANO DO RÊGO FEITOSA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa a nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, UFPE

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos, UFPE

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior, UFAL

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 1º de setembro de 2004.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa



Este trabalho é dedicado

Aos meus pais, por acreditarem,  
estimularem e por fazerem de mim este  
ser imperfeito e falho, porém obstinado  
e sequioso de ser sempre alguém  
melhor

e

Ao Professor Raymundo Juliano,  
mestre e amigo, pelo exemplo de  
dedicação abnegada ao ensino superior  
brasileiro, substituindo muitas de suas  
horas de descanso e convívio familiar  
pelos pacientes ofícios da cátedra.

## Agradecimentos

Primeiramente, a Deus, por Ser;

À toda minha família, pelo ânimo e todo o suporte necessário para prosseguir neste objetivo, inclusive e principalmente durante o ano em que estive longe do país e de minhas circunstâncias de vida para desenvolver o presente estudo;

Aos amigos que fazem Serur, Camara, Torres, Bandeira & Mac Dowell Advogados Associados, pelo companheirismo, apoio e contribuições sempre pertinentes ao presente trabalho;

Aos professores, colegas e funcionários do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pela orientação, ajuda e compreensão sempre que necessitei. O trabalho que se faz diuturnamente naquela Casa dá brilho àqueles que dele tomam parte, ainda que com uma participação diminuta, como a minha;

Aos amigos que compartilharam comigo um ano de estudos em terras d'Espanha, além da esperança de contribuir para um país mais são;

A todos vocês devo a maior parte dos méritos que eventualmente este trabalho possua.

## Resumo

BANDEIRA, Luiz Fernando. *Novos Mecanismos de Prevenção à Corrupção em Licitações Públicas*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, 2004, 210 fls.

Este trabalho pretende discutir as principais brechas legais que permitem a prática de atos corruptos em procedimentos licitatórios e as diferentes maneiras pelas quais diversos países decidiram combatê-la. Ao final, pretende-se sugerir uma regulamentação que possa ser incorporada à maior parte dos países, com o objetivo de diminuir, com ênfase em normas preventivas, a ocorrência do delito corruptivo.

São estudados mecanismos de prevenção à corrupção por meio de recursos administrativos, negociação prévia com fornecedores, utilização de experiências anteriores para orientar contratações futuras, premiação aos funcionários que atuem com licitações por lograrem melhores contratos, pactos de integridade e modificações no pregão eletrônico para permitir licitar qualquer bem, inclusive em regime de urgência.

Propõe-se ainda a criação de um sistema integrado com todos os mecanismos discutidos, permitindo a comparação em nível nacional e regional de preços e da qualidade de produtos e serviços dos fornecedores, a fim de auxiliar a Administração e possibilitar um melhor controle.

**Palavras-chave:** direito, corrupção, licitação, mecanismos de prevenção.



## Abstract

This work is about the main legal breeches allowing the practice of corrupt acts in public procurement proceedings and the different ways by which several countries decided to fight it. Finally, it intends to propose rules that may be incorporated to the majority of the countries, willing to reduce, with emphasis in preventive norms, the occurrence of the corruptive crime.

**Keywords:** law, corruption, public procurement, prevention mechanisms.

## Resume

Ce travail cherche à démontrer les principales procédures légales permettant la pratique d'actes corrompus dans les démarches d'adjudication publique et les différents moyens employés par plusieurs pays pour la combattre. En conclusion, on prétend proposer des règles qui puissent être acceptées par la majorité des pays, dans le but de réduire, avec emphase dans des normes préventives, la pratique du crime corruptif.

**Mots-clés:** droit, corruption, adjudication publique, mécanismes de prévention.

## Zusammenfassung

Ziel dieser Arbeit ist es, die wesentlichen Gesetzeslücken im Hinblick auf korruptes Handeln bei öffentlichen Ausschreibungen zu diskutieren sowie die verschiedenen Verfahrensweisen zu erörtern, mit denen diverse Länder dieses Handeln zu bekämpfen versuchen. Schließlich äußert sie die Absicht, eine Regelung vorzuschlagen, welche in der Mehrheit der Länder angewandt werden kann, mit dem Ziel, das

Auftreten von Korruptionsdelikten nachdrücklich mittels vorbeugender Normen zu verringern

**Schlüsselwörter:** Jura, Korruption, Öffentliches Beschaffungs, vorbeugende Massrahmen

## Resumen

Este trabajo pretende discutir las principales brechas legales que permiten la práctica de actos corruptos en procedimientos de licitación y las diferentes maneras por las cuales diversos países han decidido combatirla. Al final, se pretende sugerir una reglamentación que pueda ser incorporada a la mayor parte de los países, con el objetivo de disminuir, con énfasis en normas preventivas, la ocurrencia del delito corruptivo.

**Palabras llave:** derecho, corrupción, licitación, mecanismos de prevención.

## Sumário geral

<b>DEDICATÓRIA</b>	<b>I</b>
<b>AGRADECIMENTOS</b>	<b>II</b>
<b>RESUMO</b>	<b>III</b>
<b>ABSTRACT / RESUME / ZUSAMMERFASSUNG / RESUMEN</b>	<b>IV</b>
<b>SUMÁRIO GERAL</b>	<b>VI</b>
<b>INTRODUÇÃO GERAL</b>	<b>9</b>
<i>Objeto de estudo e abordagem</i>	9
<i>Relevância da pesquisa</i>	12
<i>Contexto de elaboração do trabalho</i>	14
<i>Pressupostos</i>	16
<i>Estrutura do trabalho</i>	16
<i>Hipóteses</i>	18
<i>Objetivos</i>	19
<b>CAP. 1 – MARCO TEÓRICO: METODOLOGIA E CONCEITOS UTILIZADOS NESTE TRABALHO</b>	<b>20</b>
1.1. Metodologia de trabalho	20
1.1.1. <i>A utilização do Direito Comparado</i>	22
1.2. Delimitação dos conceitos utilizados neste trabalho	26
1.2.1. <i>O que entendemos por "novo"</i>	26
1.2.2. <i>A opção pela prevenção</i>	27
1.2.3. <i>A limitação às licitações públicas</i>	29
1.2.3.1. <i>Princípios gerais da licitação</i>	31
1.2.3.2. <i>Núcleo procedimental da licitação</i>	36
1.2.3.3. <i>Licitação e o Estado impessoal</i>	37
1.2.4. <i>A corrupção e suas espécies nas licitações públicas</i>	38
1.2.4.1. <i>A corrupção dos políticos</i>	43
1.2.4.2. <i>A corrupção dos funcionários públicos</i>	46
1.2.5. <i>Breve contribuição a um modelo trigonométrico da corrupção</i>	51
<b>CAP. 2 – O CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM LICITAÇÕES POR MEIO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS</b>	<b>61</b>
2.1. <i>A utilização dos recursos administrativos para impugnar atos ilegais em procedimentos licitatórios</i>	61
2.2. <i>Os diferentes sistemas nacionais de recursos administrativos</i>	65

2.2.1. O recurso administrativo nos Estados Unidos	69
2.2.2. O recurso administrativo na França	71
2.2.3. O recurso administrativo na Espanha	74
2.2.4. O recurso administrativo no Brasil	78
2.2.5. O recurso administrativo no Japão	80
2.3. As iniciativas internacionais de uniformização dos recursos administrativos	85
2.3.1. O Pacto sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio	85
2.3.2. O modelo UNCITRAL de regulamento dos recursos administrativos	86
2.3.3. O modelo de recursos administrativos na União Européia e no NAFTA	88
2.4. Haverá um sistema recursal adequado para combater a corrupção?	91
2.4.1. O órgão competente	91
2.4.2. Os legitimados para impugnar	95
2.4.3. Os poderes do Tribunal	97
<b>CAP. 3 – O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE NAS LICITAÇÕES</b>	<b>101</b>
3.1. Discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e licitação pública	101
3.1.1. O conceito jurídico de urgência	106
3.1.2. O conceito jurídico de interesse público	108
3.1.3. O conceito jurídico de notória especialização ou notório saber	110
3.1.4. O conceito jurídico de proposta mais vantajosa	112
3.2 A radicalização discricionária	115
3.3. Discricionariedade, eficiência administrativa e o combate à corrupção	119
3.3.1. Negociação prévia com fornecedores	119
3.3.2. Experiência anterior como critério de contratação	121
3.3.3. Premiação aos funcionários encarregados das licitações	123
<b>CAP. 4 – PARTICIPAÇÃO POPULAR E O CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM LICITAÇÕES</b>	<b>126</b>
4.1. O que entendemos por “participação popular”	126
4.1.1. A participação popular no combate à corrupção	127
4.1.2. Accountability e relação agente x principal	129

4.2. O orçamento participativo e suas experiências_____	132
4.3. O cidadão como fiscal da licitação_____	134
4.4. Transparência Internacional e o Pacto de Integridade _____	135
<b>CAP. 5 – A LICITAÇÃO ELETRÔNICA E A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO _____</b>	<b>138</b>
5.1. Os meios eletrônicos aplicados às compras governamentais__	138
5.1.1. <i>O e-Procurement do ponto-de-vista das empresas</i> _____	138
5.1.2. <i>O e-Procurement aplicado à Administração Pública</i> _____	141
5.2. A experiência dos Estados Unidos da América _____	142
5.3. As iniciativas européias_____	143
5.4. A experiência brasileira_____	146
5.4.1. <i>Um panorama da situação anterior</i> _____	146
5.4.2. <i>O pregão eletrônico e suas vantagens</i> _____	152
5.4.2.1. A definição de “bem ou serviço comum” _____	158
5.4.2.2. O procedimento do pregão eletrônico _____	162
5.5. Propostas para o sistema de pregão eletrônico_____	165
<b>CAP. 6 – SISTEMATIZAÇÃO DOS MECANISMOS PROPOSTOS _____</b>	<b>171</b>
6.1. O SIGECE e seus diferentes subsistemas_____	172
6.2. A interação do SIGECE com as instâncias recursais e com a sociedade _____	176
6.3. Organofluxograma de nossa proposta _____	178
<b>CAP. 7. CONCLUSÕES _____</b>	<b>181</b>
<b>BIBLIOGRAFIA CITADA _____</b>	<b>189</b>
Livros _____	189
Artigos _____	197
Jurisprudência citada _____	203
Documentos disponíveis na Internet_____	204
Matérias e artigos publicados em periódicos não-científicos _____	207

## Introdução geral

*Sumário: Objeto de estudo e abordagem; Relevância da pesquisa; Contexto de elaboração do trabalho; Pressupostos; Estrutura do trabalho; Hipóteses; Objetivos.*

### Objeto de estudo e abordagem

O título que capeia o presente trabalho talvez fomente uma porção de dúvidas quanto ao seu escopo e à maneira de abordá-lo. Pretensioso pelos “novos mecanismos” ou tímido pela “prevenção”, talvez burocrático pelo “licitações públicas” e eventualmente provocador de um desagradável *déjà vu* ao tratar de “corrupção”.

No entanto, ao leitor mais atento, talvez lhe provoque um sagaz sentimento de que se busca aqui uma nova abordagem. Tentaremos dar-lhe a razão nas páginas que se seguem.

Este trabalho tem a pretensão de discutir, como já está claro em seu título, os novos mecanismos para controle e prevenção de fatos delitivos associados à corrupção em licitações. É comum pensar que a única maneira de combater a corrupção é com a moralização da sociedade e do serviço público, com a boa remuneração<sup>1</sup> e educação<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Alguns dos trabalhos que tratam da matéria: MYRDAL, Gunnar. *Asian Drama: An Inquiry into the Poverty of Nations*. New York: The Twentieth Century Fund, 1968; KLITGAARD, R. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1988; ISRAEL, Arturo. *Institutional Development: Incentives to Performance*. Baltimore: John Hopkins University Press for the World Bank, 1987, AMARO-REYES, José e GOULD, David. “The Effects of Corruption on Administrative Performance”. *World Bank Staff Working Paper*, Washington: World Bank, n. 580, 1983 e FMI – Fundo Monetário Internacional. “Corruption and the rate of temptation: Do low wages in the civil service cause corruption?”. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9773.pdf> [Acessado em 20/12/2003].

<sup>2</sup> MALEM SEÑA, Jorge. *La Corrupción – Aspectos éticos, econômicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 76. Numa perspectiva histórica, PIETSCHMAN, Horst. “Burocracia y corrupción em Hispanoamérica colonial. Una aproximación tentativa”. *Nova Americana*, v. 5, 1982, p. 18.

dos funcionários e um confiável sistema de repressão aos eventuais desvios corruptivos.<sup>3</sup>

Não acreditamos que estes sejam os únicos caminhos. Sem dúvida, constituem elementos importantes e – por que não dizer – essenciais no processo de combate à corrupção, mas são talvez os mais intangíveis e de difícil alcance, ao menos em um curto/médio intervalo de tempo.

O que estudamos neste trabalho, com a pretensão de contribuir de maneira positiva para o debate travado publicamente em grande parte dos países democráticos (e sorrateiramente em outros nem tanto) é como, através de reformas legislativas<sup>4</sup>, pode ser controlado o fenômeno corruptivo.

Alguns, certamente não desprovidos de alguma razão, dirão que o que falta ao Brasil (e mesmo ao mundo) não são novas leis moralizadoras, mas dar cumprimento às que já se tem. Faltaria a persecução criminal e condenação dos corruptos<sup>5</sup>, de leis já estaríamos nutridos<sup>6</sup>. Não estamos, porém, completamente de acordo. Muita

---

<sup>3</sup> ARNEDO ORBAÑANOS, Miguel Angel. “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”. *Revista española de control externo*, v. 1, n. 3, sept./99, p. 61 y ss.

<sup>4</sup> Voltamos a ressaltar a posição ainda há pouco expressada de que não acreditamos no Direito como ferramenta capaz de, sozinha, resolver os problemas do mundo empírico por mera “força de lei”. Qualquer ponderação sociológica mais abalizada derrubaria essa tola ilusão, inclusive a partir da realidade brasileira de leis que “pegam” e de leis que “não pegam”. Nada impede, no entanto, que o sistema legal seja aprimorado enquanto espera-se o advento dos demais componentes sociológicos com vistas a reduzir a corrupção. É a que nos propomos aqui.

<sup>5</sup> CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro e ABRAMO, Cláudio Weber. “A lei brasileira de licitações e contratos: antídoto eficaz contra a corrupção”. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, v. 27, n. 69, jul-set/1996, pp. 25-34.

<sup>6</sup> SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, pp. 26-27. O autor faz o comentário especialmente com relação às benesses trazidas (ou prometidas) pela lei 8.429/92, que, sem dúvida, configurou um avanço digno de nota no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, num momento em que o Supremo Tribunal Federal está prestes a decidir se a Lei de Improbidade Administrativa aplica-se ou não aos políticos ou se o Ministério Público pode ou não fazer investigações paralelas às da polícia, paira no ar uma dúvida sobre a efetividade de tais mecanismos de repressão e caça aos corruptores, uma vez realizada a corrupção. Não seria melhor optar por evitá-la no nascedouro?

corrupção nasce de fato em interesses escusos, mas há ocasiões nas quais o que existe é mera aparência de ilegalidade, estando os atos suspeitos revestidos de mero anseio por permitir a gestão ágil da máquina pública, excessivamente amarrada por normas pesadamente burocráticas.

Segue-se ainda hoje com o foco no procedimento e não raro vê-se doutrinadores dizendo que, para acabar com a corrupção, antes devemos acabar com a discricionariedade. Por esse caminho, acabaremos, em ordem, com a discricionariedade, com o Estado e com a corrupção, um dia, por falta do que corromper.

O Estado precisa e deve funcionar. Para isso são eleitos os membros do Executivo que, freqüentemente ao chegar ao poder, vêm-se sufocados pela burocracia<sup>7</sup>, deparando-se com a necessidade de ter que esgarçar conceitos jurídicos indeterminados para governar.

A luta contra a corrupção é dever de todos os que pensam a máquina pública ou que pretendem uma nação mais igualitária. Enquanto o verme corromper (trocadilhosamente) as entranhas do Estado, dificilmente sobrarão recursos para o adequado atendimento às necessidades da população.

Para cumprir o que pretendemos neste trabalho, tentaremos lançar mão dos mecanismos mais modernos de gestão pública, transparência administrativa e controle social, amparando-nos maciçamente no direito comparado, conforme explicaremos em detalhes no primeiro capítulo desta obra.

---

<sup>7</sup> Aqui não emprestamos ao termo “burocracia” o mesmo sentido que lhe é conferido por Weber. O sociólogo define a burocracia segundo um modelo racional-legalista, onde ela é organizada de tal forma que levaria à maior eficiência possível, com funcionários de formação adequada e um forte viés ético. Trabalhamos aqui e em todo o restante do trabalho com a idéia vulgar de burocracia, disseminada no vernáculo popular, um tanto quanto pejorativa, de aparato moroso e ineficiente de normas e procedimentos que tende a asfixiar o funcionamento da organização à qual se aplica.



## Relevância da pesquisa

Um dos maiores problemas de nossas sociedades a princípios do século XXI continua sendo o da corrupção pública e privada, um fenômeno que provoca graves crises de legitimidade nos Estados contemporâneos. O aparato público não pode catalisar o progresso social e o desenvolvimento econômico enquanto alguns funcionários públicos e autoridades atuam arbitrariamente, com a única finalidade de enriquecimento ilícito. Tampouco é possível uma correta atividade empresarial em um contexto de podridão institucional. O Direito deve reagir frente a essa mácula, aportando soluções com um tratamento global e realista da corrupção política, administrativa, empresarial e judicial.<sup>8</sup>

No entanto, o desafio persiste ao buscarem-se as soluções para o problema da corrupção, que assola as Administrações Públicas. Seria possível eliminar ou mesmo extinguir a corrupção por meio de mecanismos normativos/tecnológicos eficientes? Ainda que seja desejável todo um contexto onde a corrupção espontaneamente não frutificasse, o que sem dúvida ajudaria sua prevenção e repressão, acreditamos que um sistema normativo completo, moderno e eficaz pode reduzir os níveis de corrupção no Estado. As diversas iniciativas internacionais<sup>9</sup> parecem comprovar que essa é a tendência atual entre os mais diversos países.

---

<sup>8</sup> RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Descripción y Objetivos del Programa 'Aspectos Jurídicos y Económicos de la Corrupción'*. Disponível em [http://www3.usal.es/~webtcicl/web-doctor/Bienio04\\_06/doctorados/13\\_corrupcion.doc](http://www3.usal.es/~webtcicl/web-doctor/Bienio04_06/doctorados/13_corrupcion.doc) [Acessado em 30/07/2004.]

<sup>9</sup> Vejam-se, por exemplo, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, o Convênio da Comunidade Européia de Luta Contra os Atos de Corrupção, o Convênio da OCDE de Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, Declaração das Nações Unidas sobre a Corrupção e os Subornos nas Transações Comerciais Internacionais, os convênios do Conselho Europeu de Direito Penal (jan./99) e Civil (nov./99) sobre Corrupção, etc.

Por sua vez, é necessário ter em conta a importância dos gastos públicos feitos através de licitações para a economia de um país. Apesar de haver diminuído em quase todo o mundo por meio do recente movimento “neoliberal” de privatização, o Estado segue sendo um dos principais mecanismos propulsores do mercado, em especial por seus gastos que, sejam para obter gêneros alimentícios objetivando a execução de programas sociais, sejam para contratar obras viárias, por exemplo, injetam recursos na economia, segundo levantamento do Conselho Europeu<sup>10</sup>, da ordem de 10% de todo o PIB comunitário daquele continente, gerando emprego e renda. Essa importância é ainda maior em países economicamente menos desenvolvidos. Por outro lado, estima-se que os subornos e vantagens de toda espécie pagos aos funcionários públicos na Europa oscilam entre 2 e 10% do valor dos contratos<sup>11</sup>, o que nos leva a somas absurdas de dinheiro desviado de sua aplicação devida.

É verdade que vários economistas realizaram estudos já clássicos sobre os eventuais efeitos benéficos da corrupção sobre a circulação da riqueza<sup>12</sup>. Do mesmo modo, sociólogos e antropólogos chegaram a conclusões semelhantes sobre os efeitos saudáveis da

---

<sup>10</sup> Cf. GIMENO FELIÚ, José Maria. *Contratos Públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Madrid: Civitas, 2003, p. 24. No mesmo sentido, ARROWSMITH, Sue. “The E.C. Procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 27, n. 01, feb/2002, p. 3.

<sup>11</sup> PARLAMENTO EUROPEU. *Report of the Committee on Civil Liberties and Internal Affairs on combating corruption in Europe*. Rapporteur: Mrs. Heinke Salish, December, 1995, *apud* WHITE, Simone. “Proposed Measures Against Corruption of Officials in the European Union”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 21, n. 6, dec/1996, p. 465.

<sup>12</sup> Sobre este ponto, recomendamos especialmente a leitura do artigo do professor de Harvard, J. S. Nye, onde expõe quais seriam os benefícios da corrupção para o desenvolvimento social, especialmente pelos seus impactos sobre o desenvolvimento econômico (formação de capital, quebra de rigores nas sociedades com economia planejada e estímulo ao empreendimento), a integração nacional e a capacidade governamental. (NYE, J. S. “Corruption and political development: a cost-benefit analysis”. *The American Political Science Review*. New York: American Political Science Association. v. 61, n. 2, jun/1967, pp. 417 – 427).

corrupção para fortalecer os valores morais de uma sociedade<sup>13</sup>, ou para suavizar as relações entre a população e as instituições<sup>14</sup>, “humanizando-as”<sup>15</sup>, especialmente nas sociedades “politicamente menos desenvolvidas”<sup>16</sup>. No entanto, hoje os estudos mais aprofundados são unânimes ao afirmar que os supostos efeitos benéficos da corrupção restam obnubilados quando são confrontados com seus efeitos maléficos, em qualquer sociedade.<sup>17</sup>

Dada esta realidade, faz-se necessário limitar ao máximo a possibilidade de ocorrência da corrupção, garantindo a legalidade, legitimidade e eficiência na Administração Pública, e reflexamente nos procedimentos licitatórios que aqui serão nosso objeto de estudo, objetivando uma ampla igualdade de condições.

### **Contexto de elaboração do trabalho**

A idéia de redigir o presente trabalho seguiu um longo processo de maturação desde o início de nosso curso de Mestrado em Direito na Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Suas primeiras sementes, portanto, foram plantadas em março de

---

<sup>13</sup> Esta é a visão do antropólogo Max Gluckman, conforme se pode verificar em suas palavras, quando se refere aos benefícios de escândalos políticos periódicos, sustentando que eles (no original) “lead to the affirmation of general principles about how the country should be run, as if there were not posed impossible reconciliations of different interests. These inquiries may not alter what actually happens, but they affirm an ideal condition of unity and justice”. (GLUCKMAN, Max. *Custom and Conflict in Africa*. Oxford: S/E, 1955, p. 135).

<sup>14</sup> McMULLAN, M. “A Theory of Corruption”. *The Sociological Review*. Keele, v. 9, jul./1961, p. 196.

<sup>15</sup> SHILS, Edward. *Political Development in the New States*. London: Kluwer, 1962, p. 385.

<sup>16</sup> Neste contexto compreendidas como a capacidade de uma sociedade para manter sua legitimação sobre o tempo, sem considerações necessariamente sobre sua modernização. Sobre esse conceito, consultar HUNTINGTON, Samuel. “Political Development and Political Decay”. *World Politics*, v. 17, abr/1965, pp. 386-430.

<sup>17</sup> Sobre este assunto, conferir: ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: A Study in Political Economy*. New York: New York Academic Press, 1978, especialmente o capítulo 6, quando trata do tema da corrupção em licitações.

2002, e suas primeiras páginas – ainda muito incipientes – começaram a ser redigidas por meados de agosto daquele ano.

O desenvolvimento do trabalho pode ser dividido em três fases muito claras: uma, prematura, realizada no Recife até janeiro de 2003, com acesso relativamente escasso à bibliografia estrangeira. A essa seguiu-se a fase em que desenvolvemos estudos na Universidad de Salamanca, na Espanha, onde, ao freqüentar outro curso de pós-graduação, pudemos ter acesso a uma ampla bibliografia internacional, especialmente através de um facilitado sistema de empréstimo interbibliotecário. Finalmente, a partir de abril de 2004, já na fase final de redação, ao assumir nossas novas funções na Consultoria Legislativa do Senado Federal, em Brasília, um novo universo em termos de bibliografia nacional e latino-americana abriu-se para aportar o que nos faltava.

Foi justamente no contexto dessa última fase que nos chegou a notícia da aprovação, pelo Parlamento Europeu, da Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, alterando profundamente a regulamentação comunitária referente a licitações. As alterações foram sensíveis e demonstram um elevado nível de zelo legislativo e um considerável avanço na direção do que entendemos ser a modernidade em matéria de licitação.

Coincidência ou não, grande parte das propostas que já constavam deste trabalho foram incorporadas à normativa européia, o que nos causou alegria e frustração.

Se a frustração se justifica por em parte havermos perdido a oportunidade de aportamos à comunidade científica um trabalho repleto de ineditismos, hoje menoscabados pelo que já virou norma vigente, em parte é compensada pela alegria que lhe seguiu.

Tal alegria que intimamente nos nutre a consciência é em virtude de havermos constatado que, embora a adoção pela União Européia das mesmas medidas que propomos aqui não prove cabalmente que temos razão em nossas ponderações, coisa que só o

tempo nos dirá, sem dúvida demonstra que ao menos não estamos caminhando sós nesta direção.

### **Pressupostos**

Trabalharemos com pressupostos simples, todos eles facilmente verificáveis nos países que serão estudados neste trabalho. O primeiro deles é que a corrupção seja um fenômeno internacional, comum a todas nações em espécies, métodos e finalidades, embora eventualmente distinta no que tange à sua causa e freqüência.

Ainda, pressupõe-se que todos os países possuem ordenamento jurídico soberano e vigente, que de alguma forma, detalhada ou genericamente, regule o funcionamento das compras governamentais.

Por fim, pressupõe-se um regime democrático, onde as autoridades possam ser investigadas, e seus atos no manejo da coisa pública submetidos à apreciação popular e judicial. Muitas das soluções aqui propostas seriam inaplicáveis num regime autocrático, sequer talvez a própria luta contra a corrupção.

### **Estrutura do trabalho**

O presente trabalho encontra-se dividido em sete capítulos, cinco dos quais destinados ao estudo dos mecanismos de prevenção à corrupção que nos propusemos a estudar, um de definição do marco teórico e outro de exposição pontual das conclusões.

Assim, no primeiro capítulo buscaremos fixar os conceitos que serão manejados na obra, assim como clarificar a metodologia em

que nos amparamos para realizar o presente trabalho. Como contribuição final a este capítulo, esboçamos uma breve explanação sobre nosso modelo trigonométrico da corrupção, em que buscamos identificar o comportamento das diferentes variáveis deste fenômeno delitivo.

Seguem-se os capítulos de estudo dos diferentes mecanismos, por ordem de antiguidade de sua utilização no combate à corrupção. Inicialmente discutiremos, no segundo capítulo, o papel dos recursos administrativos em matéria licitatória e os novos desafios e molduras que são propostos para sua regulação.

No terceiro capítulo, ocupamo-nos de como a discricionariedade administrativa pode ser utilizada para buscar a eficiência nos contratos do Estado, assim como combater a corrupção. Isso não sem antes discutir o problema da discricionariedade administrativa confrontado com a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

No quarto capítulo, discutimos alguns mecanismos pelos quais o cidadão ou, em última análise, a sociedade organizada, pode intervir no processo licitatório a fim de vigiar e impedir a corrupção.

Por fim, será no quinto capítulo quando dissecaremos o último mecanismo de estudo, consubstanciado na licitação eletrônica, que dá os primeiros passos em todo o mundo, com notória proeminência brasileira no que diz respeito à vanguarda de sua implantação.

Todos os capítulos contêm suas respectivas sugestões aos diferentes mecanismos, mas tentamos sistematizá-las conjuntamente no sexto capítulo, que acaba funcionando como um resumo de todo o trabalho, desembocando por fim nas conclusões que fecham o estudo aqui realizado, buscando responder às hipóteses que passamos a elencar.

## Hipóteses

Admitindo que a corrupção seja um fenômeno verificável em todos os países estudados (independentemente do grau de ocorrência, uma vez que nosso estudo não é sociológico), buscaremos ao longo do trabalho testar as seguintes hipóteses, não necessariamente na ordem que apresentamos aqui:

1 – Diferentes modelos legislativos podem contribuir para dificultar a ocorrência de corrupção em licitações ou somente com políticas sociais ela pode ser evitada?

2 – O caminho para tentar diminuir o fenômeno da corrupção passa por uma maior burocratização procedimental? Na mesma linha, a celeridade é incompatível com a moralização institucional?

3 – Existem mecanismos que possam combater simultaneamente a burocracia e a corrupção nas licitações públicas?

4 – Na manipulação de conceitos jurídicos indeterminados, é melhor adotar posturas amplamente concessivas de liberdades discricionárias ou o legislador deve tentar ao máximo preencher de antemão os tais conceitos, sujeitando seu controle à revisão judicial? Se um administrador público tiver mais liberdade, buscará a eficiência ou a corrupção?

5 – Existem mecanismos que possam simultaneamente ampliar a participação popular e diminuir a incidência de corrupção em licitações?

6 – Quais formatos de mecanismos de controle externo e interno dentre os países estudados aparentam ser mais bem-acabados? Existe um sistema ideal?

7 – O uso de modernas tecnologias pode propiciar um melhor controle da corrupção, detectando indícios através de

disparidades verificadas a partir de repetidas comparações com órgãos similares pelo país?

8 – Se fixarmos o foco do controle no resultado e não no procedimento, poderemos chegar a um sistema mais refratário à corrupção?

### **Objetivos**

Devemos fazer constar aqui que a pretensão inicial com este trabalho não era criar um sistema licitatório, como ainda não se propõe a ser. Buscávamos unicamente listar diferentes tipos de mecanismos utilizados nos ordenamentos jurídicos modernos que pudessem servir para o controle da corrupção. Adicionaríamos a eles sugestões nossas e outras idéias próprias no intuito de eventualmente melhorar e adaptar os sistemas ao objetivo proposto neste trabalho.

No entanto, ocorreu que um mecanismo começou encaixar-se no outro, resultando em um sistema mais ou menos integrado, mas razoavelmente lógico, que poderia fazer parte de um ordenamento jurídico no intento de controlar a corrupção. Se lograrmos tal meta, haveremos ido mais longe do que pretendíamos inicialmente. Se não o lograrmos, ao menos resta o consolo da pretensão inicial.



## Cap. 1 – Marco teórico: Metodologia e conceitos utilizados neste trabalho

*Sumário: 1.1. Metodologia de trabalho; 1.2. Delimitação os conceitos utilizados neste trabalho.*

### 1.1. Metodologia de trabalho

As fontes deste trabalho são essencialmente bibliográficas, característica talvez de quase todas as obras no meio jurídico. Grande parte das informações obtidas e analisadas foram acessadas na forma escrita, sobre as quais foi possível desenvolver discussões por vezes exclusivamente teóricas, outras vezes também lingüísticas e hermenêuticas.

Se talvez não seja possível qualificar todas essas fontes como bibliográficas em sentido estrito – especialmente em virtude da ampla utilização da *Internet*, que tornou possível um maior acesso aos textos legais estrangeiros atualizados –, então que as qualifiquemos como textuais, embora talvez tampouco esta seja a melhor denominação.

Entretanto, afirmar que dispensamos especial atenção às fontes escritas ou textuais não significa dizer que não foram utilizados estudos de casos (os *cases* da tradição anglo-saxã), entrevistas, aplicação de questionários ou outros métodos de pesquisa tão típicos das ciências sociais, uns mais adequados à ciência jurídica, outros nem tanto.

Em verdade, muitas das informações que aqui serão manuseadas tiveram sua fonte ou pelo menos foram buscadas em virtude de conversas informais com pessoas ligadas à Administração Pública de diversos países (especialmente Brasil, Espanha, França, Argentina e Estados Unidos) e de diferentes esferas governamentais

(hipótese em que só foi possível contemplar o Brasil). Apenas em alguns casos, entretanto, quando a matéria revestir-se de sigilo quanto à prática de condutas corruptas, eventuais fontes serão protegidas, ocasião em que se fará registro desta circunstância.

Talvez um dos maiores problemas dos quais devemos aqui escusar-nos é a sintética abordagem que pontualmente fomos obrigados a fazer sobre alguns temas de relevância monográfica. Discutir em algumas poucas páginas uma noção de direito comparado ou a dualidade entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, ou em uma dezena de parágrafos um conceito de corrupção ou de interesse público é uma missão que outros estudiosos das letras jurídicas não se aventurariam em menos de cem laudas. No entanto, sob pena de fuga ao nosso tema, não poderíamos conceder mais espaço às discussões do que já fizemos. Por outro lado, deixar de ao menos ventilar as questões poderia criar uma lastimável lacuna no trabalho. De sorte que optamos por sintetizar, com evidentes pecados e omissões, as referidas discussões, sempre oferecendo, nessas ocasiões, ampla bibliografia adicional a fim de que o leitor sequioso de mais detalhes pudesse aprofundar-se.

Faz-se necessário afirmar, para a boa *práxis* científica, que, em virtude das nossas limitações lingüísticas, todos os documentos cuja fonte original não seja em português, espanhol, inglês ou francês foram estudados através de traduções para alguma dessas línguas. Em todo caso, sempre será feita menção à cidade de publicação, ao seu tradutor e ao título do material na língua em que foi consultado, ainda que exista versão disponível na língua original.

O procedimento padrão ao analisar a situação de cada país foi iniciar por recolher toda a legislação que tratasse de contratos administrativos e licitações, proceder à sua leitura e confrontação com as de outros países, por assunto, sempre tomando nota das principais diferenças conceituais ou procedimentais existentes (e aqui nos referimos a diferenças substanciais e não de meras tecnicidades ou formalidades). Verificou-se a terminologia utilizada em cada país – sua

amplitude, possibilidades hermenêuticas e nomenclaturas –, os institutos regulados e a identidade com os textos dos demais países. Depois buscamos a doutrina nacional dos textos, com a intenção de perceber outras interpretações possíveis e implicações que para um observador estrangeiro não estivessem tão evidentes, para somente então selecionar os casos mais interessantes para ilustrar este trabalho, quando aplicável. Esses casos por vezes já vinham comentados na doutrina, mas sempre buscou-se aprofundar suas análises (especialmente fáticas) por intermédio de jornais de notícias, quase sempre através de seus endereços na *web*.

A jurisprudência estrangeira, entretanto, ainda não pôde ser estudada aprofundamente, embora casos-referência tenham sido consultados e alguns inclusive incluídos no trabalho. No entanto, por razões meramente pragmáticas, esta versão do trabalho ainda não incluirá um estudo em profundidade da jurisprudência de alhures.

Assim, uma vez dominando a legislação nacional e doutrina de cada país analisado, passou-se aos regramentos internacionais, especialmente os existentes sob a ordem da União Européia, da Organização Mundial do Comércio e do Tratado de Livre Comércio da América do Norte, também conhecido por sua sigla inglesa, NAFTA.

Por toda essa utilização de várias fontes estrangeiras, acreditamos ser importante aprofundar um pouco mais a maneira como trabalhamos com o Direito Comparado:

### **1.1.1. A utilização do Direito Comparado**

Este trabalho buscará inovar na medida em que aplique o Direito Comparado como método de estudo do fenômeno da corrupção e de sua prevenção por meio do Direito Administrativo, confrontando as disposições legais e infralegais de diversos países, com suas distintas realidades.

Não está em nossas pretensões – inclusive porque fora da delimitação temática há pouco traçada – discutir o caráter científico ou não do Direito Comparado<sup>18</sup>. Utilizá-lo-emos como ferramenta de trabalho, como verdadeiro método, nos moldes que ensinava Jean Rivero<sup>19</sup> desde os tempos em que ministrava seu curso de Direito Administrativo Comparado em Paris. No entanto, para que não haja sombra de incerteza sobre a maneira que utilizaremos o método “comparatista” neste trabalho, passaremos a expor brevemente nossa opinião acerca do tema.

Em outras ocasiões<sup>20</sup> já tivemos a oportunidade de manifestar-nos sobre nossa convicção quanto à caracterização do Direito Comparado como método de estudo da ciência jurídica, e não como ciência autônoma. Apesar de opiniões respeitáveis em sentido contrário<sup>21</sup>, entendemos que, não obstante sua crucial importância, conforme vamos a expor adiante, o Direito Comparado carece de autonomia para sustentar-se sozinho como ciência. Fala-se de direito administrativo comparado, de direito civil comparado ou mesmo de ordenamentos/sistemas jurídicos comparados. Entretanto, a idéia de direito comparado simplesmente (ou comparação de direitos, ou ainda a

---

<sup>18</sup> “O direito comparado não é um ramo do direito, um conjunto de normas unificado por qualquer critério ou elemento. Por isso, os comparatistas põem regra geral em destaque que a expressão ‘direito comparado’ não é em rigor adequada para designar a sua disciplina – mais rigorosa é a designação de comparação de direitos – é o alemão *Rechtsvergleichung* – ou semelhantes” (MENDES, João de Castro. *Direito Comparado*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982). Todavia, em virtude da sua disseminação no vocabulário jurídico, inclusive cientificamente, e porque esta obra não se propõe a ser *sobre* o “direito comparado” mas apenas realizada *através* dele, neste trabalho utilizaremos a referida expressão.

<sup>19</sup> RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Trad.: José Cretella Júnior. São Paulo: RT, 1995, p. 17.

<sup>20</sup> BANDEIRA, Luiz Fernando. *Aspectos de Direito Constitucional Administrativo Comparado – Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados*. (Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção dos créditos da disciplina de Direito Constitucional Comparado, ministrada no programa de Mestrado em Direito da UFPE). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2002.

<sup>21</sup> Dentre as quais especialmente a do prof. Ivo Dantas. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado – Introdução, Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 60.

*Rechtsvergleichung* alemã) remete imediatamente (e tão-somente) ao método, ao caminho para algo, mas, por si mesma, é vazia de conteúdo autônomo.<sup>22</sup>

Mas não pretendemos deter-nos nesta questão, conforme dito anteriormente. Nossa proposta nesta seção do trabalho é apenas expor o porquê e a forma como vamos utilizar o Direito Comparado adiante.

É através do Direito Comparado que se torna possível absorver experiências de outros povos, bem sucedidas ou não, a fim de melhor orientar as inovações no ordenamento jurídico de cada país da forma que melhor atenda ao interesse de suas respectivas populações.

Cretella Júnior, que inaugurou o estudo do Direito Administrativo Comparado no mercado editorial brasileiro, se manifestou, com a finalidade de explicar “o que faz o Direito Comparado”, dizendo que “procurando fixar as constantes dos sistemas, [o Direito Comparado] uniformiza a terminologia, define os institutos, delinea os sistemas, elimina o supérfluo, procura recorrer, no primeiro momento, a fórmulas exatas no campo universal, flexionando-as, depois, ao particularismo específico de um dado sistema jurídico.”<sup>23</sup>

Sem dúvidas, a elaboração de modelos genéricos de ampla aplicabilidade é uma das mais conhecidas formas de fazer-se ciência, seja através de uma taxonomia jurídica adequada, seja através de uma leitura crítica dos efeitos gerados por determinados desvios do “padrão

---

<sup>22</sup> Comungamos, portanto, do pensamento defendido, entre os clássicos, por Jean Rivero (RIVERO, Jean. Op. Cit. nota 19, p. 17) e René David (DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé - Introduction a l'Etude des Droits Etrangers et à la Méthode Comparative*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950, p. 4), e de José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 71-73), entre os brasileiros.

<sup>23</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 119.

legislativo internacional”. Da mesma maneira, o jurista não pode ser refém de seu ordenamento nacional, entendendo como fim da ciência jurídica o último artigo de sua lei mais recente.

Seja pela ótica da evolução científica, seja pelo aspecto pragmático, utilizar-se do Direito Comparado é algo imprescindível para alcançar um nível ideal (ou tão próximo disto quanto possível) de discussão jurídica. Aplicando-o ao Direito Administrativo, garante-se sua plena e constante evolução, através da utilização de instrumentos que são adotados pelas Administrações Públicas de outros países e que podem ser empregados – com as justas adaptações – pela Administração Pública de cada país.<sup>24</sup>

Marcello Caetano nos lembra, sem embargo, que a grande utilidade do estudo do Direito Administrativo Comparado só será demonstrada se ele não se reduzir à mera justaposição de descrição de legislações. Entende o administrativista português que se fazem necessárias quatro condições para comparar as instituições jurídico-administrativas de dois ou mais países, quais sejam: 1) partir do confronto dos respectivos sistemas administrativos; 2) aprofundar o estudo das instituições, buscando descrevê-las tal como são, na realidade, sem manter-se apenas na aparência legislativa formal; 3) investigar razões históricas, políticas, econômicas e sociais que explicam a faceta da instituição em cada país e 4) finalmente, estabelecer a comparação e tirar daí uma lição útil.<sup>25</sup>

É justamente seguindo os passos preconizados pelo jurista lusitano que pretendemos desenvolver o presente estudo, salvo os pecados que, por inabilidade científica, eventualmente possamos – e certamente iremos – cometer.

---

<sup>24</sup> Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 17.

<sup>25</sup> Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. v. 1. 10<sup>a</sup> ed., 6<sup>a</sup> reimp., Coimbra: Almedina, 1997, p. 62.

## **1.2. Delimitação dos conceitos utilizados neste trabalho**

Em virtude da constante possibilidade de encontrar-se em uma palavra mais de um sentido, o que leva a uma imprecisão que deve sempre ser evitada em trabalhos científicos, é necessária toda uma digressão terminológica para que os objetos de estudo estejam correta e suficientemente delimitados, ainda que os conceitos utilizados para a definição do tema de trabalho não estejam exatamente imersos na fumaça dos conceitos jurídicos indeterminados.<sup>26</sup>

### **1.2.1. O que entendemos por "novo"**

A discussão deve ser iniciada pelo critério temporal que utilizamos para delimitar os mecanismos de prevenção à corrupção em estudo. A palavra "Novos" no título deste trabalho não significa que todos os instrumentos que aqui serão discutidos estão sendo propostos agora pela primeira vez. De fato, conforme se fará demonstrar, uma das principais ferramentas de pesquisa foi o Direito Comparado, ou seja, o estudo dos outros ordenamentos jurídicos para a partir deles extrair instrumentos que poderiam ser úteis à prevenção da corrupção, ou seja, muita coisa foi aproveitada de idéias já existentes em outros ordenamentos jurídicos.

No entanto, a palavra não está colocada aí sem sentido. Busca apontar que o estudo se concentrará em mecanismos modernos,

---

<sup>26</sup> Sobre a teoria alemã dos conceitos jurídicos indeterminados, verificar a seção "3.1. Discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e licitação pública", mais adiante, onde faremos um estudo sintético de sua aplicação ao direito administrativo e, especialmente, às licitações públicas.

que preferencialmente utilizem tecnologias avançadas ou novas técnicas de gestão, ou ainda, institutos jurídicos de criação recente, que assim consideramos aqueles desenvolvidos desde a década de 1990.

Neste trabalho, os mecanismos serão estudados justamente segundo seu caráter inovador, ou seja, partindo do mais tradicional em direção ao de desenvolvimento mais recente, mas sem que nesta ordem enxerguemos um sinal de superação.

O termo “mecanismo” não requer maiores explanações. Está utilizado em seu sentido genérico dicionarizado, podendo designar desde instituto e procedimento jurídico até instrumento, dispositivo, ferramenta apta a permitir o alcance do objetivo pretendido, qual seja, a prevenção da corrupção.

### **1.2.2. A opção pela prevenção**

Quando, todavia, optamos por utilizar a expressão “prevenção”, deixamos muito clara a linha jurídica que será adiante adotada. De fato, a prevenção atua dentro do Direito Administrativo através de mecanismos de controle, critérios de seleção de pessoal, procedimentos que não permitam desvios de poder, etc. De outra maneira, a repressão atua majoritariamente por intermédio do Direito Penal. Claro, também ocorre a repressão administrativa, especialmente utilizando-se dos processos disciplinares, assim como também é possível buscar a reparação civil por fatos ilícitos. Sem embargo, preferimos focar-nos na matéria preventiva, e isto por vários motivos.

O primeiro deles é que a corrupção tem um sério problema para a obtenção da prova do ilícito e, ademais, de sua autoria. Uma demonstração da verdade dessa afirmativa está na opção freqüentemente adotada pelos promotores e auditores nos mais



distintos países, que preferem tentar responsabilizar os funcionários por enriquecimento ilícito (ou sem causa) ou evasão de tributos, em vez de adotar a via do delito de corrupção<sup>27</sup>. Como tudo que se costuma conseguir é uma verificação empírica do patrimônio ou da variação patrimonial do funcionário, sem qualquer prova de corrupção, ainda que se possa presumir as fontes destes incrementos patrimoniais, a ausência de provas limita a *persecutio criminis*.

Outro motivo é que, ainda quando se conseguem as provas e o processo penal se desenvolve regularmente, sem sofrer pressões externas que logrem interrompê-lo ou atrasá-lo até que ocorra a prescrição, dificilmente se conseguirá também recuperar o dinheiro público. Como resultado, é possível verificar diversos corruptos que cumprem suas penas de alguns tantos anos e depois, quando libertados, vão fazer uso do dinheiro que lograram desviar para algum paraíso fiscal.

Assim, fica claro que há que se concentrar os esforços em evitar a corrupção, em fechar as largas portas pelas quais se pode passar, sob a escusa da utilização de poderes administrativos visando a contemplar o “interesse público”.

Além disso, parece-nos que a evolução do Direito Penal, ao menos com respeito à persecução dos delitos corruptivos, terá que realizar-se por intermédio do Direito Internacional Público<sup>28</sup>, uma barreira até hoje muito mais política que jurídica, a julgar inclusive pelos problemas que se podem verificar nas tentativas de

---

<sup>27</sup> RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas. “El *persecutio criminis* de la corrupción” In FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo e RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas. *Aspectos Jurídicos y Económicos de la Corrupción*. Madrid: Ratio Legis, 2002, p. 68. Tratando especificamente do direito brasileiro, porém jogando a culpa mais na tipificação do delito que na apuração criminal: HABIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos anos de corrupção – enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1994, pp. 145-150.

<sup>28</sup> Compartilha da mesma opinião o Conselheiro-Geral do Ministério da Justiça da Bélgica, D. Flore (FLORE, D. *L’incrimination de la corruption – les nouveaux instruments internationaux et la nouvelle loi belge du 10 février 1999*. Bruxelas: La Charte, 1999, pp. 10-11.)

regulamentação dos delitos no âmbito da União Européia<sup>29</sup>. Assim, nossa proposta é trabalhar na prevenção da corrupção em licitações, utilizando o Direito Penal apenas subsidiariamente, na medida em que seja necessário para desenvolver algum raciocínio.<sup>30</sup>

### 1.2.3. A limitação às licitações públicas

Saltaremos por hora a nossa definição de corrupção, do que nos ocuparemos na próxima seção, para esclarecer nossa opção pelas licitações públicas como âmbito de trabalho.

Quanto às palavras “licitações” e “públicas”, que funcionam como uma locução de uso corrente, não teremos maiores problemas, uma vez que o conceito legal é o mesmo da língua popular, ou seja, os procedimentos governamentais de seleção de contratados, seja para a aquisição de produtos (ou, genericamente, para a transmissão de posse ou propriedade sobre bens), seja para a execução de serviços, em todas as suas subespécies. Em verdade, o adjetivo “públicas” é quase pleonástico, ainda que importante, uma vez que em algumas regiões ou mesmo em determinados idiomas<sup>31</sup> se pode chamar de “licitação” (ou sua palavra equivalente no outro léxico) os procedimentos, quase

---

<sup>29</sup> Na União Européia, a matéria penal aparenta ser aquela de que os países são mais ciosos, preferindo legislar domesticamente sobre os delitos. Sobre as tentativas de criação de tipos penais para a União Européia, consultar: UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo. *Proyecto de informe sobre el establecimiento de una protección penal de los intereses financieros de la Unión en el marco de las revisiones del TUE*. Disponível em: [http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/cont/19991122/381448\\_es.doc](http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/cont/19991122/381448_es.doc) [Acessado em 15/01/2004]

<sup>30</sup> Não somos partidários da divisão absoluta dos ramos da ciência jurídica. Ao revés, acreditamos que a visão correta do direito é a que conjuga todos os setores do raciocínio jurídico para buscar novas soluções. Tampouco acreditamos que seja possível uma abordagem que se pretenda completa utilizando apenas os conceitos de um ramo do conhecimento jurídico e desconhecendo os demais. Todavia, obviamente é possível uma perspectiva mais centrada em uma determinada área jurídica, sem desconsiderar as outras. É isto o que propomos aqui.

<sup>31</sup> Como ocorre com o termo *procurement* em inglês, por exemplo.

sempre muito menos formais, de seleção de contratados para empresas privadas, quando essas estão buscando um menor preço, por exemplo.

Fizemos essa delimitação do âmbito de nossa pesquisa às licitações públicas por razões meramente pragmáticas. Como este trabalho se propõe como uma dissertação de mestrado, por intermédio do qual se pretende iniciar um mergulho ainda mais profundo na matéria a fim de conduzir a uma futura tese doutoral, e que, como tal, tem um prazo para execução e uma expectativa de complexidade diminuídos, seria impossível realizar a pretensão de abordar os mecanismos de prevenção à corrupção nos contratos administrativos, ou seja, abarcando mecanismos que poderiam ser úteis durante toda a execução e finalização dos contratos. Desde já adiantamos que este será nosso propósito derradeiro, a ser investigado para a tese doutoral, cujo corpo o presente trabalho eventualmente poderá vir a compor em parte.

O instituto com o qual estaremos lidando neste trabalho apresenta uma relativa uniformidade nos principais ordenamentos jurídicos contemporâneos. A licitação constitui uma das maneiras, ou a maneira por excelência, de seleção de contratados pelo Poder Público. Caracteriza-se por uma cadeia de atos administrativos revestidos de maior ou menor grau de formalidade, a depender do ordenamento jurídico, mas sempre obtendo sua validade do seguimento rigoroso das normas legalmente estabelecidas para seu procedimento.

Dizemos que a licitação pública é um dos procedimentos de seleção do contratado, uma espécie do gênero, pois se situa junto a outros mecanismos de pré-contratuais, brasileiros ou estrangeiros, como a contratação direta, a licitação privada, o concurso público, o concurso de preços, o arremate público, etc.<sup>32</sup> É o procedimento administrativo de preparação da vontade contratual, por meio do qual

---

<sup>32</sup> DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 2ª ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 77. No Brasil, o equivalente nacional destas três últimas modalidades de seleção de contratados estão incluídas no conceito de licitação, como modalidades do gênero.

um ente público no exercício da função administrativa convida aos interessados para que, sujeitando-se às bases fixadas no edital convocatório, formulem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente, segundo critérios previstos na legislação vigente.<sup>33</sup>

O sistema anglo-saxão é o que vai apresentar as maiores diferenças conceituais e especialmente procedimentais em relação à licitação conhecida nos países de tradição romano-germânica. Lá, o *public procurement* se mostra mais flexível e mais conduzido por uma ética subjetiva que se espera existir nos funcionários públicos, conforme será visto mais adiante.

#### 1.2.3.1. Princípios gerais da licitação

Apesar das diferenças eventualmente existentes entre os regulamentos licitatórios nos diversos países, alguns princípios serão quase sempre uniformes, sob a condição de tornar-se sem sentido a própria realização do procedimento licitatório. Estes princípios não só devem pautar as soluções administrativas que se proponham a melhorar os sistemas licitatórios, como também devem servir para interpretar as normas já vigentes e seus problemas. Poderíamos arrolá-los, sinteticamente, como: legalidade, vinculação ao edital, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, controle judicial, devido processo legal, eficiência, eficácia, publicidade e concorrência.

Quase todos são muito mais que princípios orientadores das licitações. Na verdade, seu alcance costuma abarcar toda a Administração Pública. Sem deixar de ter em conta a disseminação quase uniforme desses princípios, e sem desejar trazer um conceito definitivo sobre eles, pelos motivos já expostos anteriormente, ofereceremos uma simples conceituação de como compreendemos cada um destes axiomas e em que sentido serão utilizados neste trabalho.

---

<sup>33</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación pública*. Montevideo: Acali, 1978, p. 9.

O princípio da legalidade talvez seja o mais conhecido. Vincula a atuação administrativa ao que está prescrito na lei, funcionando como garantia da segurança jurídica. O jurista argentino Fiorini<sup>34</sup> o divide em quatro preceitos: 1) Todo ato ou norma da Administração Pública deve sustentar-se em outra norma, seja constituição, lei, regulamento, disposição geral ou ato particular; 2) Nenhuma norma, geral ou particular, pode deixar sem efeito o que estabelece outra superior sobre o mesmo objeto; 3) Nenhum órgão estatal pode ditar um ato particular que deixe sem efeito o que há disposto uma norma geral para sua aplicação e 4) ao concretizar-se a norma geral ou particular, o administrador deve ter em conta a realidade e os fatos que condicionam e causam a criação de todo ato normativo. Sem embargo, como nos rememora García de Enterría, não é qualquer conteúdo da lei (*dura lex, sed lex*) que será aceito pelo princípio da legalidade; ele será vinculado às normas legais que se fundamentam dentro da Constituição, especialmente em sua ordem de valores e nas garantias aos direitos fundamentais.<sup>35</sup>

Entendemos que o princípio da vinculação ao edital é um desdobramento do princípio da legalidade, pois tudo que poderá conter o edital convocatório há de ser consequência direta de previsão legal, salvo quando concretizar algum detalhe discricionário que, ainda assim, não poderá extrapolar as margens da razoabilidade. De toda forma, é de conhecimento rasteiro a idéia segundo a qual o edital (assim como um contrato) faz lei entre as partes e regerá todo o deslinde do processo licitatório.

A razoabilidade indica à Administração os objetivos que devem ser buscados para a satisfação dos desígnios públicos. Derivado

---

<sup>34</sup> FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 60-63.

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Princípio da legalidade na constituição espanhola”. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 21, n. 86, abr-jun/1988, p. 6

da interpretação substantiva do princípio do devido processo legal, busca na atividade estatal uma legitimação<sup>36</sup> que a torne razoável, apropriada, ou mesmo, justa. Não se deve confundir o princípio da razoabilidade com o da proporcionalidade, que impõe um equilíbrio entre os fatos e os atos, as necessidades e as atitudes. Embora tal prática seja diuturna na experiência jurídica brasileira, na verdade constata-se, por suas origens, que a razoabilidade é um primeiro passo para a proporcionalidade<sup>37</sup>. “O fim almejado é razoável?” Se respondemos “sim” a esta pergunta, iremos verificar se foram escolhidos os meios adequados, ou seja, os proporcionais aos fatos e aos objetivos. Talvez essa ponderação seja uma das mais importantes ao julgar a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados capitaneada pelo administrador público em matéria de licitação.

A impessoalidade é o atributo que deve revestir todos os atos da Administração Pública com o objetivo de separar a pessoa física do administrador das funções que ele exerce; exige do administrador público neutralidade e distanciamento de seus interesses privados na condução da coisa pública<sup>38</sup>. Sua aplicação em relação ao administrado terá como conseqüência o princípio da isonomia ou igualdade, que determina a impossibilidade de trato diferenciado a cidadãos com a mesma condição jurídica. Nas licitações, o princípio da impessoalidade será essencial para evitar concessões de vantagens injustas (ainda que por vezes revestidas de legalidade) a um licitante da preferência do administrador público.

Os princípios do controle judicial e do devido processo legal estarão intimamente ligados, como formas à disposição do cidadão para opor-se às arbitrariedades administrativas. Enquanto o primeiro

---

<sup>36</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 122-127.

<sup>37</sup> Idem, *Ibidem*, pp. 129-130.

<sup>38</sup> VAZ, Sérgio. *Nova lei das licitações, princípios, fraudes e corrupção na administração*. São Paulo: Data Juris, 1993, p. 32.

constituirá a garantia de que os atos administrativos poderão ser levados ao conhecimento do Judiciário<sup>39</sup>, o segundo conterà um conjunto de mandamentos não só aplicáveis ao processo judicial, mas também ao eventual processo administrativo no qual um cidadão possa estar envolvido. O devido processo inclui o direito de ter acesso a expedientes, de ser ouvido, de fazer-se representar por um advogado, de conhecer de antemão o procedimento, seus prazos e recursos, etc.

A eficiência e a eficácia consistem em novos princípios que foram recentemente acrescentados ao ordenamento de muitos países, inclusive por meio de convenções internacionais, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção<sup>40</sup>. Mesmo nos países que não os colocaram em normas positivas, é possível manejá-los como derivados diretos do princípio geral do interesse público. A eficácia consiste no direcionamento dos atos públicos de maneira que os objetivos fixados sejam efetivamente atingidos. Por sua vez, a eficiência consiste em atingir os mesmos objetivos com o custo mínimo. Estes princípios são os que devem orientar um processo de modernização da máquina pública, internacionalmente reconhecida como ineficiente pela sua morosidade. Como veremos, a alegada baixa eficiência dos procedimentos de licitação costuma ser a causa apontada para justificar procedimentos de compra direta por urgência.

Por fim, a publicidade, ao passo que busca levar ao conhecimento público os atos administrativos, por meio da divulgação de todos eles no Diário Oficial ou seu equivalente, sob pena de nulidade, será um importante instrumento para possibilitar a concorrência, que consiste na abertura de possibilidades a que todos os interessados e capacitados para contratar com o Poder Público se

---

<sup>39</sup> Sua amplitude, porém, nem sempre há sido tão extensa quanto na atualidade, especialmente no direito anglo-saxão. Conferir GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. VI-42.

<sup>40</sup> Inciso 5º do art. III da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

informem e participem nas oportunidades. Como se vê, mais uma vez há uma correlação de princípios, pois apenas respeitando-se o princípio da concorrência pode-se considerar o princípio da eficácia atendido.

Ainda que aqui não tenhamos tratado de princípios elementares como o do interesse público<sup>41</sup>, da boa-fé nos atos administrativos e o da moralidade, evidentemente que, como aplicáveis a toda a Administração Pública, igualmente serão à matéria das licitações.

A importância de trazer aqui a discussão sobre os princípios é que adiante eles serão utilizados para guiar a aplicação e integrar uma série de normas jurídicas. Não desconhecemos as opiniões dos que se recusam a reconhecer o atributo de norma jurídica nos princípios<sup>42</sup>, ou dos que apenas admitem que os princípios residem em uma esfera do direito natural, nunca no direito positivo<sup>43</sup>, ou, ainda, dos que somente admitem que os princípios possam ser normas quando expressamente citados nas leis<sup>44</sup>. Embora reconheçamos as abalizadas opiniões, a verdade é que não nos parece haver como negar a decisiva influência dos princípios na interpretação jurídica moderna, especialmente depois das teorias de Dworkin<sup>45</sup> e Alexy<sup>46</sup>, sem esquecer-

---

<sup>41</sup> O interesse público, por se tratar de matéria mais complexa, preferimos tratar como conceito jurídico indeterminado que, na verdade, instrui o princípio. Voltaremos a tratar desse assunto na seção “3.1.2. O conceito jurídico de interesse público”.

<sup>42</sup> SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 201.

<sup>43</sup> Assim pensam Del Vecchio, Geny e Espínola, entre outros. Cf. DEL VECHIO, Giorgio. *Los Principios generales del derecho*. Trad. Juan Osório Morales. 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1971. Entre os brasileiros, chancela essa opinião SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. “Princípios gerais de direito”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 38, nº 152, out-dez/2001, p. 105

<sup>44</sup> ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961, p. 169.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 7ª reimp., London: Duckworth, 1994, pp. 71-80

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86-115.



se das contribuições de Habermas<sup>47</sup> e Bobbio<sup>48</sup>, que justificaram a sua inclusão dentro de um conceito mais elástico e adequado de norma jurídica, ainda quando não estejam expressamente enumerados no texto da lei.

#### 1.2.3.2. Núcleo procedimental da licitação

É possível definir, de maneira bastante genérica, duas partes ou etapas presentes em qualquer procedimento licitatório, segundo a doutrina brasileira<sup>49</sup>: uma etapa interna, na qual o órgão administrativo identifica suas necessidades e instrumentaliza-se para supri-las no mercado e uma segunda, na qual se faz uma oferta pública e seleciona-se quem, dentre os candidatos, contratará com o governo.<sup>50</sup>

A maneira como a seleção será efetuada estará fixada no edital convocatório, que deve atender a diferentes exigências, conforme a lei do local onde se realizará a licitação. O Brasil, um dos campeões mundiais em formalismos licitatórios, regula detalhadamente cada elemento que deve conter o edital.<sup>51</sup>

Existem vários tipos de licitação<sup>52</sup> e cada um deles pode ser obrigatório a depender do valor envolvido no contrato<sup>53</sup>, do objeto a ser

---

<sup>47</sup> HABERMAS *apud* GALUPPO, Marcelo Campos. “Os princípios jurídicos no Estado democrático do direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 36, nº 143, jul-set/1999, p. 198.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999. pg. 158 e ss.

<sup>49</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 52 e ss. No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 261 e ss.

<sup>50</sup> A doutrina estrangeira identifica as duas primeiras fases, preparatória e essencial, além de uma terceira, integrativa, que conteria a própria adjudicação, homologação e instrumentalização escrita do contrato. (DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, pp. 96-98). Para Dallari (ob. cit. nota 49, p. 55), após a adjudicação se entra na fase contratual e tudo que daí deriva é simplesmente o cumprimento do pactuado. A discussão, no entanto, nos parece inócua.

<sup>51</sup> Art. 40 da lei 8.666/93.

<sup>52</sup> No Brasil, temos basicamente a carta-convite, a tomada de preços e a concorrência pública (art. 22 da lei 8.666/93), além das mais recentes modalidades do registro de  
(cont.)

licitado<sup>54</sup> ou do órgão que contrata<sup>55</sup>, de maneira que, quão mais relevantes forem os valores dos bens ou serviços a serem adquiridos, ou quão mais delicado for o objeto a ser licitado para fins de garantir a segurança nacional, *v.g.*, maiores serão as formalidades e o zelo com o trâmite. As legislações, no entanto, costumam facultar ao órgão utilizar um procedimento mais complexo, ainda quando lhe seria permitido utilizar um outro, mais simples, idealizado para aquisições de menor porte, por exemplo.<sup>56</sup>

### 1.2.3.3. Licitação e o Estado impessoal

Para concluir esta breve síntese da idéia de licitação pública que será manejada neste trabalho, uma reflexão sobre a contribuição da licitação para a impessoalidade do Estado é necessária.

É mais que conhecida a diferenciação entre Estado e governo. Enquanto o Estado é a instituição ou conjunto de instituições públicas que, dotada de personalidade jurídica e soberania sobre um território, dá sustentação a um regime legal<sup>57</sup>, o governo é simplesmente

---

(cont.)

preço e do pregão. No regulamento europeu, igualmente existem os concursos públicos, concursos limitados, procedimentos por negociação e por diálogo concorrencial (art. 28º da Diretiva 2004/18/CE), além dos acordos-quadro, sistemas de aquisição dinâmicos e leilões eletrônicos (arts. 32º, 33º e 54º da mesma Diretiva)

<sup>53</sup> O art. 23 da lei 8.666/93 traz a segmentação de modalidades licitatórias por valor estimado do contrato no direito brasileiro. A norma européia equivalente é o art 7º da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>54</sup> Contratos para aquisição de material de defesa, por exemplo, costuma ter um tratamento diferenciado. Igualmente, no caso brasileiro podemos citar como exemplos os incisos XII, XIII, XV, XVI e XVI do art. 24 da lei 8.666/93, que enumeram uma série de objetos para os quais é dispensável a licitação. Já a seleção de trabalho intelectual, técnico ou de arte, deverá ser feita preferencialmente por concurso (art. 22, §4º da lei 8.666/93)

<sup>55</sup> A normativa européia distingue entre diferentes tipos de pessoas jurídicas, fixando tetos diferentes para cada uma delas. Igualmente, o art. 22 da lei 8.666/93 irá distinguir entre contratos em geral e aqueles celebrados com empresas públicas, por exemplo.

<sup>56</sup> Na legislação brasileira esta norma está contida no art. 23, §4º da lei 8.666/93.

<sup>57</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 98-101.

a pessoa ou conjunto de pessoas que terá provisoriamente o dever de comandar a aplicação do regime legal do Estado.

Sem embargo, o governo é composto por pessoas que, para alcançarem os altos postos hierárquicos que ocupam, tiveram que se comprometer com uma ampla gama de interesses. É comum ocorrer então que a “fatura” dos compromissos seja cobrada quando o governo dos apoiados se instale.<sup>58</sup>

Os contratos públicos são a maneira mais fácil de locupletar-se do dinheiro do Tesouro sem chamar a atenção, de maneira que é o setor em que este tipo de atividade ilícita costuma concentrar-se, de maneira a privilegiar os grupos que dão suporte ao governo ou que o ajudaram em sua eleição.

É justamente neste sentido que deve ser compreendida a licitação como mecanismo de prevenção à corrupção, em virtude de estabelecer um procedimento que, uma vez obedecido, deverá levar a uma escolha impessoal quanto à pessoa que contratará com o Estado.

Assim, a licitação não apenas constitui uma formalidade, mas uma verdadeira garantia do Estado de Direito. Daí advém sua obrigatoriedade constitucional<sup>59</sup>, embora tão mitigada pela prática administrativa.

#### **1.2.4. A corrupção e suas espécies nas licitações públicas**

---

<sup>58</sup> Não faltam casos na história de todos os países. No Brasil, entretanto, o caso PC Farias, que levou à queda do presidente Fernando Collor de Mello, ficou muito bem documentado e as conclusões da CPI instalada naquela ocasião podem ser consultadas em: BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal*. Brasília: Senado Federal, 1992.

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de. “Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: IBDC, ano 6, n. 24, jul.-set/1998, pp. 85 e ss.

Chegamos então ao vocábulo “corrupção” de nosso tema, seguramente o mais difícil para atribuir-se um conceito definitivo. Isto porque o marco teórico da corrupção pode ser fixado de maneiras muito distintas, desde uma visão exclusivamente publicista<sup>60</sup> até outra que permita chamar de “corrupção” determinados comportamentos ocorridos dentro de empresas privadas<sup>61</sup>. Mesmo dentro de uma concepção legalista, é possível encontrar juristas que definem corrupção como um delito equivalente a um tipo penal<sup>62</sup> e outros que a verão como qualquer infração à norma jurídica, ainda que seja diante de conceitos jurídicos indeterminados, como a ausência de um “serviço público eficiente e de qualidade”<sup>63</sup>.

Ainda que fôssemos positivistas e adotássemos o conceito do tipo penal, como estamos diante de uma perspectiva comparativa de direitos, teríamos um novo problema: os países não definem a corrupção em seus ordenamentos penais de maneira uniforme.

Enquanto alguns não têm um tipo penal chamado “corrupção”, como ocorre na Espanha, outros terão mais de um tipo de corrupção, como a “corrupção ativa” e a “corrupção passiva” do direito brasileiro<sup>64</sup>, que são, em verdade, duas facetas de um mesmo fato. Note-se porém, que ambos delitos possuem apenas uma pequena diferença para um outro tipo brasileiro, a “concussão”<sup>65</sup>, qual seja, a distinção se

---

<sup>60</sup> CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 54.

<sup>61</sup> SABÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 16-17.

<sup>62</sup> HEIDENHEIMER, A. (ed.) *A political corruption – Readings in comparative analysis*. New York: Rinehart and Winston Inc., 1970, p. 25. No mesmo sentido é a posição de SILVA, Marcos Fernandes G. da. “A economia política da corrupção”, In *Estudos Econômicos da Construção 2*. São Paulo: Transparência Internacional, 1996, pp. 71-96.

<sup>63</sup> EUBEN, Peter. “Corruption” in BALL, T.; FARR, I. e HANSON, R. (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 223.

<sup>64</sup> Art. 317 (corrupção passiva) e Art. 333 (corrupção ativa) do Código Penal Brasileiro (Decreto-lei 2.848/40).

<sup>65</sup> Art. 316 do Código Penal Brasileiro.

há uma mera “solicitação” ou uma “exigência” pelo benefício indevido em troca da prática do ato administrativo ilegal<sup>66</sup>.

Em outros países, haverá uma diferença na configuração do delito e inclusive na maneira como a população encara a conduta, a depender se o fato praticado pela autoridade administrativa era legal ou ilegal, ou seja, se a ilegalidade estava na prática do ato em si própria (deixar um prisioneiro fugir, atestar a validade de um documento sabidamente falso, etc.) ou em suas características motivadoras ou caracterizadoras (adiantar o despacho de uma carga na alfândega, p.ex.).<sup>67</sup>

Assim, tampouco o conceito do tipo penal nos seria suficiente se não fixássemos o marco teórico em um determinado país, o que poderia levar-nos a incongruências entre ordenamentos jurídicos distintos.

Que fazer, então?

Optamos simplesmente por trabalhar com um conceito relativamente amplo de corrupção<sup>68</sup>, mas exclusivamente aplicável ao setor público, de forma que trataremos por corrupção a prática de qualquer ato, legal ou ilegal, por agente público, no exercício de suas competências administrativas, que seja motivada pela obtenção de qualquer vantagem não prevista no ordenamento administrativo, seja

---

<sup>66</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 1939.

<sup>67</sup> Em muito se assemelha à clássica distinção, popularizada por Arnold Heidenheimer, entre a corrupção negra, cinza e branca. HEIDENHEIMER, Arnold. “Perspectivas on the Perception of Corruption” in HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Michael y LEVINE, Victor (orgs.). *Political Corruption – A Handbook*. 3ª ed., Londres: Transaction Publ., 1993, pp. 161 e ss.

<sup>68</sup> Não desejamos com esse conceito ignorar os avanços da Lei de Improbidade Administrativa, que acabou por alargar a hipótese normativa para sancionar a má versação dos recursos públicos. Nosso intuito é oferecer um conceito que seja suficientemente internacionalizado, especialmente em conformidade com a Convenção Interamericana contra a Corrupção e o Convênio da Comunidade Européia de Luta Contra os Atos de Corrupção.

oferecida por terceiro, seja solicitada ou exigida pelo agente público, para si ou para outra pessoa.

O conceito utilizado de agente público é o da autoridade pública ou a pessoa imbuída de poderes de direito público, seja por representação ou delegação.

Acreditamos que desta maneira o conceito está adequado para o estudo que adiante vamos a desenvolver. Cabe-nos agora identificar as espécies de corrupção que podem ser verificadas nos procedimentos licitatórios.

Como já havíamos dito antes, a licitação é muito mais que um mero procedimento administrativo. É o verdadeiro mecanismo legal de seleção do contratado do Estado, ou seja, é o sistema que define quem irá receber os dinheiros públicos. Para fins de corrupção, portanto, a manipulação da licitação significa desviar, em uma condição de aparente legalidade, os gastos públicos para atender a fins privados diferentes do interesse público.

É um dos pontos mais delicados para o controle da corrupção na Administração Pública. Seguramente é possível detectar fatos corruptos em várias áreas do Estado, desde a expedição de certidões materialmente falsas até os subornos aos fiscais tributários ou policiais de trânsito para que não cumpram suas funções e não denunciem as irregularidades encontradas. Mas essas maneiras dizem respeito ao enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, por meio da corrupção, com recursos *privados*.

No entanto, a maneira mais usual de locupletar-se do dinheiro *público* sem chamar a atenção para eventuais ilegalidades, sem dúvida, será através da manipulação do processo licitatório.

É possível identificar dois grandes grupos de maneiras pelas quais se pode atuar nas licitações corruptamente. George Sarmiento as designa como microcorrupção e macrocorrupção. A primeira se manifestaria através de atos de improbidade de pouca

complexidade, facilmente detectáveis pelas auditorias, perícias contábeis e inquéritos administrativos. Caracteriza-se pelo uso indevido dos veículos oficiais, utilização de linhas telefônicas das repartições para fins particulares, peculato, recebimento de pequenas propinas e presentes, etc., estando quase sempre previstas em “tipos” legais, passíveis de sanções cíveis penais e administrativas. Já o que designa por macrocorrupção descreve como o grande sistema que envolve de governos a empresas transnacionais e organizações mafiosas, tendo um viés de criminalidade financeira e atingindo dimensões “astronômicas”.<sup>69</sup>

Nós propomos uma classificação ligeiramente diferente: entendemos existir uma corrupção praticada pelas mãos dos governantes, ocupantes dos cargos públicos hierarquicamente mais elevados (a corrupção dos agentes políticos ou “*grand corruption*”) e outra pelas mãos dos funcionários públicos, que operam a burocracia estatal mais diretamente (a corrupção dos funcionários ou “*petty corruption*”).<sup>70</sup>

Essa distinção que propomos tem sentido uma vez que nos lembramos de que a conduta corrupta presume uma ação e um risco e, logo, quanto mais alta seja a posição social do corrupto, o quanto mais exposto esteja, maior será o “custo” da sua corrupção<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> SARMENTO, George. Op. cit. nota 6, p. 35.

<sup>70</sup> STAPENHURST, Frederick y LANGSETH, Petter. “The role of the public administration in fighting corruption”. *International Journal of Public Sector Management*. v. 10, n. 5, Emerald MCB University Press, 1997, p. 313.

<sup>71</sup> Para uma discussão mais detalhada sobre os “custos” da corrupção, sugerimos consultar: SILVA, Marcos Fernandes da. A economia política da corrupção no Brasil. São Paulo: Senac, 2001 (Série Ponto Futuro, v. 8); ROSE-ACKERMAN, Susan, Op. Cit. nota 17; SIMONETTI, Eduarda Gianella e RAMIRO, Denise. “O custo econômico da corrupção”. Veja, São Paulo: Abril, 14 de março de 2001; JAGANNATHAN, N. V. *Informal Markets in Developing Countries*. Oxford: Oxford University Press, 1987; THEOBALD, R. *Corruption, Development and Underdevelopment*. London: MacMillan, 1990; NORTH, D. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991; LEFF, N. “Economic Development Through Bureaucratic Corruption”. *American Behavioral Scientist*, London: Sage Pub.,

Igualmente, os motivos que poderão levar à prática do ato corrupto serão diferentes em cada um desses casos, assim como também cambiará o método de atuação, em virtude do que entendemos mais conveniente dividir esta breve análise adiante.

#### 1.2.4.1. A corrupção dos políticos

Os governantes ou agentes políticos de alta hierarquia na Administração Pública têm uma maneira muito específica de conduzir a corrupção em licitações, não apenas em virtude do cargo que ocupam, mas especialmente em função dos poderes que detêm, dos motivos e interesses que os movem e da maneira pela qual se manifestam nos procedimentos, muitas vezes como detentores da vontade e do interesse público.<sup>72</sup>

Os políticos, com muita frequência, têm compromissos assumidos desde o momento das campanhas eleitorais, que serão cobrados posteriormente. Aqueles que financiaram a propaganda política, que de alguma maneira participaram do processo de ajuda ao ainda candidato, quando não o fazem por pura ideologia, não raro vão a exigir algum tipo de benefício a ser obtido com os recursos públicos.

Isto explica em parte a tendência corruptiva verificada junto a determinadas classes políticas. Suas condutas não surgem para suprir uma necessidade de subsistência própria ou familiar, não têm conexão com o baixo nível de remuneração<sup>73</sup>, uma vez que os políticos

---

(cont.)

novembro de 1964. Podemos encontrar um interessante ponto de vista quanto aos efeitos economicamente benéficos da corrupção no clássico artigo do professor de Harvard J. S. Nye, já citado na nota 12. Finalmente, remetemos à seção “1.2.5. Breve contribuição a um modelo trigonométrico da corrupção”.

<sup>72</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001, p. 40.

<sup>73</sup> Cf. ECONOMIST, The. “Reasons to be venal”. London: *The Economist* (Economics Focus), 16 de agosto de 1997.



costumam ser remunerados em níveis muito mais altos que a média da sociedade. Neste ponto, no que se refere à motivação material, desde logo se pode ver um diferencial em relação à corrupção dos funcionários públicos (“*petty corruption*”).

O desvio desses recursos quase sempre se produz através de procedimentos de dispensa de licitação, freqüentemente sob a alegação de urgência<sup>74</sup> no procedimento ou da necessidade de adjudicar-se o contrato a alguém de “notória especialização”, declarando inexigível a licitação. Esse é um dos maiores buracos na normativa licitatória, que simplesmente deixa de ser aplicada em virtude de uma alegada necessidade pública a ser atendida imediatamente, ou por alguém especial. Ou seja, o interesse público supostamente seria o de sacrificar alguns princípios da licitação pública para ganhar na velocidade da contratação ou na *expertise* do contratado, porque em tese o valor a ser atendido seria mais importante que, *in casu*, a ampla publicidade do processo de contratação, por exemplo.<sup>75</sup>

Apenas para expor um pouco a gravidade da situação das dispensas de licitação, no ano de 2002, na esfera do governo federal brasileiro, elas representaram 40% de todos os procedimentos de licitação realizados<sup>76</sup>. Claro, com isto não queremos dizer que 40% das

---

<sup>74</sup> Remetemos ao item “3.1.1. O conceito jurídico de urgência” para uma discussão mais completa sobre tema.

<sup>75</sup> Sobre conflito de valores em matéria de licitações (ainda que aí tratado como “objetivos” e não “valores”, remetemos ao trabalho da prof. da universidade inglesa de Nottingham, Susan Arrowsmith, especialmente a seção II do segundo capítulo que consta no livro ARROWSMITH, Susan; LINARELLI, John e WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement*. London: Kluwer Law, 2000 (pp. 28-72). De uma maneira mais geral, vale a pena referir-se aos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas referências bibliográficas, já citadas, voltamos a facilitar: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1996 e também *Taking Rights Seriously*. 7<sup>a</sup> reimp., London: Duckworth, 1994 e ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Galzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>76</sup> Informe do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão Brasileiro. BRASIL - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Despesas de Custeio e Licitações – (cont.)*

contratações federais brasileiras ou de qualquer outro país sejam corruptas ou fraudulentas, nem mesmo, que sempre que se utilize de um procedimento de dispensa de licitação isto terá sido motivado por razões políticas. Mas sem dúvida se pode dizer que níveis tão altos de utilização de um procedimento que existe para situações excepcionais demonstram, pelo menos, uma má gestão administrativa, ainda que não corrupta.

Este tipo de corrupção é o mais difícil de ser combatido, especialmente porque são os governantes que exercem o manejo da máquina estatal, ditando o “interesse público”, que nem sempre admite discussão judicial. Até mesmo o controle por instrumentos parlamentares se dificulta pela pressão dos bastidores governamentais no Legislativo.

O combate a essa modalidade de corrupção passará também pela forma como está estruturado o sistema eleitoral e especialmente a maneira pela qual se regulam as contribuições para campanhas políticas. Há diversos cientistas políticos que defendem que o financiamento público exclusivo das campanhas, vinculadas as quantidades de dinheiro à representação que os partidos obtiveram no Legislativo por ocasião das eleições anteriores, seria em parte a solução para este problema, ademais de ser mais democrático <sup>77</sup>. É, no entanto, uma solução ainda bastante polêmica e de benefícios ainda duvidosos.

---

(cont.)

*Edição especial 1995/2002.* Disponível em [http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/boletins/8a\\_total.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/boletins/8a_total.pdf) [Acessado em 07/01/2003]

<sup>77</sup> Entendemos que o financiamento público de campanha pode ser um mecanismo eficiente para dotar de transparência o financiamento das milionárias campanhas eleitorais, desde que se instrumentalize os órgãos de fiscalização de instrumentos eficientes e suficientemente rápidos para apurar na velocidade necessária eventuais excessos. No entanto, como tal análise se encontra fora do escopo deste trabalho, recomendamos a leitura dos seguintes trabalhos sobre o tema: PORTUGAL, Adriana Cuoco. “Financiamento público e privado de campanhas eleitorais : efeitos sobre bem-estar social e representação partidária no Legislativo”. *Economia Aplicada*, v. 7, n. 3, jul.-set. de 2003, pp. 549-584; ARAÚJO, Sergei. *O regime jurídico do financiamento das campanhas eleitorais: o controle de gastos, o financiamento público e o financiamento privado nas eleições brasileiras*. (Dissertação de Mestrado) Recife:

(cont.)

Mas, claro, não é somente para “retribuir” a seus colaboradores que o governante poderá desviar corruptamente uma licitação. Também para seu próprio benefício ou de terceiros, os mesmos instrumentos poderão ser utilizados e, nestes casos, o financiamento público de campanhas eleitorais não é uma opção de controle do comportamento corruptivo.

De fato, parece-nos que o controle deve partir da principal maneira de perpetrar-se a corrupção. Pode-se perceber que quase sempre a corrupção dos políticos se dá através da manipulação de um conceito jurídico indeterminado. A ilegalidade não costuma ser evidente, mas dedutível, o que deriva de uma maior preocupação com a diminuição do risco, oriunda da mais alta posição/exposição social do sujeito corrupto.

Isso nos leva a concluir que um dos caminhos (embora não seja o único) para controlar a corrupção dos governantes é limitar sua discricionariedade e será tão mais efetivo quanto mais seja possível tal limitação. Estudaremos mais adiante suas possibilidades dentro do espectro das licitações.

#### 1.2.4.2. A corrupção dos funcionários públicos

Quando tratamos da atitude corruptiva mais típica dos funcionários públicos, verificamos que é consideravelmente mais comum a manipulação do procedimento administrativo através do descumprimento de alguma de suas normas, com o intuito de favorecer a algum determinado licitante.

---

(cont.)

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, os funcionários públicos não têm poder para preencher o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados, o que faz com que, ao invés de manipular noções vagas, tenham que afrontar o cumprimento de alguma norma menos relativa, o que os expõem a riscos ainda maiores. Evidentemente, riscos maiores implicam em custos maiores para o corrupto, pois a probabilidade de aplicação da sanção será maior. A menor exposição pública pode levar os funcionários públicos subalternos a sujeitarem-se a maiores níveis de risco, desde que seus níveis de rechaço à corrupção não sejam altos, em virtude de seus conceitos ético-morais.<sup>78</sup>

O descumprimento de alguma norma procedimental em benefício de um licitante será a conduta mais típica. Conduzir os convites para participar de um processo licitatório, manejar proposições de preço falsas apenas para completar o número mínimo de participantes, exigir especificações descabidas nos produtos ou serviços a serem contratados para que somente possam ser oferecidos por um determinado licitante, etc.

Muitas vezes, entretanto, poderá verificar-se a corrupção dos funcionários públicos sem que o ato praticado em si mesmo seja ilegal, mas tão-somente nas circunstâncias em que ocorreu. É o caso dos subornos recebidos para “adiantar” o trâmite de petições ou a expedição de documentos, para conceder uma autorização quando todos os requisitos já haviam sido cumpridos (exceto a gula pecuniária do funcionário), etc. Nestes casos, se pode diferenciar a corrupção “de acordo” com a lei (*secundum legem*) e a corrupção “contrária” à lei

---

<sup>78</sup> Ou seja, a conduta corrupta em si do funcionário público, descumprindo uma norma clara, é mais suscetível de ser descoberta que a do político, que simplesmente preenche o conteúdo de um conceito jurídico indeterminado. No entanto, o fato de que o risco seja maior não faz com que necessariamente o “custo” da corrupção para ele seja mais alto, pois dependerá de sua exposição pública e dos seus próprios valores morais. Conforme exporemos um pouco mais adiante, na seção “1.2.5. Breve contribuição a um modelo trigonométrico da corrupção”, a relação entre essas variáveis é trigonométrica, de característica senoidal.

(*contra legem*)<sup>79</sup>, em que efetivamente o funcionário faz o que lhe é vedado.

Esta concepção de prática de atos corruptos inclusive invalida a idéia de que para que ocorra a corrupção há que haver: 1) um funcionário público ou alguém no exercício de uma função pública; 2) um poder discricionário; 3) uma utilização indevida deste poder discricionário e 4) um benefício igualmente indevido, seja em dinheiro ou em outros gêneros, a ser concedido para aquele funcionário ou para um terceiro de seu interesse<sup>80</sup>. Isto porque, como se vê, não necessariamente há que ser utilizado um juízo discricionário para manipular uma licitação. Na verdade, a conduta dos funcionários públicos de baixa hierarquia conterà freqüentemente baixos níveis de discricionariedade (exceto em países de cultura anglo-saxã, onde costumam atuar mais livremente), motivo pelo qual seus atos corruptos irão caracterizar-se justamente por uma má ou não-aplicação da lei, e dificilmente por preencher um “vazio normativo” com conteúdo indevido.

Costuma-se dizer que com uma remuneração mais alta, seria facilmente controlada esta espécie de corrupção dos funcionários públicos de baixa hierarquia. Sem embargo, os estudos mais sérios comprovaram que a baixa remuneração não é uma causa isolada da ocorrência da corrupção<sup>81</sup>, ainda que seja um elemento importante<sup>82</sup>, e que, na verdade, seriam necessários aumentos significativos na

---

<sup>79</sup> HUSTED, B. W. “Honor among thieves”. *Business Ethics Quarterly*, v. 1, n. 1, 1994, pp. 17-27.

<sup>80</sup> KLITGAARD, R. “Adjusting to reality: beyond State versus market” in ISEC – International Center for Economic Growth. *Economic Development*. San Francisco: Edição própria, 1991.

<sup>81</sup> STAPENHURST, Frederick e LANGSETH, Petter. “The role of the public...” op. cit. nota 70, p. 316.

<sup>82</sup> ARROWSMITH, Susan; LINARELLI, John e WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement*. Haya: Kluwer Law, 2000, pp. 18 e 50.

remuneração dos funcionários públicos para obter uma queda relativamente pequena nos índices de corrupção de um país.<sup>83</sup>

A doutrina enumera uma série de elementos que poderiam estimular a corrupção dos funcionários públicos: 1) uma ausente ou fraca visão geral das atividades desenvolvidas; 2) o trabalho conjunto durante muitos anos consecutivos dos mesmos funcionários públicos com os mesmos terceiros (empreiteiros ou fornecedores); 3) fraco ou ausente controle interno; 4) a prática de concessões de serviços públicos (que para os terceiros envolvidos é a base de sua existência) face ao monopólio estatal; 5) discrepância grave entre os salários pagos pela administração pública e o setor privado para pessoas com a mesma qualificação e especialização; 6) regulamentos e instruções normativas de difícil aplicação e que, se concretamente aplicados, prolongam a execução da obra; 7) consciência da impunidade (motivada por anos de prática e pela fictícia impressão de superioridade frente às regras formais de controle e de conduta ética); 8) inexistência de vítimas diretas face às práticas corruptivas (com a exceção evidente do Estado e de concorrentes desavisados); 9) ausência de denúncias ou reclamações, pois os próprios concorrentes prejudicados por uma prática corrupta silenciam na esperança de aproveitar-se da mesma oportunidade no futuro e 10) eventuais problemas financeiros dos funcionários ou mesmo das empresas concorrentes, que conduzem a um imediatismo corruptor.<sup>84</sup>

O que então percebemos é que o controle sobre a corrupção dos funcionários públicos deve ser feito com normas que assegurem o procedimento, ou seja, que diminuam ou não permitam a oportunidade

---

<sup>83</sup> FMI – Fundo Monetário Internacional. “Corruption and the rate of temptation: Do low wages in the civil service cause corruption?”. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9773.pdf> [Acessado em 20/12/2003]

<sup>84</sup> Conforme RIBAS JÚNIOR, Salomão. *Corrupção Endêmica – Os tribunais de contas e o combate à corrupção*. Florianópolis: TCE-SC, 2000, p. 250.

de fuga da aplicação das normas procedimentais. Claro que ações paralelas de aumento da remuneração, de promoção de um ambiente ético, de aumento da fiscalização e da aplicação de sanções pela prática de atos corruptos, por exemplo, poderão ter um efeito positivo, mas dependem muito mais de uma reforma gerencial na estrutura e governo da máquina pública que de um aparato de leis e regulamentos. Assim, esses elementos estão fora do escopo deste trabalho.

O problema é que para controlar a corrupção dos funcionários públicos faz-se necessário um sistema que não dependa maciçamente da atuação humana. Isto porque a corrupção “pequena” tem características muito mais endêmicas<sup>85</sup> que a corrupção dos agentes políticos. Ocorre a todo instante e em todos os locais; pela pequena monta de seus resultados, dificulta-se seu rastreamento; pela irrelevância da ofensa produzida pela prática isolada de cada ato para o sistema, resulta não merecedora da realização de maiores gastos na sua persecução. De modo que a instituição de conselhos, juntas fiscalizadoras, *ombudsmen*<sup>86</sup>, ou o que exija uma verificação

---

<sup>85</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. “Redesigning the State to fight corruption”. *Viewpoint*, n. 75, Genebra: Banco Mundial, 1996.

<sup>86</sup> Apesar de alguns estudiosos fazerem apologia à idéia dos *Ombudsmen*, na verdade, especificamente em relação a denúncias de corrupção, a carência de independência funcional desses funcionários em relação ao seu chefe imediato, geralmente o chefe do Executivo ou seu secretário/ministro de Justiça costuma minar suas possibilidades de atuação, a exemplo do que ocorre em nível federal no Brasil com a Corregedoria-Geral da República. Para saber mais sobre o assunto, consultar: BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. *Corrupção: combate pelo Ombudsman parlamentar – ouvidoria do povo*. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1992; VISMONA, Edson Luiz e outros. *A ouvidoria no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado e Assoc. Bras. dos Ouvidores, 2000; AMARAL FILHO, Marcos J. T. *O ombudsman e o controle da Administração*. São Paulo: Editora da USP e Ícone Ed., 1993 e FIORI NETO, Francisco. *Ombudsman – sua adoção pelo direito pátrio como especial agente de proteção individual e promoção estatal*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1985 (tese de doutorado). Por outro lado, acreditamos que ouvidorias em geral, personificadas ou não na figura de um *ombudsman*, podem auxiliar na prevenção de outras violações a direitos. Sobre o papel dos *ombudsmen* na defesa dos direitos humanos, consultar: SARMENTO, George. “A tutela dos direitos humanos pelo Ombudsman”. *Diké - Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*, v. 3, 2001, pp. 121-152.

pormenorizada e burocrática, resultará danoso ao funcionamento satisfatório do sistema de contratação governamental.

Por isso defendemos que a saída deste problema, assegurando a probidade e eficiência do sistema, passa necessariamente pela utilização da tecnologia à disposição, conforme se explicará nos próximos capítulos deste trabalho.

### **1.2.5. Breve contribuição a um modelo trigonométrico da corrupção**

Julgamos apropriado neste ponto inserir a parte introdutória de um trabalho de nossa autoria que permanece inédito e que pode explicar de uma forma bastante ilustrativa como se inter-relacionam as variáveis da prática corruptiva.

Vale salientar que a exposição que se seguirá adiante busca apenas um modelo matemático e não deve ser interpretada como “uma fórmula da corrupção”. O objetivo, voltamos a enfatizar, é explicar o funcionamento dos diferentes elementos do fenômeno corruptivo. Outra advertência necessária é que colocaremos aqui apenas a parte introdutória do trabalho, em virtude de entendermos que um maior aprofundamento levar-nos-ia a um indesejável desvio de tema.

Inicialmente, seria cabível indagar-nos quais seriam as variáveis que incidem no fenômeno corruptivo. Sem dúvida são diversas, mas as mais evidentes poderiam ser enumeradas como:

- a probabilidade de aplicação da sanção contra o funcionário público ( $Prb$ );
- o preço que se oferece pagar pela prática do ato corrupto ( $Prc$ );
- o valor que o ato corrupto terá para a pessoa que será beneficiada pela sua prática ( $Vlr$ );
- a propensão do funcionário público a recusar ou aceitar uma oferta ilegal (o que chamaremos “índice de resistência à corrupção”) ( $Ir$ );



- seus valores éticos e morais (*Vem*);
- a remuneração do funcionário público (*Rfp*);
- a visibilidade de seu cargo (*Vcfp*);
- as garantias do cargo público (como estabilidade, etc.) (*Gcfp*);
- o tempo/tamanho da sanção aplicável (*Ts*);
- o prazer do funcionário em realizar suas funções (*Pfp*);
- a eventual “competição” com outros órgãos públicos pela prestação do mesmo serviço, legal ou ilegalmente (*Cmpt*);
- a demanda social pelas práticas corruptas (*Dsc*);
- a necessidade instantânea do funcionário de receber algum dinheiro extra em virtude de problemas pessoais (*Nfp*), etc.

Assim, matematicamente poderíamos representar isto da seguinte forma, pondo a corrupção, ou sua ocorrência, como função dessas diversas variáveis, que abaixo seguem abreviadas, na ordem exposta:

$$\text{Corrupção} = f(\text{Prb}; \text{Prc}; \text{Vlr}; \text{Ir}; \text{Vem}; \text{Rfp}; \text{Vcfb}; \text{Gcfp}; \text{Ts}; \text{Pfp}; \text{Cmpt}..)$$

Muitas dessas variáveis podem ser agrupadas, especialmente dentro de uma mega-variável que podemos chamar de custo da corrupção percebido pelo funcionário ou simplesmente “custo da corrupção”, ou seja, uma ponderação dos prejuízos que poderiam advir ao funcionário público na hipótese de ser descoberto seu comportamento. Ainda que para evitar a utilização repetitiva de palavras eliminemos a expressão “percebido pelo funcionário” é imprescindível ressaltar que este não é um custo absoluto, mas variável para cada pessoa e em cada momento, uma vez que alguém pode

quantificar erroneamente algum de seus componentes e aceitar praticar o fato corrupto, ainda quando isto não seria “recomendável”<sup>87</sup>.

Então, dentro dessa variável, poderíamos pôr a remuneração do funcionário, o tempo/tamanho da sanção (que, a depender do ordenamento jurídico e das sanções aplicáveis, pode resultar numa nova variável, produto das duas últimas, em virtude do dinheiro que o funcionário deixaria de ganhar pelo exercício regular de suas funções), a visibilidade, as garantias e o prazer do funcionário exercer seu cargo público.

Outra variável à qual não fizemos referência antes mas que agora deve ser mencionada é a do custo de oportunidade. O custo de oportunidade é um conceito muito conhecido em Economia e representa o custo existente quando se toma uma decisão ao invés de outra igualmente disponível. Se opto por um trabalho que me paga através de comissões variáveis em média 1.000 e deixo de optar por outro que me pagaria 800 fixos, tenho um custo de oportunidade igual a estes 800. Se em algum momento meu trabalho pagar menos de 800, talvez deva repensar a estratégia. Esse conceito terá uma utilidade em nosso modelo.

Da mesma maneira, dentro do índice de resistência à prática corruptiva, sem dúvida os valores éticos/morais possuem grande influência, de maneira que estariam incluídos aí.

Assim, matematicamente teríamos nossa função bastante simplificada:

$$\text{Corrupção} = f ( Prb; Prc; Vlr; Ir; Cst; Cmpt; Dsc; Nfp)$$

---

<sup>87</sup> Evidentemente, aqui nos expressamos segundo a ótica do funcionário público avaliando os riscos e as vantagens para si da prática da corrupção.

Ou seja, a corrupção, ou sua ocorrência, é uma função da probabilidade de aplicação da sanção ( $Prb$ ), do preço oferecido pela prática do ato corrupto ( $Prc$ ), do valor que aquela prática terá para o beneficiado ( $Vlr$ ), do índice ou propensão do funcionário a resistir à proposta corrupta ( $Ir$ ), do custo da corrupção percebido pelo funcionário ( $Cst$ ), da competição com outros órgãos públicos e/ou funcionários com iguais atribuições para realizar o ato desejado pelo agente corruptor ( $Cmpt$ ), da demanda social pela corrupção ( $Dsc$ ) e da necessidade do funcionário público por receber vantagens além de seu salário regular ( $Nfp$ ).

Mas até aqui tudo parece muito óbvio e de conhecimento trivial. Passemos então a tentar analisar as relações entres essas variáveis.

Alguns dos valores serão expressos em números absolutos, enquanto outros em números relativos ou proporções. Estes serão a probabilidade ( $Prb$ ) e o índice de resistência ( $Ir$ ), que poderemos expressar em valores que oscilem entre 0% e 100%. De outra maneira, o preço pago ( $Prc$ ), o valor para o beneficiado ( $Vlr$ ) e o custo para o funcionário serão expressados em números absolutos, eventualmente inclusive conversíveis em moeda. As variáveis da concorrência e demanda serão analisadas oportunamente.

Entre os valores absolutos, é evidente que o maior deverá ser o valor para o beneficiado, pois ninguém irá pagar para outrem uma quantia maior que a que julga obter, salvo se pretende de alguma outra maneira chantagear o funcionário no futuro. Mas neste caso, não só estaríamos tratando de outro delito, como o valor para o beneficiado não seria este imediato, mas a soma deste com aquele buscado ao final, através da chantagem. Por outro lado, também é óbvio que o valor para o beneficiado será maior que o custo, pois este deverá ser menor que o preço oferecido. Uma prática corrupta seria impossível se o preço oferecido fosse menor que o custo para o funcionário, a menos que o funcionário avaliasse mal a situação e, neste caso, recordemos que,

como se trata de custo *percebido*, uma avaliação para menos levaria a um valor menor da variável *Cst*, ou não haveria corrupção.

Logo, podemos concluir que:

$$Vlr > Prc > Cst$$

Quanto aos valores relativos, também se pode chegar a algumas conclusões em relação ao seu comportamento. Verifica-se inicialmente a relação entre dois pares de variáveis: o índice de resistência e o preço, assim como a probabilidade de aplicação da sanção e o custo.

Percebamos que quanto menor for o índice de resistência (*Ir*), mais baixo poderia ser o preço, pois o funcionário tenderia a aceitar a primeira proposta oferecida. De outra maneira, quanto maior for a resistência, maior teria que ser o preço de maneira a subornar o funcionário em seus valores éticos, morais e profissionais. Em tese, se falamos de um funcionário incorruptível, ou seja, cujo índice de resistência seja de 100%, o preço iria tender ao infinito para realizar o suborno, ou seja, a corrupção seria impossível (inclusive porque o preço a ser pago iria superar o valor da prática do ato corrupto para o beneficiado).

Da mesma maneira, a percepção da probabilidade de aplicação da sanção (*Prb*) vai influenciar o custo percebido pelo funcionário (*Cst*). Quanto menor a probabilidade de aplicação da sanção, menor o custo: Se apenas em 10% dos casos o funcionário chega a ser sancionado e se o custo percebido pelo funcionário for de, por exemplo, 60.000 (através de uma sanção de 5 anos de inabilitação para exercício do cargo que lhe paga uns 1.000 ao mês), a prática de um ato corrupto que lhe pagasse algo mais que 6.000 provavelmente lhe soaria interessante, pois este seria, hipoteticamente, o custo final da prática do ato corrupto ( $Cst \times Prb$ ).

De outra maneira, se o funcionário tem 100% de convicção de que a sanção será aplicada, ou seja, que a probabilidade percebida da aplicação da sanção é de 100%, seu custo tenderá ao infinito, sendo igualmente impossível a corrupção.

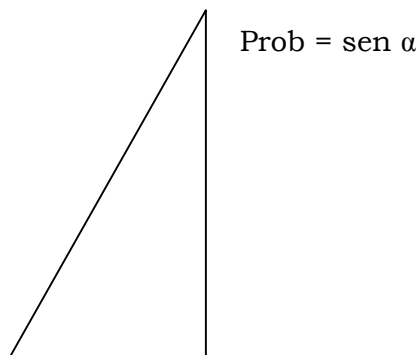
Como representar todos esses comportamentos matematicamente? Qual a função matemática que tem essas propriedades?

Revisando, necessitamos de uma função que, para expressar com propriedade o que verificamos existir no mundo empírico, deve ser diretamente proporcional às variáveis respectivas, oscilando entre 0% e 100%, fazendo com que sua variável dependente tenda ao infinito quando seu próprio valor seja igual a 100%.

Ora, sabendo que as expressões percentuais podem ser igualmente expressadas em frações ou números decimais, é fácil verificar que:

$$100\% = \frac{100}{100} = 1 \quad \text{assim como} \quad 30\% = \frac{30}{100} = 0,3$$

Então, podemos representar esses percentuais em números decimais que oscilem de 0 a 1. Não será necessário ir muito além para verificarmos que buscamos pela função matemática do seno. No primeiro quadrante ( $0^\circ$  a  $90^\circ$ ), o seno varia exatamente entre 0 e 1. Desenvolvendo essa idéia verifica-se que é possível expressar isto graficamente em um triângulo-retângulo:



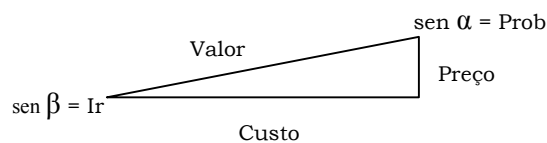
Valor

Preço

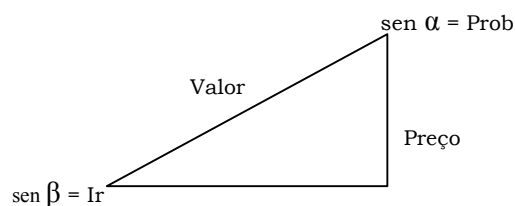
$Ir = \text{sen } \beta$   
Custo

Nesta representação gráfica, vemos exatamente a variável valor ( $Vlr$ ) como hipotenusa, o preço ( $Prc$ ) como o lado oposto ao ângulo  $\alpha$ , cujo seno significa o índice de resistência (que está desenhado como sendo de 0,86 – ou 86% - o que graficamente significa um ângulo de  $60^\circ$ ), e o custo como sendo o lado oposto ao ângulo  $\beta$ , de  $30^\circ$ , cujo seno (0,5) representa a probabilidade de aplicação da sanção.

Para demonstrar o que acabamos de dizer, vejamos três diferentes configurações do índice de resistência, mantendo fixo o valor para o beneficiado ( $Vlr$ ):

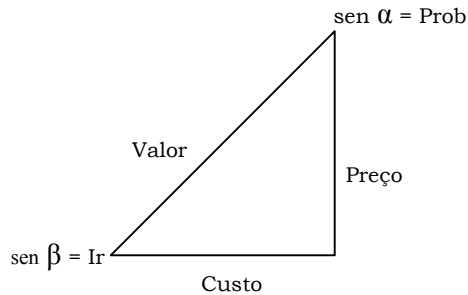


Neste caso, o  $Ir$  está configurado para 20%, ou seja, apenas 20% das propostas de corrupção seriam rechaçadas (graficamente, o seno 0,2 é representado por um ângulo de  $11,53^\circ$ ).



Custo

Aqui, o  $Ir$  é de 50% (graficamente representado por um ângulo de  $30^\circ$ , pois 0,5 é o seno deste ângulo)



Neste caso, aumentamos o  $Ir$  para 70% (graficamente representado por um ângulo de  $45^\circ$ )

Percebe-se claramente que com o aumento do índice de resistência ocorre um aumento do preço ( $Prc$ ). Em todos esses gráficos, o valor para o beneficiado ( $Vlr$ ) está fixo em milímetros. Se esse tamanho gráfico representasse, por exemplo, 50.000, a variável preço teria adotado, nos exemplos apresentados, os valores de 10.000, 25.000 e 35.360, respectivamente.

Mas o mais interessante é que também ocorreu uma variação da variável custo ( $Cst$ ). Isto é claramente explicável pelo fato de que, com uma baixa resistência às ofertas corruptas, será inevitável um aumento do número de ocorrências de atos corruptos, o que imediatamente aumentará a probabilidade de sanção, gerando um custo maior. Se, por outro, aumentasse a resistência à corrupção, os atos corruptos seriam em menor número, porque nem todos poderão ou desejarão pagar o preço exigido e, conseqüentemente, a probabilidade de sanção e o custo percebido serão menores.

E o que ocorreria se  $Ir$  fosse igual a 1, ou seja, 100%? 1 é o seno de um ângulo de  $90^\circ$ , e graficamente torna-se muito fácil entender a conseqüência:



O triângulo não poderia formar-se, inclusive em respeito à regra de que a soma dos três ângulos deve ser igual a  $180^\circ$ . Como apenas dois deles já somariam  $180^\circ$  e como o terceiro não pode ser igual a zero, desenhar o triângulo seria impossível. Para nosso estudo, estaria demonstrado que a corrupção neste caso, com um funcionário incorruptível, seria igualmente impossível, pois o preço a pagar-lhe tenderia ao infinito, superando, inclusive, o valor atribuído pelo beneficiado ao ato corrupto.

O mesmo comportamento ocorre com a influência da probabilidade de aplicação da sanção sobre os custos percebidos da corrupção, mas com alguns reflexos diferentes sobre o preço a ser pago. Também uma série de elementos gráficos, como a projeção dos catetos sobre a hipotenusa, poderão dar-nos uma medida da eficiência da corrupção e mesmo a área do triângulo apresentará um resultado com significado para o estudo das variáveis da corrupção.

Entretanto, seguindo o que havíamos dito anteriormente, aprofundar-se neste momento no tema poderá significar uma fuga do escopo principal do trabalho e portanto o trabalho completo deixará para ser oportunamente divulgado nos meios científicos adequados.<sup>88</sup>

Esperando haver fixado suficientemente os conceitos trabalhados adiante neste trabalho, assim como a forma como serão

---

<sup>88</sup> Apenas para futuras referências, o trabalho será intitulado “Contribuições para um modelo trigonométrico da corrupção”



manipulados, partiremos para sua aplicação direta nos mecanismos de controle da corrupção, no capítulo seguinte.

## **Cap. 2 – O controle da corrupção em licitações por meio dos recursos administrativos**

*Sumário: 2.1. A utilização dos recursos administrativos para impugnar atos ilegais em procedimentos licitatórios; 2.2. Os diferentes sistemas nacionais de recursos administrativos; 2.3. As iniciativas internacionais de uniformização dos recursos administrativos; 2.4. Haverá um sistema ideal para combater a corrupção?*

### **2.1. A utilização dos recursos administrativos para impugnar atos ilegais em procedimentos licitatórios**

Os recursos administrativos podem constituir uma das principais armas para o combate à corrupção em matéria de licitações. Se por um lado é verdade que as relações dentro da esfera governamental podem muitas vezes impedir ou dificultar uma apreciação imparcial dos fatos supostamente ilegais, por outro, a sujeição dos atos administrativos a um órgão bem reputado, atuante e dirigido por funcionários de valores reconhecidamente éticos, poderá inibir a prática da corrupção na administração.

Desde logo adiantamos nossa opinião, para que possamos desenvolver metodologicamente a questão em seguida. Acreditamos que um sistema de revisão dos atos administrativos pela própria Administração Pública, por meio de um ou mais órgãos independentes, poderá, sim, assegurar um funcionamento mais probo da estrutura administrativa, sem para tanto ter que submetê-la a esperar pelo deslinde das contendas judiciais.

No entanto, os diversos sistemas de recurso e/ou revisão administrativa dos atos não são novidades no mundo jurídico. Desde princípios do século XX, os doutrinadores franceses já haviam criado a teoria dos atos separáveis, justamente para permitir a revisão dos atos

ilegais praticados pela Administração Pública<sup>89</sup>, especialmente no que se refere aos contratos públicos e seus respectivos procedimentos de licitação. Esquadrinhemos em apertada síntese esse panorama histórico:

Anteriormente, a teoria do todo indivisível fazia com que se interpretassem os procedimentos de seleção de contratados, prévios ao aperfeiçoamento do contrato, como etapas da formação da vontade da Administração Pública, e que portanto os atos praticados nesses procedimentos estariam atados ao contrato de maneira indissociável, não possuindo relevância jurídica se considerados isoladamente.

Assim, no direito francês, em cujo seio nasceu este problema, não era possível atacar especificamente uma ilegalidade praticada na etapa de licitação, porque esta já estava submetida ao fato jurídico do surgimento do contrato, sendo dele indissociável. A tentativa de anular um ato do procedimento de seleção consistiria verdadeiramente em anular o próprio contrato surgido do procedimento prévio.<sup>90</sup>

Sem embargo, a interpretação que se fazia da lei francesa nos primeiros anos do século XX não conferia legitimidade aos licitantes derrotados para que tentassem anular o contrato firmado. Para este procedimento, seria necessário utilizar o recurso de jurisdição plena, no qual uma parte invoca frente à outra um direito subjetivo<sup>91</sup> e permite ao Tribunal decidir com grande amplitude de poder, descendo à matéria de fato. Ocorre que o recurso de jurisdição plena unicamente poderia ser exercitado pelos titulares dos direitos subjetivos, que, neste caso, seriam apenas as partes que assinaram o contrato.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> BOQUERA OLIVER, José Maria. *La selección de contratistas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 196.

<sup>90</sup> PÉQUINOT, G. *Contribution à la théorie générale des contrats administratifs*. Montpellier: tesis doctoral, 1944, p. 559.

<sup>91</sup> ODOT. *Contentieux Administratif*. v. I, Paris: Le Cours de Droit, 1958, p. 25.

<sup>92</sup> BOQUERA OLIVER, José Maria. Op. cit. nota 89, p. 181.

O outro recurso possível, o recurso por excesso de poder, que consistia em um contencioso de anulação objetivo, dirigido não contra uma parte, mas contra um ato<sup>93</sup>, não poderia ser utilizado justamente porque o ato ilegal se haveria incorporado já ao contrato aperfeiçoado. Assim que, para os litigantes naturais, ou seja, os que haviam sido prejudicados pelo ato ilegal, não restava meio de atuar contra a Administração.

Se somente as partes contratantes poderiam impugnar o contrato, praticamente não haveria como fazê-lo, pois os que participam do contrato quase sempre estarão satisfeitos: a Administração, por um lado, por haver logrado um contratado que atendesse às suas necessidades e o contratado, obviamente, por haver tido sua proposta aceita. No entanto, caso não se passasse assim, ou seja, caso o contratado por alguma razão não estivesse satisfeito com o contrato, tampouco poderia ele impugnar a avença pois a jurisprudência, igualmente, cerceava-lhe a ação por entender que não teria interesse de agir contra seu próprio contrato (!!).<sup>94</sup>

Essa situação era, obviamente, insustentável<sup>95</sup> e entre os anos de 1903 e 1906 verificou-se o câmbio de postura do *Conseil d'État*, adotando o que seria a teoria dos atos separáveis, ou seja, dissociando do contrato já aperfeiçoado (tanto em relação ao “contrato administrativo” quanto em relação ao “contrato privado da Administração”) seus atos-suporte de natureza unilateral, devolvendo-

---

<sup>93</sup> Idem, ibidem. Trata-se de uma ação que se assemelha, em parte, ao mandado de segurança brasileiro.

<sup>94</sup> LETOURNEUR, M.; BAUCHET, J. e MERIC, J. *Le Conseil d'État et les tribunaux administratifs*. Paris : Librairie Armand Colin, 1970, p. 168

<sup>95</sup> CLAVERO ARÉVALO, M. F. “El estado actual de la doctrina de los actos separables”. *Revista de Estudios de la Vida Local*. n. 164, nov-dec/1969, p. 567.

lhes uma certa individualidade jurídica, para permitir sua impugnação autônoma mediante recurso por excesso de poder.<sup>96</sup>

Ainda assim, a teoria dos atos separáveis trazia problemas, tanto na França<sup>97</sup> quanto na Espanha<sup>98</sup>, país que também a adotou. No entanto, após diversas modificações legislativas, especialmente depois das Diretivas da Comunidade Européia (89/665 e 92/13) sobre recursos administrativos, tal discussão já se encontra parcialmente superada<sup>99</sup>, resultando inútil, por hora, persistir em esquadriñar esses conceitos.<sup>100</sup>

O desenvolvimento das instituições democráticas levará inequivocamente a que nos ordenamentos dos Estados de Direito haja de alguma forma a possibilidade de que os interessados possam impugnar os atos administrativos ilegais. No Brasil, não apenas os licitantes derrotados, mas qualquer cidadão que se sinta prejudicado pela má utilização dos recursos públicos<sup>101</sup> poderá impugnar o ato por diversas maneiras, judiciais (através da ação popular<sup>102</sup>, das ações cautelares<sup>103</sup> ou do mandado de segurança<sup>104</sup>, que se assemelha à ação

---

<sup>96</sup> MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. La teoría francesa de los actos separables y su importación por el derecho público español. Barcelona: Cedecs Editorial, 2001, pp. 63-65.

<sup>97</sup> NIETO, A. “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n. 37, enero-abril 1962, p. 78.

<sup>98</sup> REBOLLO PUIG, M. “La invalidez de los contratos administrativos”, in CASTILLO BLANCO, A. (coord.) *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: CEMCI, 1996, pp. 399-400.

<sup>99</sup> MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. Op. cit. nota 96, pp. 86-90, onde inclusive colaciona vários autores franceses que também vislumbram o fim da teoria dos atos separáveis em direção a uma volta à teoria do todo indivisível, mas com a legitimação ampliada para qualquer interessado para impugnar o contrato, como ocorria antes do fim do século XIX.

<sup>100</sup> Voltaremos a essa discussão na seção “2.2.2. O recurso administrativo na França”

<sup>101</sup> Art. 5º, LXXIII da Constituição Brasileira: “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

<sup>102</sup> Regulamentada pela lei 4.717/65

<sup>103</sup> Arts. 796 a 889 do Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 5.869/73)

<sup>104</sup> Regulamentado pela lei 1.533/51

por excesso de poder do direito francês, embora derivado do *writ of mandamus* do direito inglês) ou administrativas (mediante denúncia ao Tribunal de Contas<sup>105</sup> ou do direito de petição consagrado na Constituição Federal<sup>106</sup>).

O principal objetivo com esta abordagem histórica foi demonstrar que a utilização dos recursos administrativos para impugnar os atos ilegais da Administração Pública não é nova e a preocupação com seu aperfeiçoamento se mostra essencial em um projeto de aumento da probidade da estrutura administrativa do Estado.

Por isto é que, ainda que o tema não possa ser encarado como “novo”, fato que a princípio poderia não permitir albergá-lo na temática deste trabalho, há diversas discussões contemporâneas que acreditamos serem importantes para o tema da prevenção da corrupção.

## **2.2. Os diferentes sistemas nacionais de recursos administrativos**

Há quase tantas formas de organizar o sistema de recursos ou revisão dos atos administrativos quanto ordenamentos jurídicos para escolhê-las, resultando difícil inclusive criar grupos de identidade.

Aqui vamos trabalhar somente com os mecanismos de recurso/revisão de atos administrativos relacionados aos procedimentos de seleção de contratados, na tentativa de limitar o âmbito de nossa análise.

---

<sup>105</sup> Art. 212 e ss. do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

<sup>106</sup> Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV, *a*.

Há países com uma larga experiência em litígios deste tipo<sup>107</sup>, notadamente os Estados Unidos, que os processa tanto por intermédio de seu *General Accounting Office* – um órgão ligado ao Poder Legislativo responsável pela revisão dos gastos públicos (em parte assemelhado ao Tribunal de Contas brasileiro) – quanto através de suas cortes judiciais, desde 1970. A França também tem uma tradição de litígio nesta área, com normas já antigas regulando os procedimentos de recurso, consolidadas especialmente no *Code des Marchés Publics*, ainda que, como já vimos, os remédios disponíveis não eram particularmente efetivos até muito recentemente.<sup>108</sup>

Por sua vez, o Reino Unido e a Irlanda, até que lhes fora requerido adotar um sistema de recursos administrativos por força das Diretivas da Comunidade Européia, não tinham um sistema de normas para contratos públicos judicial ou administrativamente coercitivo. Todo o funcionamento de suas licitações se pautava em circulares internas e instruções administrativas sem poder vinculante.<sup>109</sup>

Segundo pesquisas levadas a cabo por órgãos públicos na Inglaterra<sup>110</sup>, um sistema de recursos administrativo unificado na Europa verá sua efetividade esbarrar nas diferentes tradições jurídicas, ainda que não pareça muito razoável, na medida em que muitos licitantes de países sem tradição litigante preferem evitar impugnar os atos que lhes prejudiquem por relutar processar as mesmas pessoas/órgãos com os quais pretendem celebrar futuros contratos (a idéia de não “morder a mão que lhe alimenta”); pelos custos envolvidos

---

<sup>107</sup> Cf. ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John e WALLACE JR, Don. Op. cit. nota 82, p. 751.

<sup>108</sup> FERNANDEZ MARTÍN, José Maria. *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 230-244.

<sup>109</sup> Cf. ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John e WALLACE JR, Don. Op. cit. nota 82, p. 752.

<sup>110</sup> Adaptado das conclusões do estudo elaborado sobre a efetividade da implementação dos remédios de recurso/revisão da Comunidade Européia no sistema de licitações inglês inglês. UK, United Kingdom Department of Trade and Industry. *Public Procurement Review*, London, 1994, par. 103-104.

no litígio; pela idéia de que seu próprio caso é insignificante se comparado a outros, o que o levará a ser prontamente rechaçado e por fim a dificuldade de produzir provas contra algumas modalidades de ilegalidades (se por um lado é fácil provar que não houve a publicação da convocatória para a licitação, é muito mais difícil provar que um funcionário atuou com propósitos íntimos ilegais ao tomar uma decisão discricionária ligada à avaliação da proposta de algum licitante ou de sua qualificação para executar o contrato).

Porém, ademais de diferenças de tradição ou cultura jurídica, já veremos que muitos outros caracteres são distintivos entre os ordenamentos dos diferentes países. A questão da legitimidade para impugnar os atos, por exemplo, pode assumir três diferentes perspectivas: não ser permitido a ninguém, ainda que haja normas a serem seguidas pela Administração, mas que não podem ser utilizadas para iniciar procedimentos administrativos nem judiciais; permitir a algumas pessoas limitadas, como determinadas autoridades públicas ou licitantes; ou, ainda, abrir as portas dos recursos administrativos a qualquer pessoa.

Ainda haverá sistemas em que o foro competente para analisar as contendas sobre atos administrativos em procedimentos de licitação será dentro da própria Administração, passando ou não pelo mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada, depois seguindo ou não para um órgão externo e independente. Por outro lado, em outros sistemas, será o Poder Judiciário encarregado de decidir essas contendas, em uns podendo ser diretamente acessível e em outros ordenamentos apenas depois de esgotada a via administrativa.

As diferenças não param por aí. Haverá países que estipulam atos e decisões revisáveis e outros que reservam determinados atos (quase sempre os discricionários) apenas ao arbítrio das autoridades do órgão condutor da licitação. Ainda, encontraremos sistemas em que existirá um prazo máximo (que costuma variar de 20 a 90 dias da interposição do recurso) para a solução do litígio, enquanto há outros que não o fazem. Em alguns, poder-se-á suspender o trâmite



licitatório por determinação do órgão encarregado de julgar o recurso, mas em outros esta é uma mera faculdade do órgão que promove a licitação.

A questão da celeridade do julgamento é essencial, uma vez que opõe dois valores importantes da contratação pública: por um lado, a legalidade/probidade/transparência e por outro, a eficiência em atender às necessidades do estado e da população. Um sistema que, em detrimento da eficiência promova apenas a legalidade estará fadado ao fracasso, pois em algum momento o Estado terá que funcionar e deixará de lado a legalidade, o que é de todo indesejável.

Adiante analisaremos alguns sistemas de recursos, enquanto ao final buscaremos encontrar um que se pareça mais apropriado ao combate da corrupção e demais legalidades. Decidimos escolher quatro países, para ilustrar este trabalho: Os Estados Unidos, como exemplo do sistema anglo-saxão e pela notável pujança econômica, inclusive quando se trata de compras governamentais; a França e a Espanha por representarem duas situações de enquadramento à normativa internacional da Comunidade Européia sobre recursos administrativos, porém de maneiras diferentes, além da importância da contribuição histórica francesa para o direito administrativo; o Brasil, por ser a principal economia no contexto latino-americano, além de apresentar uma interessante configuração da legitimação ativa para impugnar e, por fim, o Japão, por três motivos:

O Japão vem representar o mundo asiático neste estudo, importante elemento que os colegas do mundo jurídico costumam ignorar em seus trabalhos, erro freqüente também nosso que aqui pretendemos redimir. Além disso, sua escolha deve-se ao fato de representar a economia mais moderna e robusta daquele continente<sup>111</sup>, além de trazer um sistema de recursos administrativos que se aproxima

---

<sup>111</sup> Embora em termos de compras governamentais, por se tratarem de diferentes sistemas econômicos, seja superado pela China.

muito do que entendemos como ideal, embora talvez com uma margem muito ampla de conceitos jurídicos indeterminados.

### 2.2.1. O recurso administrativo nos Estados Unidos

Quando tratamos dos Estados Unidos, temos que especificar que falamos do sistema federal de contratos administrativos. Isto porque, apesar de inúmeras tentativas de unificar os sistemas dos estados e cidades sob uma só regulamentação<sup>112</sup>, ainda se mantém o antigo sistema de repartição de competências legislativas, no qual cada estado, assim como diversas grandes cidades, criaram seu próprio código, cada um com suas peculiaridades em relação à regulamentação federal.

Assim, deixando claro que falamos da normativa federal, inclusive porque é a mais relevante não só em termos de volume de contratação mas também em iniciativas de prevenção à corrupção, podemos identificar que naquele país convivem dois sistemas de impugnação aos atos administrativos, um de natureza judicial e outro administrativo, mais importante, conhecido como GAO – *General Accounting Office*, dirigido pelo *Comptroller General*.

Tratemos inicialmente do ramo administrativo. O GAO é um órgão ligado ao Congresso Americano, encarregado inicialmente de fiscalizar os gastos e a contabilidade do governo, ou seja, o papel que no Brasil exerce o Tribunal de Contas.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Por exemplo, a proposição pela *American Bar Association* (uma espécie de Conselho Federal da OAB americana) do *Model Procurement Code* (“Código Modelo para Compras Governamentais”), ou as iniciativas da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*), por sua Comissão de Uniformização do Estado (*Commissioners on Uniform State*), de um código de contratação governamental unificado.

<sup>113</sup> ARROWSMITH, Susan e outros. Op. Cit. nota 82, p. 751.

Sem embargo, o GAO acumula também a função de julgar os litígios administrativos dos contratos do governo federal e de suas diversas agências, com amplos poderes para tanto, que raramente são postos em dúvida por uma ou outra decisão judicial.

Os poderes do GAO são amplos, podendo suspender procedimentos e expedir determinações que deverão ser cumpridas pelas agências cujos recursos forem por ele julgados. No entanto, não há uma regulamentação específica para a atuação do GAO, sendo a construção jurisprudencial por ele construída (como aliás é de praxe no *common law*) o melhor guia para investigar seus poderes e os casos em que costuma intervir (que estatisticamente não são muitos, sendo a decisão mais comum o indeferimento de plano do recurso). Quando decide intervir, apenas cerca de 10% dos recursos são julgados procedentes.<sup>114</sup>

Sua margem de atuação será mais restrita com as licitações de material para as forças armadas, que gozam de privilégios e de uma discricionariedade quase absoluta por parte das comissões militares, em virtude do caráter estratégico que lhes é atribuído na estrutura de poder dos Estados Unidos.

O Poder Judiciário, por sua vez, só começou a mostrar-se uma opção viável para os licitantes a partir da década de 1970. Porém, em virtude da ampla discricionariedade administrativa que é conferida aos agentes públicos americanos, os juízes daquele país acabam vendo-se limitados a averiguar os aspectos formais dos procedimentos, sem poder ir a fundo na matéria de mérito.

O controle sobre a Administração americana (e o mesmo podemos dizê-lo quanto à inglesa) resvala numa presunção de honestidade dos administradores e funcionários frente à opinião

---

<sup>114</sup> NASH JR., R. C. y CIBINIC JR., J. *Federal Procurement Law*. 3ª ed., v. 1, New York: West Group Ed., 1977, p 805.

pública. Ali presume-se que, salvo demonstração cabal ao contrário, o administrador público toma a melhor decisão para a coletividade e via-de-regra aceita-se que o chefe do órgão demonstre uma preferência por uma ou outra empresa contratada, por supostamente ela apresentar uma melhor qualidade de produto ou serviço. Até que comecem a aparecer sinais exteriores de riqueza ou coisas do gênero a tendência é que a discricionariedade siga um tanto quanto sem controle, especialmente com relação ao Judiciário.

### **2.2.2. O recurso administrativo na França**

Já nos havíamos referido anteriormente à configuração do recurso administrativo francês e os problemas que são ocasionados pela estruturação de seus mecanismos de ação.

Ainda que importantes modificações hajam sido incorporadas ao modelo francês de recurso administrativo, em virtude da necessidade de adaptar-se o ordenamento interno às diretivas de recursos da Comunidade Européia<sup>115</sup> (a 89/665 e a 92/13), os contratos cujos valores estejam situados abaixo dos patamares definidos nas citadas diretivas continuam submetidos à legislação antiga.

Os problemas ocasionados pela falta no ordenamento francês de instrumentos processuais adequados para permitir, a uma ampla gama de legitimados, uma igualmente ampla possibilidade de impugnar os atos supostamente ilegais faz com que seu sistema, ainda depois do advento da teoria dos atos separáveis, seja insuficiente para prevenir a corrupção.

---

<sup>115</sup> Mais adiante, na seção “2.3.3. O modelo de recursos administrativos na União Européia”, trataremos da regulamentação européia.

A França optou por um sistema de jurisdição administrativa, em cuja cúpula está o Conselho de Estado (*Conseil d'État*), que fixa a jurisprudência definitiva nesta matéria. Sem embargo, também existe um sistema judicial, ao que serão submetidos os contratos privados<sup>116</sup> da Administração, sendo o órgão mais importante desta ordem jurisdicional o Tribunal de Cassação<sup>117</sup>. O problema, no entanto, estará configurado no contencioso administrativo.

Conforme já vimos na seção “2.1. A utilização dos recursos administrativos para impugnar atos ilegais em procedimentos licitatórios”, a teoria dos atos separáveis foi construída para de alguma forma possibilitar a impugnação dos atos da Administração durante os procedimentos de seleção de contratados, uma vez que a teoria do todo indivisível não permitiria uma tutela adequada dos interesses jurídicos em jogo, seja por falta de legitimidade dos impugnantes, seja por falta de instrumento processual que cingisse seu objeto jurídico.

Basicamente, com o advento da teoria dos atos separáveis, os licitantes a quem não fosse adjudicado o contrato poderiam utilizar o recurso por excesso de poder contra os “atos separáveis”, mas não contra o próprio contrato, enquanto as partes envolvidas no contrato poderiam utilizar o recurso de jurisdição plena, porém, em relação ao contratado, seria necessário comprovar o interesse de agir.

A regra que estabelece que o recurso por excesso de poder não pode ser utilizado contra os contratos celebrados pela Administração, mas apenas contra os atos unilaterais promovidos por ela<sup>118</sup>, não nos traz elementos suficientemente convincentes,

---

<sup>116</sup> Apenas para os contratos que estiverem abaixo dos patamares de aplicação das diretivas europeias.

<sup>117</sup> COELHO, Daniela Melo. “O instituto da licitação no Direito Francês”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 39, n. 156, out/dez 2002, p. 241.

<sup>118</sup> LAMARQUE, J. *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*. Paris: Ed. LGDJ, 1960, pp. 176-177.

especialmente porque se baseia em uma postura conservadora e, na opinião de alguns doutrinadores, antiquada<sup>119</sup>, dos juízes administrativos.

Falando pragmaticamente, um licitante não deve ter maiores esperanças ao impugnar um ato administrativo sob o ordenamento francês não compatível com as diretivas européias. Isto porque não basta superar as barreiras processuais de instrumentos e legitimação. Não basta vencer no mérito, inclusive obtendo provas que, referindo-se especificamente a atos corruptos, são difíceis de conseguir. A decisão do juiz administrativo que anule o ato ilegal, ou seja, a nulidade de um ato suporte, justamente como consequência lógica de sua “separabilidade” do contrato, não acarretará a nulidade do contrato depois que ele já esteja aperfeiçoado. O que ocorrerá é que o órgão contratante deverá, agora sim, entrar com um recurso de jurisdição plena ante o juiz do contrato (que é diferente do juiz competente para julgar a ação por excesso de poder) e lograr que este também compreenda que houve ilegalidade no processo de adjudicação e anule o contrato<sup>120</sup>. Comenta Macera-Tiragallo: “Ahora bien, como es evidente, si el juez contencioso-administrativo anula el ‘acto separable’ antes de la finalización del procedimiento, el contrato en cuestión no llegará a perfeccionarse. Pero a pesar de que el Código de Los Tribunales Administrativos y de los Tribunales Administrativos de Apelación establezca un procedimiento de urgencia (el denominado ‘*référé précontractuel*’) que permite al juez suspender la tramitación y pronunciarse rápidamente, se trata de un supuesto excepcional en la práctica”.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> MACERA-TIRAGALLO, op. cit. nota 96, p. 71. Também TERNEYRE, P. “Les paradoxes du contentieux de l’annulation des contrats administratifs”, EDCE, n. 39, 1988, pp. 71 y ss.

<sup>120</sup> O caso *Époux López*, narrado por MACERA-TIRAGALLO, op. cit. nota 96, pp. 77-85, levou mais de treze anos sem que ao final a decisão satisfizesse as partes envolvidas, justamente pela discordância entre os diferentes juízes e suas competências.

<sup>121</sup> MACERA-TIRAGALLO, op. cit. nota 96, p. 74.

Na verdade, esta possibilidade de fazer-se a tramitação urgente de um recurso administrativo<sup>122</sup> já é consequência expressa da Diretiva 89/665 que, como já dissemos, amenizou bastante os problemas crônicos da legislação francesa<sup>123</sup>. Apesar da tradição que tem o direito administrativo francês e de suas contribuições muitas vezes pioneiras para este ramo da ciência jurídica, compreendemos que neste tema a *juris* gaulesa não nos pode ajudar muito, de maneira que preferimos compreendê-la à luz das Diretivas Europeias de recursos administrativos que estudaremos mais adiante.

### 2.2.3. O recurso administrativo na Espanha

Na Espanha, a *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (29/1998) traçou uma complexa estrutura para julgar o contencioso administrativo<sup>124</sup>, mesclando especialmente a competência objetiva, a funcional e a material<sup>125</sup>.

São cinco os órgãos ou tipos de órgãos dedicados a julgar tais matérias: dois dedicados às Comunidades Autônomas e entidades

---

<sup>122</sup> Arts. L.22, L.23, R. 241-21 e R.241-24 do Código dos Tribunais Administrativos e dos Tribunais Administrativos de Apelação, os dois primeiros introduzidos pela Lei 92-10 de 4 de janeiro de 1992, destinada a transpor a Diretiva 89/665/CEE de 21 de dezembro de 1989, “relativa à coordenação das disposições legais, regulamentárias e administrativas referentes à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento e de obras”, e modificados pela Lei de 29 de janeiro de 1993; e os dois últimos introduzidos pelo Decreto 92-964 de 7 de setembro de 1992.

<sup>123</sup> SUBRA DE BIEUSSES, P. “La incidencia del Derecho Comunitario Europeo sobre el Derecho francés de contratos públicos: el caso de la Directiva Recursos” In MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. y LAGUNA DE PAZ, J. C. *Contratación Pública (Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993)*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 182 e ss.

<sup>124</sup> Falamos em “contencioso administrativo” referindo-nos à matéria objeto da lide, que vem a ser de Direito Administrativo. Como será visto adiante, a natureza do órgão julgador de tal contencioso é jurisdicional.

<sup>125</sup> TESO GAMELLA, Pilar. “Los órganos y su competencia en la jurisdicción contencioso-administrativa” in PENDÁS GARCÍA, Benigno (coord.). *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa – Estudio sistemático*. Barcelona: Ed. Praxis, 1999, pp. 141 e ss.

locais, com jurisdição territorial para cada Comunidade Autônoma (os Juizados do Contencioso-Administrativo, órgãos monocráticos de primeira instância e as Câmaras do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Justiça, que atuam majoritariamente em segunda instância); dois dedicados aos atos emitidos pelas autoridades centrais do Estado (os Juizados Centrais do Contencioso-Administrativo, também órgãos monocráticos de primeira instância e a Câmara do Contencioso-Administrativo da Audiência Nacional, que atua majoritariamente em segunda instância) e por fim a Câmara do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, que terá uma competência mais restrita, em função do critério pessoal, ademais da competência para conhecer, em vias de recurso, das decisões proferidas pelas Câmaras do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores e da Audiência Nacional.

Evidentemente, esse órgãos aos quais acabamos de referir-nos possuem também competências originárias detalhadamente indicadas na lei, mas que se encontram fora do nosso presente escopo<sup>126</sup>.

A interessante composição da jurisdição contencioso-administrativa espanhola – que tem natureza judicial e não administrativa, segundo os arts. 117.5 e 3.1 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* (6/1985, com alterações da lei 6/1988), que estabelecem inclusive o princípio da unidade de jurisdição – permite uma especialização dos juízes, o que é essencial para o labor rápido e eficiente. Inclusive, registre-se que o Conselho Geral do Poder Judiciário estabeleceu um curso de formação para os juízes não especialistas que venham a preencher eventuais vagas nestes órgãos jurisdicionais. Sem embargo, o fato de que não haja previsão para câmaras ou turmas específicas para tratar de licitações faz com que um grande número de

---

<sup>126</sup> Para uma compreensão completa desta estrutura, recomendamos o trabalho de Pilar Teso Gamela citado na nota 125.



atribuições de direito administrativo, muitas nem sempre urgentes, causem um volume maior que o desejado, com conseqüente lentidão na apreciação das matérias.

A legitimação para recorrer é para todos aqueles que tenham ou possam haver tido interesse em contratar com o Estado, ainda que não pudessem ou não tenham podido, por qualquer motivo, vencer a licitação. Tal propositura da legitimação recursal causa problemas interpretativos sobre o que significa ter interesse em contratar com o Estado. A jurisprudência entende que aquele que não houver se apresentado a participar do certame licitatório não demonstrou tempestivamente seu interesse, razão pela qual não poderia interpor recurso administrativo. Mas se a razão da não participação for justamente a carência de divulgação apropriada do edital? A jurisprudência ainda não é uníssona nesse ponto.

Entretanto, a lei de licitações e contratos público espanhola<sup>127</sup> não se aplica a todas as entidades da Administração Pública, notadamente aos entes instrumentais de direito privado, ou seja, as fundações e empresas mantidas ou controladas pelo Poder Público, mas que não tenham natureza jurídica de direito público. Este ponto havia sido criticado desde 1998 por Ricardo Rivero, quando dizia que “la situación que se produce es de un reprochable vacío legal. Determinadas entidades en forma pública de personificación, que se integran en la Administración Pública, gozan según este régimen de una libertad similar a la de los sujetos privados a la hora de adjudicar muchos de sus encargos. No escapan solamente del régimen de los contratos administrativos, sino también de las garantías mínimas que se derivan de las exigencias constitucionales a la regulación de los contratos de la Administración. Esta situación de inseguridad jurídica

---

<sup>127</sup> Consolidada pelo Real Decreto Legislativo 2/2000.

se complica debido a la remisión genérica al derecho privado que hacen los estatutos de muchos de los entes en cuestión y a la difícil calificación de la actividad que desarrollan como actividad mercantil o actividad de interés público sin este carácter”<sup>128</sup>. Igualmente, outros doutrinadores reconheceram as deficiências do direito administrativo espanhol ante as diretivas europeias<sup>129</sup>.

O Tribunal de Justiça Europeu, na sentença do assunto C-214/00, cinco anos mais tarde, iria condenar o Reino da Espanha justamente por não incluir tais órgãos da Administração Pública sob os efeitos da legislação que, supostamente, estaria internalizando o conteúdo das diretivas *Recursos* (89/665 e 92/13).

A Espanha também foi condenada por não haver internalizado integralmente as características das medidas cautelares, ao fazer que a concessão de uma medida cautelar, tivesse ou não efeitos positivos, dependesse da interposição prévia (ou, em alguns casos excepcionais, posterior) de um recurso formal, ou seja, a legislação espanhola não permitia então (e até a presente data ainda não o faz) a solicitação de medidas cautelares independentes de recursos formais.

Mas, no mesmo assunto, a Espanha venceu as alegações da Comissão Europeia e do Advogado Geral Léger, ao comprovar que todos os atos do procedimento de licitação são impugnáveis, e não apenas a adjudicação, o que por si só já representa um grande avanço em relação à realidade francesa.

---

<sup>128</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 269.

<sup>129</sup> Entre outros, GIMENO FELIÚ, José Maria. *El Control de la Contratación Pública (las normas comunitarias y su adaptación em Espana)*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 64-81 e GARCÍA de ENTERRÍA. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 99-156.

#### 2.2.4. O recurso administrativo no Brasil

Uma das primeiras características que nos apresenta o sistema brasileiro<sup>130</sup> de recursos contra atos administrativos é a ampla legitimação para impugnar e/ou recorrer<sup>131</sup>. Não apenas os licitantes, derrotados ou não, mas qualquer cidadão, associação, organização não-governamental, promotores, etc., podem buscar a correção de atos administrativos que julguem ilegais, seja na esfera judicial, seja na própria esfera administrativa.<sup>132</sup>

Isso porque o Brasil, assim como os Estados Unidos, também adota o sistema de jurisdições cumulativas para os recursos em matéria de licitação, atribuindo poderes tanto aos órgãos administrativos quanto judiciais para solucionar as impugnações e recursos apresentados.

A esfera administrativa não está consolidada em um órgão específico para julgar os pleitos, senão no mesmo órgão responsável pela condução da licitação. Qualquer impugnação deve ser primeiramente apresentada na mesma comissão de licitação que conduz os trabalhos (usualmente composta por 3 ou 5 funcionários públicos, dos quais pelo menos dois deverão ser ligados ao órgão promotor da seleção<sup>133</sup>), com possibilidade de recurso à autoridade hierarquicamente superior.

Não há um órgão administrativo independente e centralizado que possa conhecer e julgar os recursos administrativos

---

<sup>130</sup> Em matéria de licitações, regulado pela lei 8.666/93, especialmente no art. 109, além de algumas disposições esparsas. Subsidiariamente, poder-se-á aplicar a lei do processo administrativo federal, nº 9.784/99.

<sup>131</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 216.

<sup>132</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 578 e ss.

<sup>133</sup> Art. 51 da lei 8.666/93

em matéria de licitações. Curioso é que em matéria tributária, por exemplo, há verdadeiros tribunais administrativos. Uma impugnação administrativa em matéria tributária, salvo pedidos específicos de reconsideração, não será julgada pelo mesmo fiscal que haja praticado o ato impugnado, nem o recurso por seu chefe; o tribunal administrativo tributário será responsável por conhecer e julgar, em primeira e segunda instâncias, sem prejuízo da possibilidade de buscar amparo judicial, as impugnações e/ou recursos. Não há semelhante estrutura no que se refere a licitações.

O Tribunal de Contas, ainda que atue como fiscal dos gastos do Estado, o que inclui as licitações, trabalha por iniciativa própria, quase sempre fiscalizando por amostra as licitações depois de concluídas, ainda que por vezes selecione algumas (especialmente as que antecedem grandes contratos) para atuar preventivamente. Mas ainda nesses casos, não irá julgar eventuais recursos de licitantes; poderá apenas intervir no momento que detecte uma ilegalidade ou quando lhe seja encaminhada alguma denúncia formal, mas não se pronunciará sobre as impugnações ou qualquer incidente processual que eventualmente surja.

Na prática, o que ocorre é que a autoridade superior quase sempre manterá a decisão da comissão de licitação, inclusive porque dificilmente chegará a examinar os autos, uma vez que a própria decisão do recurso freqüentemente é elaborada pela mesma comissão que o julgou em primeira instância<sup>134</sup>. Essa realidade, ainda que flagrantemente ilegal, é o que mais comumente se percebe na rotina dos órgãos públicos. O que ocorre é que a sinergia entre os membros da comissão de licitação e a autoridade superior – que os designa para

---

<sup>134</sup> Esta e outras informações contidas nesta seção não foram colhidas em fontes escritas de rigor científico, mas foram todas coletadas da experiência do autor em sua atuação profissional com licitações, seja como funcionário público, seja lidando com o setor de vendas ao governo de empresas privadas, seja como advogado especializado nesta matéria.

exercer esta função – é tão grande que possibilita esta confiança mútua. Esse problema deriva também do interesse que a autoridade superior tem na manutenção das decisões da comissão de licitação, seja para acelerar a contratação da compra ou dos serviços, seja mesmo para manter alguma eventual ilegalidade que possa de fato existir e que para a qual há complacência daquela autoridade.

Daí que os licitantes costumam recorrer muitas vezes diretamente ao Poder Judiciário para impugnar atos administrativos que crêem ilegais ou prejudiciais à sua participação. Ao juiz é facultada uma ampla possibilidade de ação, desde a suspensão do trâmite da licitação, passando pela sua anulação ou mesmo a anulação do contrato, ainda que já tenha sido firmado, no que tal sistema se distingue da maioria dos países de tradição jurídica europeia continental e inclusive dos anglo-saxões.

### **2.2.5. O recurso administrativo no Japão**

O Japão criou seu sistema de recursos administrativos basicamente para enquadrar-se nas diretrizes do Acordo sobre Contratação Pública, celebrado no seio da criação da Organização Mundial do Comércio, depois da Rodada Uruguay.<sup>135</sup>

Segundo informa o próprio governo japonês à Comissão de Contratação Pública da Organização Mundial do Comércio, “[l]a Oficina de Examen de la Contratación Pública (OECP) se estableció en la Oficina del Primer Ministro para dar efecto a las disposiciones del Acuerdo en relación con los procedimientos de impugnación. La Junta de Examen de la Contratación Pública (JECP) sigue los procedimientos

---

<sup>135</sup> OMC – Organização Mundial do Comércio. *Documento GPA/37*. Disponível em <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/PLURI/GPA/37.doc> [Acessado em 20/12/2003].

de la Oficina y examina de manera equitativa e imparcial las reclamaciones relativas a la contratación pública realizada por entidades distintas de las entidades de los gobiernos subcentrales. La JECP examina las reclamaciones en conformidad con los procedimientos establecidos por la OECP en aplicación del Acuerdo y otras medidas señaladas por el Jefe de la OECP.”<sup>136</sup>

O órgão julgador, portanto, é a JECP, ao passo que à OECP, que é composta por doze vice-ministros e funcionários de alto escalão de várias agências, cabe elaborar as normas segundo as quais a Junta irá atuar, bem como controlar sua atuação, mediante informes periódicos. A JECP tem uma curiosa formação, notadamente acadêmica, com quatro de seus sete membros titulares sendo professores universitários, bem como dez de seus quatorze membros especiais<sup>137</sup>.

As normas que regem o procedimento da JECP estão arroladas na Decisão do Conselho de Ministros de 1º de dezembro de 1995, intitulada “Estabelecimento da Oficina de Exame da Contratação Pública” <sup>138</sup> cuja síntese de como regulamenta a matéria passaremos a fazer. <sup>139</sup>

São legitimados para impugnar atos relativos a licitações qualquer um que “haja fornecido ou fosse capaz de fornecer o produto

---

<sup>136</sup> Idem, Ibidem, p. 3. Transcrito da versão oficial do documento em espanhol.

<sup>137</sup> JAPÃO – Agência de Planejamento Econômico. *A guide to the new system of complaint review procedures for government procurement*. Disponível em [http://www5.cao.go.jp/access/english/chans\\_about\\_e.html](http://www5.cao.go.jp/access/english/chans_about_e.html) [Acessado em 20/12/2003]

<sup>138</sup> Adiante trataremos simplesmente por EOECP. É possível consultar a versão oficial em inglês: JAPÃO. *Establishment of the Office of Government Procurement Review*. Cabinet Decision (Dec. 1, 1995). Disponível em <http://www5.cao.go.jp/access/english/chans/kakugi-e.html> [Acessado em 20/12/2003].

<sup>139</sup> Cf. GRIER, Jean Heilmann. “Japan’s implementation of the WTO agreement on government procurement”. *Journal of International Economic Law*, Pennsylvania: University of Pennsylvania, n. 605, 1996, pp. 643-656.

ou serviço<sup>140</sup> quando a entidade o licitou”<sup>141</sup>. A normativa permite que mais de um licitante participe da impugnação, de maneira que também poderão participar aqueles que “tiverem interesses na licitação sob impugnação”<sup>142</sup>, devendo para isso comunicar a JECP de sua intenção de participar no prazo de cinco dias depois da publicação da aceitação da JECP para processar a impugnação<sup>143</sup>. As impugnações podem ser feitas em qualquer etapa da licitação, mas nunca além de 10 dias depois que os fatos que lhe sirvam de suporte sejam conhecidos, ou teriam condições razoáveis de sê-lo.<sup>144</sup>

Recebida a impugnação, a JECP poderá aceitá-la ou rechaçá-la prontamente<sup>145</sup>. Para rechaçá-la, a JECP deve concluir que a impugnação não é tempestiva<sup>146</sup>, que não está no âmbito do Acordo sobre Contratação Pública da OMC<sup>147</sup>, que é frívola ou banal<sup>148</sup>, que não foi apresentada por um fornecedor conforme definido<sup>149</sup>, ou, de uma maneira ampla, que é inapropriado para ser conhecido pela JECP<sup>150</sup>. Se a JECP entende que a impugnação deve ser processada, deverá comunicar imediatamente por escrito ao fornecedor impugnante

---

<sup>140</sup> Veja-se que aqui também teremos problemas com a amplitude da legitimação para recorrer. No entanto, ao invés de falar-se em interesse, fala-se em ser capaz de fornecer o produto ou serviço licitado, o que pode levar a uma exegese ainda mais complicada que a verificada na legislação espanhola.

<sup>141</sup> Procedimentos do EOECP, §2 (1) (I). No original: “those who supplied, or were capable of supplying the product or service when the procuring entity procured the same”. É possível consultar a versão oficial em inglês: JAPÃO. *Review Procedures for Complaints Concerning Government Procurement*. Cabinet Decision (Dec. 14, 1995). Disponível em <http://www5.cao.go.jp/access/english/chans/tetuzuki-e.html> [Acessado em 20/12/2003].

<sup>142</sup> Procedimentos do EOECP, §3 (1). No original: “have interests in the procurement subject to the complaint”.

<sup>143</sup> Procedimentos do EOECP, §3 (3) y §4 (5).

<sup>144</sup> Idem, §4 (1).

<sup>145</sup> Idem, §4 (2).

<sup>146</sup> Idem, §4 (3) (I).

<sup>147</sup> Idem, §4 (3) (II).

<sup>148</sup> Idem, §4 (3) (III).

<sup>149</sup> Idem, §4 (3) (IV).

<sup>150</sup> Idem, §4 (3) (V).

e à entidade cuja licitação estará sob revisão, bem como publicar sua decisão no diário oficial (*Kanpō*)<sup>151</sup>.

No prazo de dez dias depois de haver decidido conhecer da impugnação, a JECP quase sempre deverá decidir entre suspender a adjudicação do contrato<sup>152</sup>, no caso de que seja uma impugnação anterior à formalização do contrato, ou sua própria execução, caso a impugnação lhe seja posterior<sup>153</sup>. Quando a JECP solicita uma suspensão, o órgão estará obrigado a cumpri-la, salvo se sua autoridade maior declare que circunstâncias urgentes e obrigatórias, ou de interesse nacional, o impedem de atender à solicitação, caso em que deverá comunicar à JECP quais são estas circunstâncias de fato.<sup>154</sup>

A JECP deverá solicitar da entidade informações a título de contestação à impugnação<sup>155</sup>, que deverão ser acompanhadas de vários documentos<sup>156</sup>, sobre os quais será dada aos impugnantes a oportunidade de se pronunciarem<sup>157</sup>. Em seguida, a JECP poderá designar audiências com as partes, testemunhas ou peritos, o que também poderá ser requerido pelas partes ou seus representantes legais.<sup>158</sup>

Por fim, em um prazo de até 90 dias do ingresso da impugnação, a JECP deverá expedir suas conclusões em forma escrita, levando em consideração a seriedade de qualquer deficiência no procedimento de licitação, o grau de prejuízo para todos ou qualquer licitante, o grau de dano à integridade e efetividade do Acordo sobre Contratação Pública, a boa-fé dos impugnantes e da entidade

---

<sup>151</sup> Idem, §4 (5).

<sup>152</sup> Idem, §4 (6) (I).

<sup>153</sup> Idem, §4 (6) (II).

<sup>154</sup> Idem, §4 (6) (IV).

<sup>155</sup> Idem, §4 (8) (I).

<sup>156</sup> Idem, Ibidem.

<sup>157</sup> Idem, §4 (8) (II).

<sup>158</sup> Idem, §4 (7) y §4 (8).



encarregada da licitação, a extensão da execução do contrato a que a licitação se refere, o custo das recomendações para o governo do Japão, a urgência da licitação e o impacto das recomendações nas operações da entidade promotora da licitação.<sup>159</sup>

Em suas conclusões, que têm um verdadeiro teor de sentença, a JECP deve declarar as bases de suas conclusões, determinar a validade ou não da impugnação e especificar se a licitação contrariou ou não normas do Acordo sobre Contratação Pública<sup>160</sup>.

No caso de que conclua que a licitação não seguiu as normas do Acordo, a JECP deverá expedir recomendações determinando que a entidade publique um novo edital convocatório; busque novas propostas ou fornecedores sem alterar as condições do edital original; re-avalie as propostas; adjudique o contrato a um licitante diferente ou extinga o contrato.<sup>161</sup>

Verifica-se que também no Japão, como no Brasil, é possível a extinção de um contrato obtido através de uma licitação que contenha ilegalidades, embora no caso japonês isso seja possível simplesmente por intermédio de uma impugnação administrativa. Sem embargo, no Japão a entidade pode recusar-se a seguir as recomendações da JECP, com o que deverá enviar suas razões por escrito à JECP e à OECP num prazo de dez dias. A normativa não diz em que condições a entidade pode recusar-se ao cumprimento da recomendações estipuladas, o que pode constituir o grande “furo” do sistema japonês.

Em todo caso, quando a JECP verifique indícios de corrupção ou comportamentos dolosamente contrários ao

---

<sup>159</sup> Idem, §5 (3).

<sup>160</sup> Idem, §5 (1).

<sup>161</sup> Idem, §5 (4).

ordenamentos das licitações, deverá informá-lo às autoridades competentes para investigar o fato.<sup>162</sup>

### **2.3. As iniciativas internacionais de uniformização dos recursos administrativos**

Os pactos de livre comércio regionais freqüentemente concedem uma especial atenção às compras governamentais, justamente pelo seu volume. Ocorre que com igual freqüência os governos locais costumam manipular as cláusulas editalícias de forma a favorecer as empresas locais, deixando em evidente desvantagem os nacionais de outros países.

Considerando que de nada adiantaria um sistema de normas hipotéticas que não pudessem utilizar de mecanismos de coação e atendendo à importância que tem a garantia da probidade nos contratos administrativos por meio dos recursos administrativos, diversas instituições internacionais desenvolveram modelos, facultativos ou obrigatórios, para sua regulamentação. Em seguida analisaremos os mais relevantes.

#### **2.3.1. O Pacto sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio**

A Organização Mundial do Comércio, após a Rodada do Uruguai, ocasião em que foi criada, firmou uma série de tratados internacionais, dentre os quais podemos destacar o Pacto sobre

---

<sup>162</sup> Idem, §5 (7).

Compras Governamentais, ou, como é mais conhecido, *Government Procurement Agreement* (GPA).

Uma série de países na ocasião firmaram o acordo, do qual o Brasil não faz parte, dentre os quais foi o Japão aquele que mais fundo desceu na efetiva transposição das normas para seu ordenamento jurídico interno, motivo pelo qual analisamos detalhadamente a regulamentação japonesa dos recursos administrativos em matéria de licitação.

As principais preocupações quando da redação das normas do GPA referentes aos recursos licitatórios era que houvesse um órgão independente para julgá-los, fosse de natureza administrativa ou judicial e que, independente de sua natureza, suas decisões deveriam ser necessariamente motivadas. Além disso, o tratado buscava garantir que: 1) os licitantes poderiam ser ouvidos antes de qualquer decisão; 2) os licitantes poderiam ser representados e/ou acompanhados nos litígios; 3) os licitantes teriam acesso a todos os procedimentos, que seriam realizados em público, com a entrada franqueada a testemunhas e 4) toda documentação permaneceria disponível para consulta pública posterior.

Ainda, o GPA determina que as decisões proferidas pelas cortes ou tribunais administrativos devem ser vinculantes, não permitindo ao administrador público escolher entre aplicá-las ou não. Confere direitos a impugnação a qualquer licitante e, embora não fixe prazo para que a controvérsia seja resolvida, determina que seja dada “prioridade e celeridade suficiente” para o bom andamento da máquina pública.

### **2.3.2. O modelo UNCITRAL de regulamento dos recursos administrativos**

As Nações Unidas, por meio de sua Comissão de Legislação sobre Comércio Internacional (*United Nations Commission on International*

*Trade Law* – UNCITRAL), igualmente nutrindo a preocupação com o comércio internacional, desenvolveram um modelo de lei licitatória. A grande diferença de natureza jurídica entre o modelo UNCITRAL e o GPA é que enquanto o documento da OMC é um verdadeiro tratado internacional, ou seja, norma cogente, o modelo da UNCITRAL é meramente uma “sugestão” aos países membros ou não da ONU de qual legislação deveriam adotar para montar um “adequado” sistema de licitações públicas.<sup>163</sup>

No que se refere ao procedimento recursal, enquanto nuns pontos o modelo UNCITRAL mostra-se arrojado, ao propor o prazo máximo de 60 dias para apreciação dos recursos (30 dias pelo próprio órgão licitante e mais 30 pelo órgão revisor) peca por um enfadonho conservadorismo ao propor a necessidade de interpor recurso ao órgão licitante como pré-condição de aceder à instância recursal propriamente dita, assim como não exige que as resoluções de disputas sejam vinculantes para a Administração Pública, tendo mera natureza de recomendação.

A possibilidade de recorrer dos atos não é total. Além de ser impossível recorrer contra um contrato já celebrado, igualmente o modelo UNCITRAL afasta da apreciação da instância recursal: 1) a escolha do método de seleção de licitantes (licitação aberta ou limitada, p. ex.); 2) a decisão de limitar a participação em determinados processos licitatórios para algumas nacionalidades; 3) a decisão de rejeitar todos os licitantes e suas propostas e 4) a omissão em afirmar, no texto do edital ou no contrato, quais as normas aplicáveis àquele procedimento, embora a UNCITRAL recomende que seja de boa praxe adotar a conduta de fazê-lo. Ainda, determinados tipos de atos estão sujeitos ao prazo decadencial (não o diferenciam de um eventual prazo

---

<sup>163</sup> O modelo de lei em inglês pode ser consultado na página da UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/proc93.htm> [Acessado em 15/07/2004]

prescricional) de 20 dias a contar de sua concretização para que seja submetido à devida revisão.

Quanto à legitimidade de recorrer, o modelo UNCITRAL adota a conceituação genérica de conceder o direito de recurso a “qualquer fornecedor ou contratante que alegue haver sofrido, ou que pode sofrer, prejuízo ou dano devido a condições impostas no procedimento licitatório”. Como já se pode ver, sempre haverá um largo espaço para interpretação do que poderá ser ou não considerado prejuízo a fins de possibilitar a interposição de recursos.

### **2.3.3. O modelo de recursos administrativos na União Européia e no NAFTA**

No contexto da União Européia são duas as diretivas que tratam da matéria de recursos contra atos administrativos, as já multicitadas 89/665 e 92/13. Essas diretivas foram expedidas com o objetivo de mudar a situação anteriormente existente no cenário europeu, onde os países não se haviam ocupado de implementar normas que garantissem a efetiva transposição das diretivas anteriores sobre contratação pública para os seus ordenamentos jurídicos internos.

A diretiva 89/665 cria um duplo controle para a fiscalização das contratações públicas, por intermédio dos recursos: um sistema nacional e outro comunitário.

O sistema nacional poderá apresentar-se sob a forma administrativa, podendo esta ser materializada pelo mesmo tipo de órgão que promove a licitação ou por um organismo independente, mas a interpretação da doutrina é no sentido de que apenas estarão satisfeitos os mandamentos da diretiva no caso de que haja um órgão jurisdicional para apreciar o recurso, seja de maneira complementar ou

exclusiva, ou seja, com ou sem a existência de uma esfera administrativa além da judicial.<sup>164</sup>

As medidas a serem tomadas poderão ter um perfil provisório, em sede de medida cautelar, que poderá ter efeitos suspensivos sobre a licitação, ou efeitos positivos, determinando a correção de alguma arbitrariedade praticada. Igualmente, as decisões poderão ter um perfil definitivo, consistindo basicamente na anulação das decisões ilegais e na indenização, em cada caso, dos danos e prejuízos ocasionados.<sup>165</sup>

No plano comunitário, a Comissão Europeia, órgão executivo da Comunidade, poderá ser instada a intervir em um procedimento licitatório irregular, notificando o Estado em questão do descumprimento da normativa a fim de que se regularize a situação, devendo o Estado em vinte e um dias responder a notificação, informando a correção da irregularidade, a suspensão do procedimento ou a recusa em tomar alguma atitude, hipótese em que a Comissão poderá, no caso em que não esteja satisfeita com a justificativa apresentada, iniciar um procedimento vinculante contra seu Estado membro.<sup>166</sup>

Por sua vez, a diretiva 92/13, que estende o controle também sobre os contratos dos chamados “setores excluídos” (água, energia, transportes e telecomunicações), estabelece quatro mecanismos de controle quanto à aplicação das normas comunitárias: as já conhecidas vias de recurso nacionais e a possibilidade de

---

<sup>164</sup> GIMENO FELIÚ, José Maria. *El Control de la Contratación Pública (las normas comunitárias y su adaptación em Espana)*. Madrid: Civitas, 1995, p. 60.

<sup>165</sup> Idem, *ibidem*, p. 61.

<sup>166</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La Contratación Pública en la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi, 2002, p. 75.

intervenção da Comissão, mas também duas outras novas modalidades: a possibilidade para o órgão administrativo de obter uma certificação prévia, através de um exame periódico, de que suas condutas estão de acordo com o ordenamento comunitário (o que diminui bastante as possibilidades de impugnação) e um mecanismo de conciliação ante a Comissão, no qual, com a ajuda de especialistas e com base unicamente no direito comunitário e não no ordenamento nacional, se buscará conciliar as partes litigantes.

Quanto ao que se refere ao tratado do NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) de 1992, o trato dos recursos administrativos em matéria de compras governamentais é bastante menos detalhado que a normativa europeia. Seu artigo 1017 igualmente prevê que os países devem ter um sistema de recursos administrativos relativos a licitações que deverão ser julgados por uma autoridade sem “interesse substancial no resultado da licitação”<sup>167</sup>. São possíveis procedimentos prévios de negociação antes de formalizar uma impugnação<sup>168</sup>, cujo prazo para apresentação poderá ser limitado a não menos que 10 dias úteis<sup>169</sup>. Também é possível a adoção de medidas cautelares para suspender a licitação<sup>170</sup>, mas o tratado não se refere a medidas cautelares de efeito positivo. Por outro lado, em contraste com a UE e o modelo da OMC, as decisões destas autoridades podem ser encaradas mais como “recomendações”<sup>171</sup>, que deverão “normalmente” ser seguidas<sup>172</sup>, que exatamente como ordens aos órgãos de licitação.

---

<sup>167</sup> Tratado do NAFTA, art. 1017, 1, *g*.

<sup>168</sup> *Idem*, art. 1017, 1, *b*.

<sup>169</sup> *Idem*, art. 1017, 1, *f*.

<sup>170</sup> *Idem*, art. 1017, 1, *j*.

<sup>171</sup> *Idem*, art. 1017, 1, *k*.

<sup>172</sup> *Idem*, art. 1017, 1, *l*.

## **2.4. Haverá um sistema recursal adequado para combater a corrupção?**

Evidentemente, nenhum sistema será livre de falhas, especialmente quando o delito que se pretende evitar é a corrupção. Isto porque qualquer sistema depende da colaboração daqueles que o operam e, se o pessoal que põe em marcha o sistema não é confiável, ou seja, é corrupto, não haverá norma procedimental que esteja imune a violações.

Sem embargo, acreditamos que é possível elaborar o desenho de um sistema o mais próximo possível do ideal, para que ao menos possa dificultar a ocorrência da corrupção, tornando-a uma prática extremamente complexa, arriscada e certamente não merecedora dos esforços exigidos, salvo, claro, quando se tratar de grandes contratos, com os quais a atenção dos auditores e promotores públicos deverá estar sempre redobrada.

Há que se ter em mente, como já dissemos anteriormente, que de nada serve um sistema burocrático em demasia, que acabe por eliminar uma perspectiva de eficiência da Administração Pública, pois assim talvez o prejuízo social com a lentidão dos trâmites administrativos seja maior que o da própria corrupção.

### **2.4.1. O órgão competente**

Portanto, quando falamos de recursos, a primeira coisa que temos que considerar é o órgão que será competente para processá-los. Não faz sentido jogar toda a carga sobre o sistema judiciário. Em quase todos os países do mundo, o Poder Judiciário é considerado demasiadamente lento para julgar os litígios que lhe são apresentados. Isto se deve não só à carência de juízes ou ao anacronismo dos códigos de processo, mas em parte pertence à própria essência do procedimento



de fazer-se justiça por um terceiro que não conhece de antemão, nem deve conhecer, as partes, o motivo da contenda, as provas, etc. Claro que um número menor de processos para cada juiz aceleraria a elaboração de seus julgados, mas seguramente isto levaria a uma demanda ainda maior da sociedade, hoje reprimida em países como o Brasil, por levar ao Judiciário fatos simples, que costumam ser esquecidos por não valerem à pena, como se pôde verificar recentemente com o advento dos juizados especiais no panorama judiciário brasileiro.<sup>173</sup>

A reforma das leis processuais, com o intuito de reduzir as possibilidades de recurso e os prazos para apresentação de contestações ou mesmo de decisões por parte do juiz, tem um limite na segurança jurídica e na cultura do Poder Judiciário que, ainda que se possa cambiar, não será tarefa fácil nem rápida.

A criação de seções judiciais especializadas de fato contribui com que se tenha ao menos juízes que conhecem a fundo a matéria, mas tampouco garante celeridade, como comprova a experiência dos diversos países que a adotaram.<sup>174</sup>

De forma que estamos convencidos que a melhor maneira para garantir um julgamento rápido das impugnações e recursos administrativos, ao menos no que se refere a licitações, é num ramo autônomo de julgamento de matéria administrativa.

---

<sup>173</sup> LETTERIELLO, Rêmolo. *O perigo da ampliação da competência dos juizados especiais cíveis*. Disponível em <http://www.tj.ms.gov.br/juizados/doutrina/doutrina.html> [Acessado em 15/3/2004]

<sup>174</sup> No Brasil, o tempo médio para julgamento de uma ação civil convencional costuma ser menor que o tempo de uma ação que tramite em uma vara especializada em processos que envolvam o Estado, segundo pesquisa promovida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Perfil das Maiores Demandas Judiciais do TJERJ*. Disponível em <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc> [Acessado em 12/08/2004]). No entanto, em parte isso se deve aos prazos mais elásticos de que dispõe o Estado para defender-se e recorrer.

Por que as licitações mereceriam um tratamento especial? Em nossa opinião, porque elas ditam o ritmo de funcionamento do Estado. Sem contratar, nos tempos pós-liberalismo, o Estado já não funciona, porque já não tem equipamentos nem pessoal para executar muitas tarefas necessárias à população.

Mas se deixamos o manejo dos recursos administrativos unicamente nas mãos de tribunais administrativos, como garantir a imparcialidade que de outra maneira teria o Judiciário? Responderíamos a questão simplesmente com as mesmas garantias que promovem a independência do Judiciário, ou seja, obtenção do cargo por meio de concurso público, garantida até a aposentadoria, proibição de remoção compulsória e proibição de redução de vencimentos. O que caracteriza a independência do órgão julgador não é sua natureza judicial ou administrativa, mas sim as garantias que lhe são outorgadas, bem como a maneira de seleção de seu quadro funcional<sup>175</sup>. Ou seja, se propõe a criação de uma carreira de julgadores administrativos, cujas vagas serão providas por meio de concurso público, com as demais garantias citadas.

Mas isto faria com que os tribunais administrativos contassem apenas com teóricos, que não tenham vivenciado necessariamente os problemas empíricos da Administração Pública ou de sua fiscalização, o que costuma ser um problema crônico entre os juízes tradicionais.

Isto se solucionaria com a designação de metade das vagas dos tribunais administrativos para serem preenchidas através de indicação do Tribunal de Contas e do Poder Executivo, cada um indicando um quarto das vagas existentes. A composição dos tribunais administrativos de contratações governamentais portanto seria de 50% de juízes provenientes de concursos públicos, 25% indicados pelo

---

<sup>175</sup> AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955, p. 67.

Tribunal de Contas dentre os componentes do seu quadro de carreira e 25% indicados pelo Poder Executivo.

Dessa maneira se garantiria a ótica polifacetada dos tribunais administrativos, ao mesmo tempo em que estaria assegurada a independência dos julgadores, ao menos em 75% de sua composição.

Caso se desejasse dotar os tribunais administrativos de uma visão sempre dinâmica, de modo a renovar seus membros, poder-se-ia fixar mandatos para os membros indicados pelo Tribunal de Contas e pelo Executivo, sempre que a duração do mandato do juiz administrativo fosse mais larga que a do mandato do chefe do Executivo e do Tribunal de Contas (p. ex. cinco ou seis anos contra quatro) e que o membro mantivesse as garantias de proibição de remoção e de redução de vencimentos<sup>176</sup> depois do exercício do seu mandato por tempo igual ao mesmo (no exemplo citado, mais cinco ou seis anos). Desta maneira, igualmente estaria assegurada a independência dos julgadores administrativos.

Entendemos, ademais, que a existência deste tribunal administrativo para contratações públicas não é incompatível com a possibilidade de recorrer-se ao Judiciário. Inclusive, em muitos países, a proibição de buscar amparo judicial seria inconstitucional<sup>177</sup>. Mas um tribunal administrativo respeitável, com membros competentes e com respaldo político e legal, que julgue com celeridade os litígios, facilmente obterá a preferência dos impugnantes e inclusive os que fiquem insatisfeitos com os julgados do tribunal administrativo não irão recorrer ao Judiciário, por mostrar-se evidente sua inutilidade, salvo raras exceções, justamente para as quais se manterá aberta a porta tradicional. Essa é justamente a realidade que se verifica nos Estados Unidos, onde o *General Accounting Office* acabou por suprimir do

---

<sup>176</sup> Embora algumas garantias possam parecer evidentes perante o ordenamento jurídico brasileiro, nem sempre o são em outros sistemas.

<sup>177</sup> No Brasil, por exemplo, feriria o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Judiciário o julgamento da quase totalidade das impugnações contra licitações.<sup>178</sup>

Ressalte-se que aqui não pretendemos levantar uma bandeira contra o Judiciário. Ao revés: como último bastião das liberdades democráticas, essencial ao Estado de Direito, ao desafogá-lo o que se espera é que possa cumprir melhor suas atribuições, ao passo que o Executivo encontrará um mecanismo ágil para igualmente cumprir sua missão, respeitando a ordem jurídica.

Por outro lado, cabe por fim ressaltar, não somos contrários a que os tribunais administrativos tenham, nos moldes da França, Espanha e Portugal, natureza jurisdicional, ou seja, integrem o Poder Judiciário e não o Executivo. Nossa preocupação, voltamos a dizer, é que ele seja independente, caso em que só se sujeitaria, evidentemente, à Corte Suprema do país. Ou seja, não seria suficiente criar varas especializadas, mas seria essencial, se desejássemos manter a natureza jurisdicional dos tribunais administrativos, criar um novo ramo do Judiciário, inclusive regido por um Código de Processo Administrativo. Vale ainda ressaltar que tal opção seria especialmente interessante em países que, como o Brasil, não permitem a vedação do recurso ao Judiciário. Com as Cortes Administrativas possuindo natureza jurisdicional, evitar-se-ia a superposição de instâncias e a protelação do procedimento.

#### **2.4.2. Os legitimados para impugnar**

A legitimação para impugnar deve ser ampla e irrestrita. Não vislumbramos motivos para limitá-la apenas aos licitantes

---

<sup>178</sup> ARROWSMITH, Susan e outros. Op. Cit. nota 82, p. 751.

derrotados ou ao ganhador. Deve ser possibilitado a qualquer cidadão, nesta condição, impugnar qualquer ato que repute ilegal.

O único argumento que poderia mostrar-se plausível contra essa possibilidade seria o eventual afluxo de impugnações de inúmeros cidadãos que nada teriam a ver com a licitação<sup>179</sup>. Mas a nosso ver este argumento não encontra fundamento, pelos seguintes motivos:

1) Primeiramente, por que qualquer cidadão “tem algo a ver” com os gastos públicos e, logo, deve ter a possibilidade de tomar iniciativas para proteger seu direito como contribuinte de impostos.

2) Nos países que já o permitem, não se registra nenhum afluxo excessivo de impugnações por meio de cidadãos. Os que mais o fazem costumam ser políticos que, ainda que na qualidade de cidadãos, atuam para defender o que reputam ser de interesse público.

3) Na mesma linha do argumento anterior, os impugnantes costumam ser em sua grande parte licitantes derrotados, que tentam lograr a adjudicação para eles mesmos. São estas impugnações que costumam ter caráter especulativo e não a dos cidadãos. Segundo estudos realizados nos Estados Unidos, 90% das impugnações apresentadas por licitantes derrotados são julgadas improcedentes.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> É o que diz o modelo de regulamento de licitações públicas UNCITRAL. ONU – Organização das Nações Unidas. *Modelo UNCITRAL de legislación sobre contratación de bienes, obras y servicios con guía de implantación*. New York: ONU, 1995. Disponível em <http://www.uncitral.org/spanish/texts/procurem/ml-procure-s.htm> [Acessado em 20/12/2003]

<sup>180</sup> NASH JR., R. C. e CIBINIC JR., J. *Federal Procurement Law*. 3ª ed., v. 1, New York: West Group Ed., 1977, p 805. O estudo foi realizado na década de 1970.

4) Limitar a legitimidade aos “licitantes que têm interesse” apenas levará a intermináveis e constantes discussões sobre se um determinado licitante poderia ou não ganhar a licitação e, se não, se então teria ou não direito a impugnar, o que resulta em uma discussão absolutamente infrutífera se o objetivo é o controle da corrupção, pois o que se quer é evitar as ilegalidades.

### **2.4.3. Os poderes do Tribunal**

De nada vale dotar o tribunal de uma formação e competência ampla e legitimar todos os interessados para atuarem em qualquer momento da licitação, se as decisões tomadas pelo tribunal ao final terão uma eficácia simplesmente relativa. Tribunais bem concebidos como o japonês podem ficar sem utilidade prática caso se permita ao órgão administrativo decidir discricionariamente se aplicará ou não a decisão de anulação/retificação dos atos administrativos julgados ilegais.

A decisão do Tribunal há que ser vinculante e compulsória, não deixando margem de opção à Administração Pública, pois o cumprimento da lei não é opcional. Evidente que reconhecemos a necessidade eventual de contratação urgente ou sem a atenção de certos requisitos de publicidade e procedimento por parte da Administração, mas esta situação é excepcional e deve estar devidamente regrada pela lei, especialmente com a possibilidade de atribuir-se a responsabilidade política ao agente que autorizar este tipo de procedimento, com suas respectivas sanções. Mas ainda assim veja-se que isto não seria o caso de descumprimento da decisão do tribunal, mas sim de aplicação de uma norma legal que expressamente autoriza um comportamento especial da Administração.

Ou seja, o permissivo legal para conduzir o procedimento de uma maneira diferente em situações de urgência há que ser específico e anterior à decisão do tribunal. Deve pautar a conduta da Administração e não servir para que ela descumpra as decisões. A norma deve dizer

que em caso de extrema necessidade, a Administração, por exemplo, poderá contratar sem licitação, sob declaração prévia e por escrito dos motivos da necessidade/urgência, assinada pelo chefe do órgão, que terá responsabilidade política, civil e criminal por seu ato. No entanto, a norma não poderá autorizar o mesmo chefe a, em um procedimento qualquer, após a condenação do tribunal, declarar a urgência de uma licitação e determinar o seu seguimento, descumprindo uma decisão do tribunal administrativo que julgou ilegal(is) algum(uns) ato(s) praticado(s) anteriormente no procedimento.

O Estado de Direito não pode conviver com duas normas antagônicas e simultaneamente válidas<sup>181</sup>, quais sejam, a norma do tribunal que diz ser ilegal um ato administrativo e outra da própria Administração que, sem invalidar a norma do tribunal (porque não se trata de um procedimento de revisão da decisão, mas tão-só de outra apreciação sobre o mesmo ato supostamente ilegal), determina a manutenção do ato por razões de “interesse público”, como se não houvesse interesse público na manutenção da legalidade.

Pensamos dessa maneira ainda quando nos referimos aos tribunais administrativos, uma vez que presumimos que são dotados de independência funcional. Se falamos de um tribunal jurisdicional, surge além de tudo o já descrito, um nítido problema de colisão das esferas de competência dos Poderes, o que também seria inadmissível.

Deste modo, insistimos que as decisões do tribunal devem ser compulsórias, sob pena de responsabilidade política, criminal e patrimonial<sup>182</sup> daquele que desobedecê-las.

Mas não só a plena aplicabilidade das decisões do tribunal será suficiente para a prevenção da corrupção. Indispensável será

---

<sup>181</sup> COSSIO, Carlos. *Radiografía de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 185.

<sup>182</sup> VALADÉS, Diego. *El Control del Poder*. 2ª ed., Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000, pp. 121 e ss.

também a possibilidade de adoção de medidas cautelares durante o procedimento, inclusive aquelas de efeito positivo, podendo suspendê-lo ou determinar a prática de atos que sanem as irregularidades encontradas. E isso se diz tanto em relação ao tribunal administrativo quanto ao judicial, pois não se há de alegar que a concessão de liminares que atuem no procedimento de formação do ato (ou do contrato) administrativo seria vedada a um órgão de natureza jurisdicional, em virtude do princípio da separação de poderes.<sup>183</sup>

Infere-se a importância da possibilidade de aplicação de medidas cautelares a partir do fato de que ela está presente em todos os modelos e/ou normativas internacionais relativas a recursos em compras governamentais.<sup>184</sup>

As medidas cautelares não deverão estar sujeitas a uma interposição prévia de recurso, pois desta maneira se dificulta o controle mais rápido e eficiente da corrupção, mas não haveria problemas em permitir ao recorrente ingressar com uma petição mais fundamentada em um prazo de dois ou três dias. Sobre esta questão, conforme já nos referimos anteriormente, o Tribunal de Justiça Europeu já se pronunciou quando condenou a Espanha por não garantir o acesso às medidas cautelares desvinculado da interposição de um recurso formal.<sup>185</sup>

Todos os atos devem ser recorríveis, uma vez que concentrar as possibilidades de recurso apenas contra a adjudicação muitas vezes significa impedir qualquer eficiência ou mesmo eficácia do

---

<sup>183</sup> No mesmo sentido, CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. “Cautelares, Liminares e Procedimentos Administrativos. Momento de Controle (visão comparada). In VVAA. *Primeira Jornada de Estudos Judiciários*. Brasília: Cej Brasília, 1994, p. 145.

<sup>184</sup> Art. 1017, 1, *j* do NAFTA; Art. 2º, 1, *a* da Diretiva 89/665 da Comunidade Econômica Européia e Art. XX, 7, *a* do *Government Procurement Agreement* da OMC

<sup>185</sup> Sentença do Tribunal de Justiça Europeu contra Espanha, assunto C-214/00, §§ 82 a 101. (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça da Comunidade Européia. Assunto C-214/00, Rel. V. Skouris, Sala Sexta, DOUE 05/07/2003, p. 2, Info nº 2003/C 158/2).



controle. Esperar a adjudicação para discutir a legalidade do edital convocatório é acrescer sem necessidade uma espera para a Administração Pública que pode chegar a meses, o que tornaria inviável sua gestão.

A recorribilidade de cada ato isoladamente proporciona um controle muito mais adequado e sem a possibilidade de adicionar na discussão o argumento da ineficiência de ter que fazer todo o procedimento outra vez, que acaba conduzindo ao pensamento do “a esta altura, melhor deixar como está”.

Por fim, nos parece essencial a existência de uma norma que estabeleça um prazo máximo para julgar os recursos e impugnações, uma vez que não haveria sentido na criação de toda uma estrutura para agilizar o funcionamento do contencioso administrativo sem uma coerção legal para garantir sua rapidez. Um prazo de trinta dias improrrogáveis quando houver ocorrido a suspensão da licitação ou de noventa dias, prorrogáveis por mais dez, nos demais casos, seguramente seria bastante razoável para garantir o contraditório, uma eventual produção de provas e a elaboração do julgado. Ainda que muitos ordenamentos exijam um julgamento célere, são poucos os que, como o japonês, fixam um intervalo de dias para que se conclua o processamento dos recursos.

## Cap. 3 – O problema da discricionariedade nas licitações

*Sumário: 3.1. Discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e licitação; 3.2. A radicalização discricionária; 3.3. Discricionariedade, eficiência administrativa e o combate à corrupção.*

### 3.1. Discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e licitação pública

Urgência, relevância, proposta mais vantajosa, interesse público, singularidade do objeto licitado, notória experiência, ilibada reputação, entre outros, são termos utilizados nos mais diversos ordenamentos jurídicos na tentativa do legislador de orientar a atividade contratual administrativa, criando limites para a discricionariedade por meio desses conceitos jurídicos indeterminados.

Freqüentemente a lei exige a subsunção dos fatos materiais a uma dessas hipóteses a fim de permitir a dispensa de licitação ou sua realização de maneira excepcional. Ocorre que a lei não faz, e dificilmente poderia fazer, uma aclaração absolutamente precisa destes conceitos, deixando então à autoridade administrativa o poder de preencher o conteúdo de tais conceitos.<sup>186</sup>

A polêmica surgirá justamente nos limites deste “preenchimento”. A doutrina nacional vem adotando o entendimento de que, enquanto a discricionariedade constitui-se numa faculdade concedida pelo legislador ao administrador público para escolher,

---

<sup>186</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. “O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados”. Rio de Janeiro: Forense, v. 98, n. 359, jan-fev/2002, pp. 383 e ss.

dentre pelo menos duas opções, a que entender mais conveniente e oportuna, dentro de um juízo de razoabilidade<sup>187</sup>, escolha sobre a qual não caberia a apreciação judicial<sup>188</sup>, os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, apenas admitiriam uma única interpretação no caso concreto<sup>189</sup>, sendo sua adequada fixação plenamente sindicável ao controle judicial.<sup>190</sup>

Tal doutrina, genericamente conhecida como teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, teve sua origem na Alemanha pós-guerra, traumatizada pela experiência nazista e crente na habilidade dos juízes para controlar os excessos do Executivo. Ali, desejava-se diminuir ao mínimo a discricionariedade administrativa<sup>191</sup>. No entanto, essa corrente alemã já não é mais majoritária naquele país, embora encontre ferozes defensores deste lado do Atlântico.<sup>192</sup>

Parece-nos mais razoável a postura que não vê entre os conceitos jurídicos indeterminados e a mera discricionariedade administrativa uma diferença tão radical<sup>193</sup>. Na verdade, a diferença seria quantitativa e não qualitativa<sup>194</sup>, na medida em que ambas ferramentas possuem uma zona de certeza, uma zona negativa e uma zona “cinzenta”, de dúvida quanto ao cabimento de uma determinada

---

<sup>187</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48.

<sup>188</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”. *Boletim de Direito Administrativo*. Abr/1991, p. 235

<sup>189</sup> DUARTE, Maria Luísa. “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, n. 370, nov/1987, p. 57.

<sup>190</sup> SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 45.

<sup>191</sup> KRELL, Andreas J. “A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados e o controle da discricionariedade no Brasil’”. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, ano 5, n. 23, jan-fev/2004, p. 31.

<sup>192</sup> Idem, *Ibidem*, pp. 33 e ss.

<sup>193</sup> ENGLISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Batista Machado. 5ª ed., Lisboa: Gulbenkian, 1979, p. 170

<sup>194</sup> DUARTE, Maria Luísa. Op. cit. nota 189, p. 53.

realidade dentro do universo normativo<sup>195</sup>. Pragmaticamente, a diferença entre os mecanismos, que acabam por servir ao mesmo objetivo legislativo, qual seja, o de tornar o texto permeável à realidade quando da concretização da incidência da norma, é o tamanho da zona de incerteza<sup>196</sup>. O legislador buscava proporcionar uma maior abertura interpretativa para o Executivo concretizar a norma e, mesmo para viabilizar isso, nas hipóteses em que os fatos se enquadrassem nesta “zona cinzenta” dos conceitos jurídicos indeterminados, caberia tão-somente um controle judicial parcial da atuação do administrador público.<sup>197</sup>

Por sua vez, na contra-mão do pensamento espanhol<sup>198</sup>, González-Varas aponta que o órgão jurisdicional não pode assinalar o conteúdo do conceito jurídico indeterminado, a não ser que seja “como en consecuencia de emplear parámetros necesaria y exclusivamente jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y de procedimiento, a la observancia por resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y a la propia desviación de poder.”<sup>199</sup>

Aparentemente inerte à discussão doutrinária contemporânea, o Judiciário parece ainda atado à dualidade dos atos

---

<sup>195</sup> HECK, Philip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Lisboa: José Osório, 1947, p. 59 e ss.

<sup>196</sup> O termo “permeável” aqui empregado, não deve ser confundido com a idéia de porosidade que Canotilho utiliza como um dos graus de indeterminabilidade do conceito jurídico indeterminado, junto à polissemia, vaguidade, ambigüidade e esvaziamento. (Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Lisboa: Coimbra, 1983, pp. 430 e ss.)

<sup>197</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 71 e 164.

<sup>198</sup> A doutrina espanhola costuma seguir a trilha do seu maior administrativista, García de Enterría, que entende só existir no caso concreto uma interpretação possível para o conceito jurídico indeterminado. GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1993, p. 395.

<sup>199</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Contrato Administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 140.

“vinculados” e “discricionários”<sup>200</sup>, resolvendo o problema com uma solução simplista, abstendo-se de interferir nas interpretações dos conceitos jurídicos indeterminados que faz o Executivo<sup>201</sup>, salvo quando fruto de nítida arbitrariedade<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Segundo essa concepção, é vinculado o ato para o qual “a lei estabelece requisitos e condições de sua realização, deixando os preceitos legais para o órgão nenhuma liberdade de atuação”, enquanto a noção de atos discricionários englobaria o conceito de discricionariedade propriamente dito e o de conceito jurídico indeterminado, que “a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, oportunidade e do modo de sua realização”. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. nota 49, p. 143 e no mesmo sentido MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 125 e ss.)

<sup>201</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 28

<sup>202</sup> Nesse sentido: “(...) 1. Não há falar em afronta ao princípio da autonomia autárquica, pois, nos termos dos arts. 3º do Decreto nº 1.611/96 e 4º da Estrutura Regimental do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, a nomeação para o cargo comissionado exercido pelo impetrante, junto à autarquia federal, competia ao Ministro dos Transportes, sendo que de tal fato decorre, logicamente, a sua competência para instauração da Comissão de Processo Disciplinar. 2. Extrai-se das informações prestadas pela autoridade coatora que, por emanarem de agente público, possuem presunção de veracidade, serem os integrantes da Comissão servidores estáveis da Administração Pública Federal. Precedentes. 3. Não se vislumbra ter ocorrido violação aos princípios da ampla defesa ou do contraditório, ao contrário, o trâmite procedimental obedeceu às disposições legais que regem a matéria. 4. Refogem ao controle judicial a análise das alegações referentes à necessidade do requisito da habitualidade para caracterização da desídia, à ocorrência de omissão do impetrante, em relação ao ato de classificação das despesas empenhadas, e à proporcionalidade de pena, por integrarem o mérito do ato administrativo. 5. Segurança denegada. (STJ – MS 5983 – DF – 3ª S. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 04.03.2002)”; “(...) 1. Firmou-se a jurisprudência desta Corte, cristalizada na Súmula 39 no sentido de que: ‘É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual (Constituição Federal, art. 21, XII, 'e').’ 2. Essa orientação aplica-se ao presente caso, pois não cabe ao Poder Judiciário, substituindo-se à Administração Pública, autorizar terceiro a explorar linha de transporte rodoviário de passageiros, uma vez que tal questão está intimamente ligada ao mérito do ato administrativo. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF 1ª R. – AG . 01000594755 – PA – 3ª T.S. – Rel. Juiz Conv. Leão Aparecido Alves – DJU 04.03.2002 – p. 173)” e ainda “1. Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.’ (STJ, MS 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19/3/2001). Precedente do STF. 2. Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo. 3. É da boa doutrina que integram o conjunto da prova não somente os seus elementos produzidos no processo administrativo disciplinar, mas também aqueles outros que vieram à luz na sindicância que o preparou, podendo e devendo ser considerados na motivação da decisão. 4. Do policial militar é exigido o cumprimento

(cont.)

Isto só torna ainda mais grave a utilização desses conceitos para regular a fuga das regras administrativas de controle. Grande parte da corrupção em licitações se faz por meio da manipulação de tais conceitos<sup>203</sup>, cujo controle é bastante limitado, não só em virtude da discricionariedade administrativa para decidir, por exemplo, o que é do interesse público<sup>204</sup>, como também pela impossibilidade de discutir em sede judicial o que é urgente, *v.g.*

Para o controle da corrupção em licitações, seria importante uma definição do legislador direcionando a atividade jurisdicional. Uma possibilidade é expressamente determinar que o juiz faça o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade dos governantes por meio de critérios mais ou menos objetivos, alguns dos quais, especialmente os mais importantes em matéria de licitações, tentaremos demonstrar em seguida. Outra, mais radical e que analisaremos mais adiante, é a abertura total à discricionariedade administrativa no ato de escolher os contratantes.

---

(cont.)

do dever mediante rigorosa observância do regime de suas atividades, sendo que o envolvimento com pessoas e atitudes criminosas o torna absolutamente inapto a permanecer em uma organização que é e deve continuar sendo modelo de disciplina, ordem e acatamento das leis na sociedade. 5. Verificada a regularidade do processo administrativo disciplinar e a correlação da figura típica da falta disciplinar cometida com o preceito que autoriza a demissão a bem da disciplina, o exame da suficiência e da validade das provas colhidas, requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do mandamus e à competência do Poder Judiciário.6. Recurso improvido. (STJ, ROMS 12971/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ 28/06/2004, p. 417)”

<sup>203</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1999, pp. 43 y ss.

<sup>204</sup> Freqüentemente veremos o preenchimento de tais conceitos jurídicos indeterminados sendo realizado de forma a favorecer objetivos absolutamente diversos daqueles enunciados expressamente na norma. É uma ofensa clara ao princípio geral da boa-fé no direito administrativo, muito bem explorado pelo prof. Jesus González Perez (GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983, pp. 39-48.)

### 3.1.1. O conceito jurídico de urgência

Não só no Brasil, mas num expressivo número de países europeus e americanos, a urgência é o conceito jurídico indeterminado mais utilizado, em matéria de licitações, para fugir dos preceitos legais<sup>205</sup>. Ao alegar urgência, não raro causada por sua própria inabilidade gerencial, o administrador público privilegia a necessidade de celeridade no atendimento às demandas do serviço público em detrimento do ritual licitatório.

A hipótese normativa é indispensável. Casos de calamidade pública ou situações imprevistas nas quais o governo necessita agir com presteza podem ocorrer a qualquer momento, e até com relativa frequência. No entanto, o que se vê é a utilização do permissivo legal para favorecer empresas com as quais os administradores públicos mantêm estreitos laços. Por incompetência ou imprevidência proposital, em nítida afronta ao princípio da isonomia<sup>206</sup>, os administradores permitem que os estoques de medicamentos sejam reduzidos a zero; que os contratos de prestação de serviços terminem antes que seja iniciado um novo procedimento licitatório; que se aproxime a data de intervenções necessárias em áreas da cidade com propensão climática cíclica a alagamentos ou desabamentos sem tomar qualquer providência para que seja indiscutível a urgência. Tal situação não apresenta mudanças com as alternâncias de governos.<sup>207</sup>

No caso da lei brasileira, a situação dos contratos celebrados em caráter emergencial, com fulcro no art. 24, IV da lei 8.666/93, deve ter seu lapso temporal limitado a 180 dias, sendo proibida sua renovação. No entanto, não é o que se observa na prática,

---

<sup>205</sup> RIBAS JÚNIOR, Salomão. *Corrupção Endêmica*. Op. cit. nota 84, p. 252.

<sup>206</sup> QUIRINO, José Goulart. “Dispensa e inexigibilidade de licitação”. *Correio Braziliense*. Brasília, 11 de março de 2002, Caderno Direito & Justiça, p. 4

<sup>207</sup> VAZ, Lúcio. “O pretexto é a emergência”. *Correio Braziliense*. Brasília, 26 de abril de 2004, Caderno Direito & Justiça, p. 4

com seguidas renovações, amparadas no beneplácito de parte da doutrina especializada.<sup>208</sup>

Na tentativa de definir a idéia de urgência, Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma que é caracterizada pela inadequação do procedimento formal de licitação ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização da licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo relevante ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas<sup>209</sup>. Mais adiante, o autor distinguirá a emergência “real” da oriunda da incúria administrativa, não eximindo, neste último caso, o funcionário responsável da penalização administrativa necessária, embora o trato licitatório seja o mesmo.

A utilidade da teoria do conceito jurídico indeterminado e sua conseqüente “única possibilidade de interpretação”<sup>210</sup> é que o juiz poderia analisar o caso concreto e apreciar a ocorrência ou não de urgência, ou seja, se naquele caso, para fins de realização de licitação, os prazos seriam realmente impeditivos. Caso tal urgência adviesse de negligência do agente público responsável, ainda que o juiz reconhecesse seu cabimento para fins licitatórios, não estaria o funcionário isento de sua punição, necessária para a preservação da aplicação do princípio da moralidade.<sup>211</sup>

Ainda quanto à idéia de urgência, existirá um caso em que o controle judicial será prejudicado. Por exemplo, o caso da urgência

---

<sup>208</sup> Embora o façam com relação a situações “realmente excepcionais”: BITTENCOURT, Sidney. *Questões polêmicas sobre licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 1999, p. 119, onde cita igual opinião do prof. Marçal Justen Filho

<sup>209</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Licitação nas empresas estatais*. São Paulo: McGraw-Hill, 1979, p. 54.

<sup>210</sup> Vide nota 189

<sup>211</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1992, p. 49



que, configurada como meta de campanha do então candidato a administrador público que, uma vez eleito, queira implantá-la de imediato. Veja-se bem: um candidato que pautar sua campanha na construção “urgente” de uma estrada ou de uma ponte, ou na implementação imediata e emergencial da reforma agrária, e tenha sido eleito, não recebeu o aval popular para conduzir assim o Estado? Pode o Judiciário, tecnicamente, frear a vontade popular expressa por sua maneira mais soberana? Acreditamos que haverá casos em que isto não será possível.

O grande problema de atribuímos a sindicabilidade absoluta aos conceitos jurídicos indeterminados é tirar do administrador público o próprio poder de administrar. Especificamente em matéria licitatória, o procedimento emperra a Administração e, ainda quando não a prejudica pela velocidade, geralmente irá fazê-lo com relação à qualidade do produto licitado. Como a regra geral da licitação brasileira é optar pelo critério do menor preço, a Administração Pública servir-se-á sempre do que há de mais barato, e quase sempre, mais vulgar, no mercado. Se o administrador utilizar o conceito da urgência para dispensar a licitação e contratar por contra própria, seguramente estará extrapolando os limites do conceito jurídico indeterminado e estará sujeito ao controle judicial. Mas não nos parece que essa solução será sempre a melhor a ser adotada.

Acreditamos que a maneira que temos disponível hoje para balancear qualidade e eficiência na contratação com o atendimento aos interesses públicos de isonomia e ampla competição é através da adoção do conceito de proposta mais vantajosa, como faremos mais adiante.

### **3.1.2. O conceito jurídico de interesse público**

A idéia de interesse público é mais antiga que própria idéia de Estado. Na verdade, segundo o contratualismo, o próprio Estado

advém da idéia de interesse público, expressado no desejo de uma ordem que pudesse promover o bem comum.<sup>212</sup>

O caminho mais óbvio seria identificar o interesse público com o interesse (ou a vontade?) da maioria, numa simplificação perigosa e muitas vezes simplesmente errada<sup>213</sup>. A distinção entre vontade popular e interesse público deve ser ressaltada, fixando-se na primeira, sim, o desejo da maioria habilitada a exercer a cidadania e no segundo, aquilo que designa tudo que vem a colaborar para o bem-estar da comunidade, ainda que traga incômodos imediatos.

Ainda há pouco dissemos que a vontade popular pode servir para definir o que é ou não urgente para uma sociedade. No entanto, o interesse público freqüentemente terá um apelo mais técnico. Uma determinada política econômica pode ser danosa a curto prazo para a população, mas trazer-lhe benefícios inestimáveis a longo prazo. Uma obra de grande porte pode tumultuar a vida de uma cidade, recebendo grande rejeição à sua realização, mas seus benefícios podem converter-se em vitais dentro de anos.

Assim, o interesse público não pode ter um caráter plebiscitário exclusivamente, embora seja importante sua representatividade no seio da população. Naturalmente, o bom administrador público deverá fazer coincidir a vontade popular com o interesse público, para assim realizar suas gestões com amplo respaldo popular. Pois o interesse público, em última instância, tem que ser buscado pelo agente público por ser a finalidade única da Administração, decorrendo daí que todos seus atos de gestão visam ao

---

<sup>212</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. pp. 69-71.

<sup>213</sup> ROSKIN, Michael; CORD, Robert; MEDEIROS, James e JONES, Walter. *Political Science – An Introduction*. New Jersey: Prentice Hall, 1991, p. 68.

interesse público, sob pena de anulação por via judicial ou administrativa.<sup>214</sup>

Freqüentemente, no entanto, o que ocorre, novamente, é a distorção do conceito jurídico indeterminado para dirigir a máquina estatal de modo a atender interesses privados. Igualmente, dentro da já discutida sindicabilidade do conceito jurídico indeterminado, é possível realizar o controle da interpretação dos ditames abstratos *in casu*, embora nem sempre seja fácil. Por outro lado, omitir-se de controlar o que seria “interesse público” e presumir a absoluta perícia do administrador público, ao exercer a faculdade discricionária, significa deixar o interesse público dos administrados entregue ao arbítrio, aos mandos e desmandos da administração pública, como se tem verificado ao longo da história.<sup>215</sup>

### **3.1.3. O conceito jurídico de notória especialização ou notório saber**

A notória especialização, ou notório saber, além de instruir a indicação dos ministros das cortes superiores de justiça brasileiras, igualmente serve para tornar inexigível a licitação nos casos em que a lei especifica. Embora a redação do art. 25 da lei 8.666/93 seja bastante restritiva<sup>216</sup>, buscando tornar mais difícil levar-se adiante um

---

<sup>214</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 165.

<sup>215</sup> SOARES, José Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 89.

<sup>216</sup> Exige-se para que seja legalmente declarada inexigível a licitação: quanto ao objeto, que se trate de serviço técnico e que esteja elencado no art. 13 da lei 8.666/93, que apresente determinada singularidade e que não se trate de serviço de publicidade ou divulgação; quanto ao contratado, que o profissional tenha a habilitação pertinente, que possua especialização na realização do objeto pretendido, que tal especialização seja notória e por fim que tal notória especialização esteja intimamente relacionada com a singularidade pretendida pela Administração. (Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op Cit. nota 214, p. 445)

procedimento de inexigibilidade de licitação por notória especialização, sua utilização freqüente demonstra que os administradores seguem dispostos a manipular os conceitos indeterminados para neles “fazer encaixar” qualquer coisa.

A jurisprudência dos Tribunais de Contas brasileiros tem fixado o conceito de que a notória especialização, para fins de declaração de inexigibilidade de licitação, só tem lugar quando se trata de serviço ou fornecimento “inédito ou incomum”, capaz de exigir na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.<sup>217</sup>

Evidentemente, na práxis administrativa é importante que, em determinadas condições, seja possível escolher um profissional renomado para que cuide da condução de algum projeto delicado e de grande importância para a Administração. Haverá casos em que será possível realizar licitação na modalidade concurso. Para outros casos, no entanto, quando ainda mais delicado o objeto do contrato, e ainda mais certo e específico o profissional a ser contratado, deverá ser reconhecida a impossibilidade de estabelecer uma competição e declarada inexigível a licitação.

No entanto, ressalta Jorge Ulisses Jacoby que, embora no plano teórico seja importante a manutenção desse dispositivo, melhor teria feito o legislador se houvesse aceitado o substitutivo apresentado pelo senador Pedro Simon a fim de retirar a possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação decorrente de notória especialização. O doutrinador aponta que o problema é a má aplicação que se faz da norma, geralmente servindo-se da exceção legal para criar reservas de mercado, para as quais não se tem um produto específico

---

<sup>217</sup> BUARQUE, Paulo Planet. *Da notória especialização*. São Paulo: Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 1974, p. 6.

pré-definido cujas características sejam difíceis de atender, mas um profissional ou empresa que se quer beneficiar.<sup>218</sup>

Evidentemente, nesses casos é essencial o controle judicial e talvez seja o conceito jurídico indeterminado que mais frequentemente é visitado pela jurisprudência brasileira em matéria de licitações, a fim de afastar a inexigibilidade e determinar a realização da licitação segundo os preceitos legais.<sup>219</sup>

### **3.1.4. O conceito jurídico de proposta mais vantajosa**

O conceito jurídico de proposta mais vantajosa vem ganhando relevância destacada nos últimos anos e mais recentemente lhe foi acrescido um impulso adicional, ao incorporar-se como um dos dois critérios de adjudicação admitidos na normativa da União Européia, junto ao melhor preço.<sup>220</sup>

Trata-se de uma solução ousada e interessante, pois este único conceito engloba nossos critérios de melhor técnica e técnica e preço, mas também possibilita com muito mais facilidade a inclusão de cláusulas nos editais que exijam um padrão mínimo de qualidade dos produtos.

O que é, no entanto, ser mais vantajoso? A normativa européia resolve o problema dizendo que o órgão adjudicante deverá elencar toda uma série de elementos, atribuindo-lhes os diferentes pesos segundo seu critério. A norma merece sua reprodução integral:<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. Cit. nota 214, pp. 443-444.

<sup>219</sup> GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 102.

<sup>220</sup> Art. 53º da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>221</sup> Faz-se aqui a reprodução da norma em sua versão oficial para a língua portuguesa, evidentemente, com as variações léxicas da pátria lusa.

### “Artigo 53º

#### Critérios de adjudicação

1. Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas à remuneração de determinados serviços, os critérios em que as entidades adjudicantes se devem basear para a adjudicação são os seguintes:

a) Quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante, diversos critérios ligados ao objecto do contrato público em questão, como sejam qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução; ou

b) Unicamente o preço mais baixo.

2. Sem prejuízo do disposto no terceiro parágrafo, no caso previsto na alínea *a* do nº 1, a entidade adjudicante especificará, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos ou, no caso de diálogo concorrencial, na memória descritiva, a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa.

Essas ponderações podem ser expressas por um intervalo de variação com uma abertura máxima adequada.

Sempre que, no entender da unidade adjudicante, a ponderação não for possível por razões demonstráveis, a entidade adjudicante indicará, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos ou, no caso do diálogo concorrencial, na memória descritiva a ordem de importância dos critérios.”

A inteligente construção desta norma permite que a Administração Pública estabeleça uma forma objetiva de comprar com qualidade também, e não apenas com preço baixo. A licitação brasileira de técnica e preço não atende a essa necessidade, pois estabelece requisitos que apenas podem ser cumpridos por contratos especiais. Como resultado, a Administração utiliza móveis, computadores, canetas, veículos, alimentos, tecidos, material de construção, serviços

de envio de documentos, etc., sempre de baixa qualidade<sup>222</sup>, pois compra o que há de mais barato<sup>223</sup> no mercado<sup>224</sup>, por ser o preço o único critério indiscutivelmente mensurável em termos numéricos.

Para fugir desse carma, a Administração Pública acaba por lançar mão de dispensas de licitação a fim de poder escolher um melhor fornecedor, situação que poderia ser evitada se lhe fosse possível, por exemplo, atribuir um peso à durabilidade do toner para fotocopadora ou à ergonomia das cadeiras que utilizam seus funcionários.

A idéia de proposta mais vantajosa está albergada em nossa Constituição Federal pelo princípio da eficiência<sup>225</sup>. De que serve à Administração comprar duas vezes, por comprar mal? De que lhe adianta pagar mais barato pela instalação de um serviço de rede lógica de computadores cuja certificação digital não é adequada e que em virtude disso se paralisa com frequência? Ou adquirir disquetes que, justo na hora de recuperar a informação que nele havia sido gravada,

---

<sup>222</sup> Este problema tem sido amplamente discutido na França e mesmo na Inglaterra, onde seus funcionários têm mais liberdade discricionária. Sobre o assunto, conferir, quanto à França (vide também nota 224): DELAUNAY, Bénédicte. "Quality commitments in French public enterprises" In FORTIN, Ivonne e VAN HASSEL, Hugo. *Contracting in the new public management – from Economics to Law and Citizenship*. Amsterdam: IOS Press, 2003, pp. 199-213. Quanto à Inglaterra, sugerimos: BADCOE, Penny. "Best Value – A New Approach in the UK" In ARROWSMITH, Sue e TRYBUS, Martin. *Public Procurement – The Continuing Revolution*. London: Kluwer, 2003, pp. 197-219.

<sup>223</sup> O célebre jurista francês André de Laubadère entende que o ditame legal de comprar o produto mais barato, limitando a liberdade de escolha, visa a proteger os interesses financeiros da Administração Pública. Em nossa opinião essa postura, extremamente conservadora e que não alberga uma noção de qualidade, já não se aplica, como veremos logo a seguir. (LAUBADÈRE, A. *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, pp. 257-259).

<sup>224</sup> Há que se diferenciar uma situação dupla na França. Ali existem dois tipos de controle quanto à adjudicação dos contratos: um fixado no preço e nas diretrizes orçamentárias, aplicável aos estabelecimentos de caráter administrativo (contrôle financier) e outro no qual se deve tangenciar a qualidade, que se aplica aos estabelecimentos estatais de natureza industrial, comercial ou de assistência social (contrôle d'Etat). Cf. DUBOIS, Jean-Pierre. *Le contrôle administratif sur les établissements publics*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, pp. 143-148).

<sup>225</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 100 e ss.

apresentam erros por desmagnetização da mídia de baixa qualidade? O custo seguramente acaba sendo maior. Através desse procedimento poder-se-ia evitar que o administrador, para evitar correr esse risco, contratasse uma grande empresa por inexigibilidade ou dispensa de licitação. Pelo mecanismo da proposta mais vantajosa, pode-se abrir à competição e escolher, como faz a iniciativa privada, pela composição de vários critérios.

Assim, podemos ter uma conceituação de proposta mais vantajosa como aquela que, dentro de um escopo de variáveis de qualidade e custo, apresenta o melhor resultado após aplicarem-se as ponderações escolhidas pelo órgão adjudicante.

Retomaremos a discussão de como operacionalizar o conceito de “proposta mais vantajosa” na seção “3.3.2. Experiência anterior como critério de contratação”.

### **3.2 A radicalização discricionária**

Este talvez seja o ponto de fazer uma provocação acadêmica, levantada *en passant* no final da seção “3.1. Discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e licitação pública”: por que tememos tanto a discricionariedade administrativa? Sempre que se fala em prevenir a corrupção em geral, não só em licitações, fala-se em seguida de que devem ser diminuídos os espaços para atuação discricionária do agente público.

Ainda há pouco, nas seções anteriores, propusemos que o Judiciário possa controlar a definição de vários conceitos jurídicos indeterminados a fim de garantir a legalidade e a moralidade no trato com a coisa pública.

Explicaremos a nossa postura *retro*. O sistema tem que possuir coerência interna, ou seja, ou limita a discricionariedade, deixando-a apenas para eventos extraordinários, ou pode-se pensar na



alternativa de liberá-la por completo, instituindo um rigoroso sistema de controle *a posteriori*.

Em nosso pensamento, o modelo de discricionariedade está intimamente ligado ao modelo de controle que se deseja. Ao limitar-se a discricionariedade, o controle fica focado no procedimento, ou seja, verificando se o agente público não manipula indevidamente algum conceito indeterminado, se não ultrapassa os limites dos permissivos legais. Por outro lado, se optamos por liberar amplamente a discricionariedade, o controle irá focar-se no resultado, ou seja, no impacto dos atos nas contas públicas.

Então, quando falamos em “radicalização discricionária” buscamos apontar a possibilidade de permitir ao agente político que escolha livremente com quem ele deseja contratar. O procedimento licitatório seguiria existindo, mas apenas para definir o preço. Ao final, o agente público sempre poderia oferecer à empresa de sua preferência a possibilidade de firmar o contrato, desde que obedecesse ao limite de preço que resultou da licitação.

Se a idéia fosse adotada assim, pura e simplesmente, seria um fracasso, por diferentes motivos: iria causar um esvaziamento das licitações às quais, por implicarem em custos, as empresas deixariam progressivamente de acudir; iria levar à quebra uma série de empresas de diferentes setores que dependem sistematicamente das licitações para sobreviver; levaria à criação de um cartel na Administração Pública que, ao invés de diminuir a corrupção, faria dela rotina. Combateremos cada um desses argumentos.

Inicialmente, os custos para participação em licitações estão cada vez menores, especialmente depois da adoção do pregão eletrônico, que dispensa a presença física do representante da empresa na sessão de entrega e abertura de envelopes. Também o custo com a emissão de documentos diminui porque eles só deverão ser enviados no caso de ser o licitante o proponente da melhor oferta.

As empresas que dependem exclusivamente de licitações, por sua vez, não podem exigir sua sobrevivência às custas da benevolência do Poder Público. Devem ser competitivas o suficiente para oferecer o melhor preço e a melhor qualidade, sob pena de extinção, e isso não é regra de um determinado sistema licitatório, mas do mundo capitalista.

Por fim, tampouco pode prosperar o argumento da formação de cartéis. Continuaria havendo licitações para definir o menor preço e a empresa da preferência do administrador público deverá aceitar realizar o contrato pelo menor preço oferecido. Ora, admitindo que o menor preço será oferecido por uma empresa independente, que não paga subornos, a empresa da preferência do administrador deverá seguir o mesmo preço e assim tampouco poderá pagar subornos. Porém, ainda que o fizesse uma ou duas vezes, a médio prazo essa alternativa deixaria de ser interessante e já não motivaria as empresas a corromperem o sistema. Além disso, tal hipótese de corrupção, embora censurável, não causaria desfalques ao erário, pois o valor pago seria o mesmo que eventualmente pagar-se-ia à outra empresa originalmente vencedora do certame, de maneira que se houve pagamento de suborno da empresa efetivamente contratada para o administrador público, esse dinheiro não prejudicou o tesouro público, mas tão-só a rentabilidade da empresa (além, claro, de atentar contra a moral do serviço público).

Eventualmente, poder-se-ia impor limites à absoluta discricionariedade do agente público, fazendo com que ele pudesse contratar livremente apenas entre as empresas que participassem do processo licitatório, ou apenas entre as que oferecessem um preço que estivesse numa margem de até 10% de variação em relação ao mais baixo, desde que tal empresa aceitasse seguir o valor menor de preço. Ainda, poder-se-ia exigir que, na hipótese de haver um programa de avaliação de qualidade das prestadoras de serviço ou fornecedoras do

Poder Público<sup>226</sup>, a empresa, para ser escolhida pelo agente público, tivesse que possuir uma avaliação bastante positiva em contratos anteriores, para os quais teria que haver sido selecionada pelos critérios puros.

Assim, a licitação deixaria de ser necessariamente um procedimento de escolha do contratado, mas antes seria um procedimento de definição do preço a ser pago pela execução do contrato. Mas seguramente muitos juristas veriam aí problemas de atendimento ao princípio da isonomia, o que abarrotaria os tribunais com contestações judiciais.

Vale registrar, no entanto, que nos Estados Unidos o Presidente da República pode lançar mão desses mecanismos, que foram inclusive largamente utilizados na seleção das empresas contratadas pelo governo norte-americano para reconstruir o Iraque após a invasão iniciada em março de 2003. Para os americanos, essa conduta é vista como uma consequência do poder que é conferido ao seu representante máximo e que lhe deve ser permitido escolher os parceiros com quem quer trabalhar a fim de alcançar os altos anseios nele depositados pela confiança de seus eleitores.<sup>227</sup>

Embora tal sistema pudesse levar ao desenvolvimento de proficuas e sadias parcerias público-privadas, onde a qualidade seria a tônica, reconhecemos que talvez os mecanismos de controle não tenham ainda evoluído o suficiente para dar-nos tranqüilidade em relação a esse sistema, motivo pelo qual tampouco iremos sugerir-lo mais adiante nas conclusões deste trabalho. Para todos os efeitos, entretanto, fica aqui o registro da provocação.

---

<sup>226</sup> Como propomos na seção “3.3.2. Experiência anterior como critério de contratação”

<sup>227</sup> SCHOONER, Steven L. “Commercial Purchasing: The chasm between the United States Government’s Evolving Policy and Practice”. In ARROWSMITH, Sue e TRYBUS, Martin. *Public Procurement – The continuing revolution*. London: Kluwer Law International, 2003, p. 138

### **3.3. Discricionariedade, eficiência administrativa e o combate à corrupção**

Durante a administração Clinton nos EUA, foi criada a Secretaria da Política Federal de Aquisições (*Office of Federal Procurement Policy*), para cuja direção foi indicado o professor da Universidade de Harvard, Steven Kelman, com a missão de reformar o sistema federal de aquisições públicas daquele país.

O trabalho de Kelman foi desenvolvido em várias frentes, buscando, por um lado, diminuir as possibilidades de corrupção, mas com seu foco maior em aumentar a eficiência dos processos de seleção de contratados pela Administração Pública.

A ótica de Kelman é que a corrupção é um problema penal e por seus próprios meios deve ser combatida<sup>228</sup>. Porém, como a existência da corrupção pode tornar um procedimento de seleção ineficiente, as oportunidades para que ocorra devem ser limitadas. No entanto, se para eliminar a possibilidade de corrupção há que criar uma estrutura tão pesada e amarrar tanto a Administração a procedimentos rigorosos que acabem por comprometer a eficiência, que se tolere o risco da corrupção e que se busque a eficiência, deixando a corrupção para ser combatida através de procedimentos de investigação judicial, para os quais devem ser dados mais recursos, além de ser aumentada a sanção do delito corruptivo.<sup>229</sup>

#### **3.3.1. Negociação prévia com fornecedores**

---

<sup>228</sup> KELMAN, Steven. *Public procurement and the fear of discretion*. Washington: American Enterprise Institute, 1990, p. 98-99.

<sup>229</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001, p. 87.

Kelman defendeu a idéia de que seria interessante para a Administração Pública que negociasse com os fornecedores dos produtos que pretendesse adquirir. Segundo ele, isto permitiria que a competição fosse mais além da disputa por preços, verdadeiramente fazendo com que as empresas privadas, que já têm experiência em implantar sistemas talvez ainda mais complexos que os do governo, pudessem colaborar para o desenvolvimento dos projetos.<sup>230</sup>

Esta é uma idéia polêmica, como alerta Rose-Ackerman, pois, ao permitir a comunicação e discussão das futuras contratações da Administração Pública entre os funcionários e os empresários privados, pode-se estar abrindo uma brecha pra a corrupção, ainda que “si los contactos ilícitos son ya comunes, legalizar los contactos puede favorecer a las empresas competentes y honradas que previamente carecían de acceso a los medios legales.”<sup>231</sup>

Ainda, devemos reconhecer que muitas vezes a estrutura administrativa simplesmente não tem um corpo de funcionários capaz de definir critérios técnicos adequados para uma determinada licitação, especialmente quando ela exija o domínio de tecnologias relativamente novas. Empresas privadas especializadas poderão participar de um processo público de tomada de decisão, onde caberá a elas expor soluções que serão analisadas e por fim definidas pelo Poder Público. Após a escolha dos termos da licitação, os licitantes-consultores poderão cotar os preços para fornecer os produtos.

É um inteligente mecanismo que inclusive faculta à Administração obter uma consultoria técnica sem ter que pagar por ela, uma vez que estará contida no bojo de um procedimento licitatório.

Talvez considerando todos esses argumentos foi que a União Européia, na multicitada Diretiva 2004/18/CE, em seu art. 29º,

---

<sup>230</sup> KELMAN, Steven. Op. cit. nota 228, p. 100.

<sup>231</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. Op. cit. nota 229, p. 86.

decidiu implantar o “diálogo competitivo”, mecanismo prévio à licitação claramente inspirado nas idéias do prof. Steven Kelman, a ser aplicado nos casos de “contratos particularmente complexos”.

Segundo a normativa européia, após apresentados os diferentes projetos, em que eventuais informações confidenciais serão protegidas, será escolhido o melhor dentre eles, se necessário, após mais de uma etapa de seleção eliminatória. Dando-se início então à etapa competitiva propriamente dita, todos os participantes da primeira fase poderão cotar preços de execução da proposta, que será adjudicada necessariamente pelo critério da proposta mais vantajosa. Estabelece a diretiva, ainda, que ao órgão adjudicante será facultado oferecer prêmios ou pagamentos a participantes do diálogo, em virtude de haverem contribuído para a escolha da melhor proposta.<sup>232</sup>

### **3.3.2. Experiência anterior como critério de contratação**

A utilização de critérios de avaliação do desempenho das empresas em contratos anteriores como mecanismos para seleção em futuras licitações foi uma das medidas concebidas por Kelman que mais suscitaram discussões judiciais.<sup>233</sup>

O debate era provocado especialmente pelas pequenas empresas, que ainda possuíam um histórico pouco desenvolvido, e especialmente, em um processo de qualidade ainda crescente, situação na qual, segundo afirmado, sua experiência anterior não seria tão relevante, quando não tivessem a pior sorte de serem prejudicadas.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> Diretiva 2004/18/CE, art. 29º, 1, 3, 4 e 8.

<sup>233</sup> MILLER, Terry. “Kelman’s Latest Proposal and Past Performance Explored”. *Federal Computer Report*, v. 21, n. 11, 9 de junio de 1997, p. 7.

<sup>234</sup> KELMAN, Steven. Op. cit. nota 228, p. 94.

Considerando que os contratos firmados com base em critérios corruptos costumam ser menos eficientes, nos parece que este mecanismo de fato pode constituir um benefício para as empresas honestas. Mas é necessário criar uma ponderação adequada para as empresas novas, inclusive para permitir que tenham oportunidade de que, surgindo no mercado, também possam crescer através da adjudicação de contratos públicos.<sup>235</sup>

Imaginamos que a criação de um banco de dados de porte nacional, avaliando qualitativamente todos os produtos e serviços fornecidos/prestados ao governo, do ponto de vista da durabilidade, rendimento, prazo de entrega, fornecimento de garantia e assistência técnica, consumo de energia, ergonomia e outras variáveis eventualmente aplicáveis, poderia orientar de maneira adequada, com base em experiências anteriores, futuras licitações apoiadas no critério de proposta mais vantajosa.

Tal avaliação seria realizada pelos beneficiários ou usuários imediatos dos produtos, fossem funcionários públicos ou consumidores, que poderiam opinar por meio de formulários escritos distribuídos estatisticamente com o contra-cheque, a fatura mensal de concessionárias de serviço público ou separadamente por meio de correio ou malote. Após recebidas as informações, seriam inseridas no sistema vinculadas ao código de barra do produto ou ao CNPJ do fornecedor, de forma a individualizar o registro, que para efeitos de comparação seria agrupado a outros da mesma categoria.

Para realizar tal agrupamento, a utilização de uma catalogação como a que foi feita na União Européia e batizada de *Common Procurement Vocabulary* (Vocabulário Comum de Compras Públicas) seria sobremaneira útil.<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001, p. 88.

<sup>236</sup> Trataremos do CPV com mais detalhes na seção “5.3. As iniciativas européias”

Assim, após possuir o banco de dados alimentado, tais informações poderiam ser utilizadas em licitações futuras. Se para o administrador público é mais importante a pontualidade na entrega do que necessariamente a durabilidade do produto (digamos que se trata de uma licitação para aquisição de pães para escolas públicas, com fornecimento diário e direto às unidades educacionais), poderia escolher o quesito “prontidão na entrega” ou algo semelhante e estabelecer uma ponderação com o preço (como peso 3 para qualidade e peso 5 para preço, p. ex.) e realizar a licitação a fim de escolher a proposta mais vantajosa.

Para que as informações do banco de dados tivessem valor estatístico, seguramente os 10% de avaliações piores e melhores deveriam ser ignorados. Também seria necessário criar uma média de fins estatísticos para as empresas recém-criadas que não tivessem histórico de fornecimento ao Poder Público, para que utilizassem uma ponderação de qualidade média até possuírem algumas avaliações reais de qualidade.

### **3.3.3. Premiação aos funcionários encarregados das licitações**

Quando se analisa a Administração Pública através dos indivíduos que a compõem, percebe-se em todo o mundo a existência de uma tônica quase uniforme, consistente em uma preocupação com fazer apenas estritamente seu serviço e um certo desinteresse pela coisa pública<sup>237</sup>. Isto em parte deriva de uma baixa oportunidade de progresso na carreira, acrescida de um baixo nível de reconhecimento pelos cargos mais altos, quase sempre preenchidos por políticos

---

<sup>237</sup> BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção – Um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume e ANPOCS, 1995, pp. 24-25.



profissionais ou seus assessores de confiança. A consequência disso é que há muitos funcionários honestos que simplesmente não têm estímulos ou vontade de buscar o melhor contrato para a Administração Pública.

Focando esse problema como uma realidade a ser alterada, Kelman propôs a premiação aos funcionários que atuassem na condução das licitações a ser calculada com base nos êxitos que fossem logrados, a fim de motivá-los a “vestir a camisa” da Administração Pública.

Com uma premiação convertida em dinheiro, calculada a partir das melhorias contratuais obtidas para a Administração em relação a uma média nacional ou regional de preços, esses funcionários passarão a interessar-se mais pela busca de melhores contratos, especialmente utilizando-se do permissivo legal para negociar diretamente com o fornecedor após ele haver ganhado a licitação.

Claro, a premiação pública nunca será maior que os benefícios logrados com a corrupção, mas além de ser absolutamente lícita, não traz riscos ao funcionário. É uma maneira de fazer com que o funcionário honesto se interesse pela condução do processo, o que pode inclusive fazer com que descubra eventuais manobras corruptas de seus companheiros.

Vale dizer, no entanto, que tal premiação distingue-se bastante do mero incremento salarial que combatemos anteriormente como mecanismo de efeitos imediatos sobre a queda da corrupção. Ali, baseados em estudos sociológicos, afirmamos que seria necessário um aumento considerável no salário do servidor para que fosse obtida uma redução discreta no índice de rejeição à corrupção.

Isso se dá especialmente em virtude do aumento salarial não estar vinculado ao seu trabalho. O funcionário imediatamente apropria aquele novo valor como direito seu e não o converte em estímulo às suas funções.

A premiação variável de acordo com o êxito nas licitações não só dará a necessidade periódica de buscar lográ-la, como também está diretamente vinculada à fiel execução de seu trabalho, o que proporciona um elemento motivador importante para o exercício da função pública. Esse resultado foi comprovado nos estudos realizados por Kelman.<sup>238</sup>

---

<sup>238</sup> KELMAN, Steven. Op. Cit. nota 228, p. 167.

## Cap. 4 – Participação popular e o controle da corrupção em licitações

*Sumário: 4.1. O que entendemos por “participação popular”; 4.2. O orçamento participativo e suas experiências; 4.3. O cidadão como fiscal da licitação; 4.4. Transparência Internacional e o Pacto de Integridade.*

### 4.1. O que entendemos por “participação popular”

Tão distintas quanto as práticas democráticas e supostamente democráticas que vemos espalhadas pelo mundo são as diferentes acepções da expressão “participação popular”. O fato é que o cidadão, seja sob a alegação de despreparo, seja sob a acusação de desinteresse, seja por argumentos de inviabilidade fática de participação, freqüentemente é excluído do processo decisório.

Salvo nas pequenas comunidades suíças (Cantões), vilarejos onde ainda é possível exercer a *landsgemeinde*, verdadeira democracia real e direta, na qual os habitantes reúnem-se anualmente em assembléia para decidir os rumos da vida pública local, não vemos outros exemplos no mundo que atinjam esse nível de participação popular.<sup>239</sup>

Evidentemente, em sociedades inchadas como as que temos nas grandes conurbações urbanas, a democracia representativa é a opção mais viável. No entanto, o jogo de cena da política profissional freqüentemente afasta a atuação dos representantes daquilo que agradaria seus representados.

---

<sup>239</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. Cit. nota 57, p. 129

Com isso, a participação popular acaba restrita à eleição, de anos em anos, de seus representantes para as diferentes esferas de poder público e, não raro, pela carência de educação e informação política, o eleitor freqüentemente vota em quem sustentou uma plataforma política radicalmente oposta à que seria efetivamente desejada pelos representados.

Nesse contexto é que surge a necessidade de um novo tipo de participação popular, cujos elementos serão selecionados por amostragem ou identidade temática, a interferirem no processo de tomada de decisão estatal.

Tais processos de participação serão facilitados com a utilização de modernos meios tecnológicos, mas nada impede que a realização de reuniões abertas e periódicas aumente consideravelmente a parcela de decisões governamentais reservada à voz do cidadão.

Assim, a participação popular deve se consubstanciar em espaços formalmente abertos, especialmente nos governos locais, para ouvir a população, individualmente ou sob a forma da sociedade civil organizada, registrar seus pedidos, sugestões e críticas e assim pautar a atuação governamental em conformidade com as diretrizes populares.

#### **4.1.1. A participação popular no combate à corrupção**

Engana-se aquele que se fia apenas em instituições, sejam elas ministeriais, judiciais, policiais, inquisitoriais ou de qualquer outra espécie, menoscabando os aportes que a população como um todo pode efetuar para o controle da corrupção.

Evidentemente é essencial a existência de uma estrutura institucional democrática e consolidada a fim de dar credibilidade e autonomia aos sistemas de controles. Porém, abrir a possibilidade de participação à população é não só uma opção sábia, mas eficiente.

O cidadão, como tal, é o dono do dinheiro público e o beneficiado pela sua aplicação. Portanto, compõe o segmento da sociedade mais interessado em combater a corrupção: o povo.

O grande problema na discussão de como permitir alguma espécie de participação popular no processo de prevenção à corrupção passa pela desqualificação técnica que costuma existir nos países em geral, mas especialmente naqueles subdesenvolvidos. Como conseguir *legítimos* representantes da população que possam contribuir à formação e atuação de um órgão com massa crítica para combater a corrupção?

Existem interessantes propostas de criação de entidades semi-estatais, constituídas apenas por civis, dentre eles vários “notáveis”, destinadas a fiscalizar a atuação administrativa, denunciar tentativas ou práticas de fraudes e corrupções e propor novos mecanismos de controle. Essas propostas surgem fundadas em razoáveis argumentos e até mesmo algumas experiências positivas vividas pela *Organized Crime Task Force for Construction Industry*, em Nova Iorque ou, em terras brasileiras, pela Comissão Especial de Investigações – CEI, criada no governo Itamar Franco para apurar administrativamente diversos elementos que haviam sido apenas levantados pela CPI do Orçamento.<sup>240</sup>

No entanto, não estamos convencidos de sua efetividade. A mera indicação pela autoridade governamental de “notáveis” não basta à solução da corrupção, pois sempre se estará à mercê do caráter da autoridade e de vários tipos de acordos de bastidores. Por outro lado, os mecanismos de legitimação para o desempenho de atividade pública já são deveras conhecidos: o voto e o concurso público, nenhum dos quais apresenta alguma diferença substancial em relação ao que já existe nas instituições atuais de controle.

---

<sup>240</sup> CARVALHOSA, Modesto. *O livro negro da corrupção*. São Paulo: Paz e Terra, 1995, pp. 7 – 28.

Eleger representantes para fiscalizar o governo seria a médio prazo o mesmo que eleger políticos. Basicamente, os políticos da oposição ao governo estariam ávidos para ocupar tais cargos, enquanto o governo apoiaria candidatos alinhados a ele para que pudessem governar tranquilos. A instituição do concurso público para este tipo de atuação, por sua vez, não se diferenciaria muito do que já existe em termos de legitimação para o Ministério Público.

Assim que, no que tange especialmente à participação popular, acreditamos que o que falta não é criar novas instâncias de representação, pois estas já se parecem supridas, mas sim de intervenção, de interação. Necessita-se que sejam abertas novas portas para que a população e a sociedade civil organizada como um todo possa participar do processo de luta contra a corrupção.

Isto é o que pretendemos discutir adiante neste capítulo, além de outras discussões pontuais sobre o mesmo tema que se encontram esparsas por toda a obra.

#### **4.1.2. *Accountability* e relação agente x principal**

No contexto da discussão sobre a participação popular no controle da atuação estatal (tanto no que se refere aos funcionários públicos quanto aos agentes políticos), mostra-se importante focar como se enquadra tal debate dentro do contexto das relações agente x principal.

A doutrina das relações agente x principal é oriunda da seara econômica, mas pode oferecer uma interessante perspectiva para a regulação jurídica. Trata basicamente de uma relação em que um agente tem em si depositada a confiança do principal para que atue em busca da satisfação do interesse deste último. Ao passo que o agente terá vantagens no desempenho de seu papel (como sua remuneração, p.ex.), caberá ao principal fiscalizar sua atuação e avaliá-la periodicamente, por diferentes sistemas.

Num plano social macro, especialmente no que tratamos aqui, verificamos que os políticos exercerão o papel de agentes do povo, que atuará como principal dessa relação. Da mesma forma, pode-se dizer que os funcionários públicos são agentes das bandeiras defendidas pelos políticos, que nesta circunstância atuariam como principal, fiscalizando a atuação de seus subordinados e devendo prestar contas de sua gestão por via reflexa ao povo, principal-mor em qualquer regime democrático.<sup>241</sup>

Percebe-se que a matéria tem a ver com *accountability*<sup>242</sup> em última análise, ou seja, estuda uma determinada situação em que um pólo da relação (o agente) deve prestar contas ao outro pólo (o principal), devendo por este ser julgado quanto ao atendimento das diretrizes esperadas, julgamento este que poderá determinar ou não seu seguimento no desempenho das funções que lhe foram assignadas.

Existe, porém, um detalhe de substancial importância ao estudar-se qualquer relação agente-principal: para que se tenha um nível ideal (ou “ótimo” como qualificam os economistas) de fiscalização, as duas partes têm que manejar um nível idêntico de informação, o que não costuma ocorrer. Na quase totalidade das circunstâncias, o agente conhece detalhes da execução de sua função que o principal não tem condições de avaliar ou mesmo de tomar conhecimento, partindo portanto de presunções que não raro fogem à realidade.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> PRZEWORSKI, Adam. “Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*” In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, pp. 44-46.

<sup>242</sup> O termo inglês *accountability* é de difícil tradução para a língua portuguesa. Literalmente, aproximar-se-ia a contabilidade, mas sua utilização no meio jurídico-econômico denota um significado muito mais amplo, no sentido de possibilitar uma tomada de contas, de possuir uma gestão transparente e, em último caso, de aplicar um sistema de responsabilização.

<sup>243</sup> LAFFONT, Jean-Jacques e TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. 4ª ed., Cambridge (EUA): MIT Press, 1999, p. 562. Os autores também re-  
representam o tema, porém amparados em um modelo matemático bastante denso, no capítulo 16.

Saindo um pouco do plano teórico: freqüentemente a população não tem como avaliar de uma maneira precisa se o governo gasta bem ou não os recursos de que dispõe, por várias razões: não consegue ter uma dimensão exata do que significam os valores postos no orçamento (ainda que sejam divulgados, não é qualquer pessoa que consegue compreender quanto valor existe em “um bilhão de dólares”, por exemplo); não tem idéia de que parte do orçamento público é disponível para relocação e que parte possui vinculação necessária; não tem idéia das quantidades de material adquirido, muito superiores às que maneja no dia-a-dia (seriam necessários para o sistema de educação fundamental dois milhões de litros de leite ou bastariam oitocentos mil?) e por fim nem sempre consegue avaliar com precisão quanto do preço poderia ser diminuído através de uma compra de grande volume.

Ou seja, os agentes públicos manejam informação que, ainda que posta em tabelas e publicadas no Diário Oficial, dificilmente poderá ser contestada por grande parte da população. Não existe igualdade entre as informações que cada lado maneja, elas são assimétricas. Dessa forma, a avaliação a ser realizada dificilmente será a ideal e terá que se amparar em outros fatores de externalização mais evidente, como o número de creches construídas ou ruas asfaltadas, mas que não necessariamente refletem um melhor dispêndio dos recursos públicos, mas podem tão-somente significar uma arrecadação tributária mais pujante ou, o que é pior, mais expropriatória.

Assim, permitir ao cidadão que participe do processo de tomada de decisão, conhecendo os preços praticados, a quantidade de recursos disponíveis, as demandas sociais existentes (que o cidadão sente na pele), possibilitará uma *accountability* muito mais eficiente e com nítidos reflexos na avaliação do bom gestor público, mesmo em anos de “vacas magras”.

Nesse contexto, a implantação do orçamento participativo, da maneira como expomos a seguir, tem uma fundamental importância.



## 4.2. O orçamento participativo e suas experiências

Talvez uma das mais felizes experiências brasileiras de participação popular tenha sido o orçamento participativo, no qual os governos municipais destinam parte de seus recursos para serem aplicados segundo deliberação em assembléias às quais atendem os membros das comunidades interessadas ou seus representantes especificamente eleitos.

Esse nível de interação com as contas públicas não só é interessante para que o cidadão tenha noção de como está sendo gasto o dinheiro de sua comunidade, mas especialmente para que possa avaliar a postura governamental e, interagindo com ela, fazê-la mais compatível com seus interesses.

Especificamente no que pertine à corrupção e seu combate, o orçamento participativo poderá fazer com que recursos que se desejava colocar numa obra supostamente popular para beneficiar determinados fornecedores ou prestadores de serviço sejam reavaliados de acordo com as necessidades da população local.

É comum o acerto de obras com empreiteiras mesmo antes de realizada a eleição. Urbanizar um bairro, construir uma estrada ou uma dezena de postos médicos, gerando volume de obras sem a preocupação em mantê-las posteriormente. É surpreendente a quantidade de verbas destinada a construções de escolas, postos de saúde ou parques sem que haja a necessária destinação de recursos para fazer que tais estruturas funcionem efetivamente, tendo outra utilidade que não abrigo para animais de todas espécies.

Com a participação popular, a comunidade pode conseguir um nível de interação que retire a verba da construção inútil de uma determinada instalação e a destine para a implantação de uma equipe

médica de plantão no local ou a pavimentação de uma pequena rua que possibilitaria a chegada de transporte público ao bairro.

O que nos ocorre perceber é que o orçamento participativo pode ser extremamente beneficiado pela implantação de um sistema de preços que permita a comparação em nível nacional e regional dos preços de execução de serviços e fornecimento de bens.

Se tivermos um sistema assim, como o rascunhado na seção “6.1. O SIGECE e seus diferentes subsistemas”, seria possível que tal informação assessorasse a assembléia do Orçamento Participativo a fim de somente destinar a cada projeto a verba de que ele necessita, evitando que por influências maliciosas fosse alocado mais dinheiro que o necessário a fim de desviá-lo ou, pelo contrário, se subfaturassem os preços, fazendo com que o orçamento “fosse esticado” para contemplar uma série de ações que posteriormente poderiam justificadamente ser contingenciadas a fim de favorecer apenas aquelas do interesse do administrador público.

Sabedores da realidade dos preços praticados no mercado, os componentes das assembléias do Orçamento Participativo poderão tomar decisões mais bem fundamentadas e com maior probabilidade de acerto, diminuindo ainda as possibilidades de corrupção na elaboração do orçamento público.

Não nos iludimos com o orçamento participativo ao ponto de não vermos as brechas que há para desvios de recursos nas assembléias a ele destinadas. Políticos profissionais e líderes comunitários conseguem mobilizar moradores de comunidades a agirem conforme interesses que não necessariamente são os populares, a fim de favorecer terceiros que eventualmente serão contratados.

Igualmente, os percentuais do valor total do orçamento público que são destinados à discussão popular ainda são muito tímidos, deixando uma grande margem da verba à mercê da definição exclusiva do Executivo pelos seus critérios tradicionais.

### 4.3. O cidadão como fiscal da licitação

No momento em que passamos a possibilitar ao cidadão o conhecimento dos contratos administrativos, os valores que envolvem e sua forma de execução, especialmente através da divulgação pela *Internet* dos resultados dos pregões eletrônicos e do que dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal, permite-se que aquele que está na ponta do serviço público possa avaliar muito melhor a forma como atuam os contratados da Administração.

Avaliar a qualidade e a regularidade da contratação de agentes de segurança, agentes de saúde, garis, fiscais, funcionários de concessionárias de serviço público, etc., pode dar elementos de controle ao cidadão dos quais os auditores dos Tribunais de Contas e promotores do Ministério Público muitas vezes não dispõem.

A partir de uma política de abertura da gestão governamental à população, em que se pode opinar e cobrar os resultados, pode-se passar a uma política de intervenção para evitar desvios e prática de atos corruptos. É sob essa perspectiva que neste trabalho defendemos a ampla legitimação para recorrer de decisões em licitações, assim como entendemos ser necessária a criação de sistemas de gestão de qualidade e preço nos âmbitos nacional, regional e local, a fim de que o próprio cidadão possa acompanhar (e opinar) sobre o serviço público que recebe e quanto está sendo pago por isto.

A Lei de Responsabilidade Fiscal foi um importante passo nessa direção, mas ao qual deve ser dada a devida continuidade. Em matéria de licitações, a divulgação das informações é essencial para que a população possa informar-se sobre o gasto do dinheiro coletivo.

O plano internacional nesta matéria não é animador. Os regulamentos de licitação costumam limitar as possibilidades de interpor recursos e reclamações apenas aos próprios licitantes, ou às vezes nem mesmo a todos eles. Nem mesmo em países europeus tidos como desenvolvidos é dado ao cidadão o direito de examinar as contas

do governo, conhecer os números e mesmo participar da elaboração de seu orçamento, como discutimos na seção anterior.

Talvez seja mesmo em terras tupiniquins que essa nova experiência deva nascer.

#### **4.4. Transparência Internacional e o Pacto de Integridade**

Destaca-se no combate de iniciativa não-governamental à corrupção o trabalho desenvolvido pela Transparência Internacional. Trata-se de uma ONG que atua mundialmente por valores como a ética e moralidade no serviço público, mas especialmente enfrentando casos célebres de corrupção, havendo-se tornada conhecida pela publicação de seu Índice de Percepção da Corrupção.<sup>244</sup>

Esse índice é calculado através de uma série de entrevistas realizadas com diversos empresários espalhados por todo o mundo, consultando-os sobre como enxergam a corrupção em seu próprio país e em cada um dos países estrangeiros com os quais tenha relação comercial. Após avaliar com que propensão recebe pedidos de subornos, lhes é perguntado quantas vezes percebem que se oferecessem subornos sua situação poderia melhorar numa eventual disputa (perceba-se que não é perguntado se efetivamente o empresário oferece suborno). Tais respostas são tabuladas estatisticamente e é divulgado, ano a ano, o Índice de Percepção da Corrupção, que não se pretende absoluto, mas apenas indicativo de como a corrupção em determinado país é percebida.

Sem considerar as evidentes falhas metodológicas que possui o trabalho da Transparência Internacional, sua eficiência em

---

<sup>244</sup> TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índices de Percepción de la Corrupción, 1995 – 2003*. Disponível em [http://www.transparency.org/tilac/indices/indices\\_percepcion](http://www.transparency.org/tilac/indices/indices_percepcion) [Acessado em 15/01/2004]

mostrar com alguma cientificidade algo sobre o qual é difícil realizar-se uma pesquisa de grandes dimensões, pelos problemas evidentes em confessar-se parte de um esquema de corrupção pública, lhe confere um destaque e um renome consideráveis.

Além de sua mais comentada iniciativa, Transparência Internacional desenvolveu um mecanismo que chama de Pacto de Integridade. Uma espécie de contrato firmado entre as autoridades governamentais, os funcionários administrativos que vão a tomar parte nas licitações, os licitantes e alguns representantes da sociedade civil, para pautar a conduta de todos e assumindo o compromisso de não corromper, não ser corrompido e denunciar qualquer tentativa de corrupção.<sup>245</sup>

Esse pacto surge depois de uma série de reuniões compostas com as pessoas indicadas, nas quais se discutirá cada etapa do processo licitatório, desde o projeto, passando pela elaboração do edital convocatório, o procedimento de licitação e o contrato, as formas de remuneração e demais detalhes, na esperança de que a negociação aberta dificulte as tentativas de corrupção.

Tal pacto poderia ser somado ao procedimento de negociação prévia sobre o qual tratamos há pouco na seção “3.3.1. Negociação prévia com fornecedores”, acrescentando mais um mecanismo de controle àquele que já havíamos discutido.

Ainda que esse compromisso seja de difícil aplicação jurídica, o fato é que vem apresentando alguns resultados surpreendentes nos dois países em que foi aplicado, quais sejam, a Colômbia e a Argentina.

---

<sup>245</sup> Uma interessante explanação sobre o Pacto de Integridade pode ser acessada no site da Transparência Internacional, mais especificamente neste endereço: [http://www.transparency.org/building\\_coalitions/integrity\\_pact/i\\_pact.pdf](http://www.transparency.org/building_coalitions/integrity_pact/i_pact.pdf) [Acessado em 15/07/2004]

Em ambos os países, licitações complexas para construção de grandes obras e prestação de serviço de coleta e tratamento de lixo foram precedidas da celebração do Pacto de Integridade. Em nenhum dos dois países o contrato firmado teria maior valor jurídico, pois a corrupção já era definida como crime e o contrato em nenhum momento aceleraria o trâmite no seu processamento.

No entanto, o que parece haver é a criação de uma pré-disposição benéfica em que tanto corrupto quanto corruptor receiam serem apanhados por eventualmente alguém que pudesse ver o conluio e sentir-se obrigado a denunciar.

O fato é que, apoiado ou não meramente em efeitos psicológicos, as experiências-piloto, realizadas em países com estratificação social e formação cultural próximas às brasileiras, resultaram em procedimentos licitatórios menos traumáticos e com significativa economia nos valores dos contratos, o que aponta para a efetiva ausência de corrupção no procedimento de licitação.<sup>246</sup>

Ainda que não seja uma ferramenta na qual se possa fiar cegamente, por ser desprovida de maior condão jurídico, ao menos é algo que pode trazer algum resultado através da valorização da moral e da ética no ambiente da contratação pública.

---

<sup>246</sup> Existem vários relatórios disponíveis na Internet sobre os Pactos de Integridade celebrados. Apenas a título de exemplo podemos indicar: TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Informe final sobre la observación independiente del proceso de subasta del PCS/SMA llevado a cabo por CLD/TI*. Disponível em: <http://www.conatel.gov.ec/espanol/subasta/Informe/Informe%20Final%20PCS-SMA%2013-01-2003.pdf> [Acessado em 15/07/2004]

## Cap. 5 – A licitação eletrônica e a prevenção da corrupção

*Sumário: 5.1. Os meios eletrônicos aplicados às compras governamentais; 5.2. A experiência dos Estados Unidos; 5.3. As iniciativas européias; 5.4. A experiência brasileira; 5.5. Propostas para o sistema de pregão eletrônico.*

### 5.1. Os meios eletrônicos aplicados às compras governamentais

#### 5.1.1. O *e-Procurement* do ponto-de-vista das empresas

A doutrina de administração empresarial norte-americana criou a expressão *e-Procurement* (compras por meio eletrônico) para designar uma nova onda, surgida nos anos 90, de sistemas automáticos de compra de produtos.

Os sistemas de *e-Procurement* se caracterizam por um trato totalmente ou quase totalmente informatizado das entradas de mercadorias, seu consumo e as emissões de novos pedidos de fornecimento, sempre de maneira integrada com o fornecedor, por meio de um sistema eletrônico e com mínima intervenção humana.

Uma empresa adaptada ao *e-Procurement*, por exemplo, registraria as vendas de produtos em sua loja, diminuindo a quantidade de seu estoque que, ao atingir o nível mínimo, dispararia uma ordem de compra imediata ao fornecedor para que a quantidade armazenada do produto voltasse ao patamar ideal, sem que houvesse falta do produto. Isto tanto poderia ser aplicado em empresas do comércio, em relação aos produtos disponíveis para venda, assim como para empresas de todo gênero, especialmente com materiais destinados ao consumo interno das funções administrativas, com ligação à atividade-meio ou à atividade-fim do negócio.

O crescimento do *e-Procurement* a princípio não foi como esperado, não apenas em virtude de seus elevados custos de implantação, mas também por um medo natural de entregar às máquinas o controle das compras da empresa.

Havia uma necessidade de estabelecer parcerias com os fornecedores, não somente para que instalassem sistemas compatíveis, mas também para dividir os altos custos da instalação das conexões telefônicas dedicadas à operação deste sistema. Além disso, a falta de uma experiência anterior de sucesso de outras empresas fez com que muitos dos empresários adiassem seus planos.<sup>247</sup>

Com o advento da *Internet*, essa situação sofreu mudanças radicais. Primeiro, porque foi criado um padrão de comunicação uniforme por meio eletrônico, que facilitou muito a criação de aplicações compatíveis entre si. Segundo, porque não era mais necessário ter uma linha dedicada ligando a empresa a cada fornecedor, pois uma vez estando conectada à *Internet*, a empresa tem como comunicar-se com todos os fornecedores que igualmente possuem conexão à mesma rede. Terceiro, porque os custos, embora ainda altos, se reduziram significativamente. Quarto, em razão das experiências de grandes empresas, como o Banco da Irlanda, 3M, Microsoft e IBM, que alcançaram economias em seus custos administrativos com o manuseio de pedidos de compra, respectivamente, da ordem de 30%, 70%, 90% e até mesmo 97%, segundo anunciado<sup>248</sup>, através da utilização de mecanismos de *e-Procurement*. Considerando que essas são empresas de alto nível tecnológico, as consultorias empresariais, como KPMG e Goldman Sachs, calculam que para as empresas em geral a economia

---

<sup>247</sup> BEDELL, Denise. “Como evitar as dores de cabeça do e-procurement”. *HSM Management*, v. 6, n. 35, nov-dez/2002, pp. 155-156.

<sup>248</sup> HEYWOOD, J. Bryan; BARTON, Michael e HEYWOOD, Carolina. *e-Procurement: Managing successful e-Procurement implementation*. UK: Pearson Education Limited, 2002, pp. 104-105.



poderia ser entre 15% e 30%<sup>249</sup>. Também os níveis de estoque poderiam ser reduzidos entre 25% e 50% dos valores necessários para o funcionamento da empresas sem *e-Procurement*, em virtude de ser menor o tempo necessário para a reposição das mercadorias<sup>250</sup>.

A redução dos custos administrativos deriva-se da simplificação e agilização dos procedimentos. Em um pedido de compra tradicional, um funcionário que tenha uma necessidade qualquer vai preencher um formulário de requisição, geralmente indicando: quem é, a que unidade da empresa pertence, do que necessita, em que quantidade, para quando o necessita e uma estimativa aproximada de seu custo. Dependendo da distribuição do poder para autorizar gastos, o funcionário irá assinar a requisição ou enviá-la para a pessoa com tais poderes. Uma vez assinada, a requisição seria processada pelo departamento de compras para ter seguimento. Esse processo manual quase sempre toma dias ou semanas para completar-se, dependendo da estrutura e agilidade da empresa, enquanto o formulário de requisição passeia entre as mesas de um e outro gerente.

A capacidade dos sistemas de *e-Procurement* para automaticamente identificar as necessidades, consolidando-as e enviando-as para as pessoas responsáveis instantaneamente, ou mesmo diretamente para o fornecedor, pode permitir terminar o procedimento em minutos, reduzindo o tempo gasto e os custos administrativos envolvidos, além de permitir reduzir o nível dos estoques, com evidentes vantagens financeiras e patrimoniais.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> Idem, *ibidem*, p. 104.

<sup>250</sup> Idem, *ibidem*, p. 64.

<sup>251</sup> Idem, *Ibidem*, p. 53.

### 5.1.2. O *e-Procurement* aplicado à Administração Pública

Evidentemente o nível de automação a que podem chegar as empresas privadas nem sempre é possível à Administração Pública. Isto advém especialmente das limitações estatais para escolher seus fornecedores e de sua vinculação muito mais estrita ao orçamento.

Mas nada impede que os mecanismos eletrônicos sejam utilizados para agilizar muitos dos procedimentos públicos de compra. Como se verá adiante, muitas vantagens podem ser obtidas através da publicação dos editais de convocação em páginas *web* na *Internet*, através da centralização dos procedimentos de compra e da descentralização das solicitações internas. Igualmente, os meios eletrônicos de compra podem ajudar a Administração Pública a ter um maior controle sobre os preços pagos por cada tipo de produto, segmentado por suas divisões regionais ou unidades. Ainda, um melhor emprego da tecnologia pode ajudar na elaboração de orçamentos mais precisos e adequados, assim como evitar a falta de produtos essenciais à prestação de um serviço público de qualidade.

Não queremos aqui deixar transparecer a impressão de que nos afastamos de nosso tema, que é a discussão dos mecanismos de prevenção à corrupção, mas compreendemos que é essencial uma introdução ao perfil geral do *e-Procurement*.

A automação diminui bastante os espaços para a prática de atos corruptos em licitações, seja porque limita a discricionariedade no procedimento, seja porque aumenta a publicidade dos editais de convocação, seja porque torna mais evidentes os desvios de preço e de quantidades.

Com um sistema *on-line* pela *Internet* e aberto a toda a população com os dados das compras governamentais, todos saem ganhando: o fornecedor de bens e serviços à Administração Pública, porque pode identificar, por área ou período do ano, por exemplo, a demanda de seus clientes e assim planejar-se para prestar um serviço

melhor e por menos preço, inclusive aumentando de uma escala regional para outra, possivelmente nacional, seu âmbito de atuação; o administrador público, que pode ter facilmente uma comparação da situação no restante do país e assim medir seu próprio desempenho e o de seus subordinados; o promotor ou auditor dos Tribunais de Contas, que podem mais facilmente identificar situações estranhas de aumentos inexplicáveis de quantidades ou preços e assim destinar melhor sua atenção aos casos com maior probabilidade de possuir vícios; por fim, o cidadão, que além de poder também controlar o funcionamento da máquina pública, certamente será beneficiado se todos esses elementos forem favorecidos.

Com o controle da corrupção, especialmente, todos saem ganhando, além do Estado, evidentemente, que contratará melhor e a menor custo, sobrando-lhe recursos para realizar ainda maiores investimentos e assim gerar mais emprego e renda.

## **5.2. A experiência dos Estados Unidos da América**

Os Estados Unidos foram pioneiros na implementação do *e-Procurement* para a Administração Pública, fazendo uso da maior autonomia administrativa que sua cultura jurídica lhes permite.

No entanto, a criação de um programa de computador com erros e pouco eficiente para controlar o sistema, num momento em que as empresas ainda não tinham a estrutura corporativa para transações *on-line*, causou o fracasso da tentativa que recebeu o nome de FACNET (*Federal Acquisition Computer Network*). A credibilidade dos usuários na FACNET foi prejudicada por seu mau funcionamento no envio e recebimento de transações, com experiências comuns de atrasos, perdas e duplicidade de registros. Em muitos casos propostas enviadas

tempestivamente só eram recebidas depois do prazo e não raro chegavam com até duas semanas de atraso em relação ao seu envio<sup>252</sup>. Poucos fornecedores se cadastraram para atuar na FACNET, especialmente os pequenos e médios, para quem os lucros com pouco volume não justificavam os custos de implantação e adaptação ao sistema. Como consequência disso, as agências e demais órgãos governamentais freqüentemente tinham que cancelar suas solicitações eletrônicas e voltar a realizá-las pelo método tradicional, em virtude da ausência de recebimento de resposta pelos fornecedores.<sup>253</sup>

Claro, isso foi muito antes do surgimento e consagração da *Internet* como meio viável e confiável de transação eletrônica. Desde aí, algumas iniciativas interessantes foram tomadas, porém abandonando o projeto de um sistema federal centralizado e passando a desenvolver diversos módulos para cada agência, que somente agora estão passando por uma tentativa de reintegração, com o objetivo de fazer os diversos sistemas comunicarem-se entre si, reduzir os custos com manutenção de diversas bases de dados distintas e solucionar problemas de incompatibilidades e inconsistências internas.

### **5.3. As iniciativas européias**

A Comissão Européia já tomou diversos passos na direção de ampliar ou mesmo estabelecer, em alguns casos, um sistema eletrônico de compras governamentais, não apenas visando a uma maior eficiência das Administrações Públicas, mas também para tentar quebrar as barreiras nacionais entre os diversos países que a compõem, que não são poucas, especialmente quando se fala em compras

---

<sup>252</sup> DAVIES, Ariel. "Eletronic public procurement initiatives within the Community". *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 25, n. 6, dez/2000, p. 639.

<sup>253</sup> Idem, *ibidem*, p. 642.

governamentais. Seus objetivos estão expressos em comunicações da Comissão,<sup>254</sup> onde se previa que já no ano de 2003 uns 25% das compras públicas seriam realizadas por meio eletrônico.

Um dos primeiros passos foi criar o *Common Procurement Vocabulary – CPV* (Vocabulário Comum de Contratos Públicos)<sup>255</sup>, que consiste em descrições padronizadas de bens e serviços por referências a mais de 8.300 códigos de nove dígitos, cuja utilização está sendo bastante encorajada<sup>256</sup> na divulgação do objeto das licitações. Esse é um passo essencial para possibilitar o intercâmbio de informações em uma área com tantas línguas oficiais como a Comunidade Européia.<sup>257</sup>

Na prática, o CPV funciona vinculado ao objeto do edital convocatório, associando-o a uma relação padronizada de bens e serviços. Se, por exemplo, um empresário da Dinamarca que produz filmes de finalidades educativas ou de formação quisesse obter contratos dentro da União Européia não teria que conhecer todas as possíveis variações idiomáticas de seu produto para buscar por editais de licitação, mas tão-somente precisaria buscar pelo seu código no CPV (92111100-3) e teria todas as ofertas publicadas à sua disposição. Apenas para que se tenha idéia do nível de detalhes a que chega o CPV,

---

<sup>254</sup> UNIÃO EUROPEIA – Comissão Européia. *Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*. Disponível em <http://www.btplc.com/pda/Corporateinformation/Regulatory/RegulatoryInformation/Europeancommissiondocuments/Public/response.pdf> [Acessado em 15/01/2004] e UNIÃO EUROPEIA – Comissão Européia. *Los Contratos Públicos en la Unión Europea: comunicación*. Disponível em: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l22007.htm> [Acessado em 15/01/2004].

<sup>255</sup> A versão oficial em português pode ser encontrada na página *web* do SIMAP, em <http://www.simap.eu.int/EN/pub/docs/webannexes/AnnexI-ComReg-PT.xls> [Acessado em 15/01/2004].

<sup>256</sup> A primeira sugestão para seu uso estava contida na Recomendação 96/527/CE. Sua última versão foi publicada no Regulamento (CE) n° 2195/2002 e atualmente sua publicação é requerida em alguns casos, como o previsto no item 1.a do art. 35° da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>257</sup> González-Varas dá o testemunho de que o CPV se converteu num mecanismo essencial de busca de oportunidades de licitação, até mesmo porque os editais na íntegra só tem que ser publicados em uma das línguas oficiais da EU, o que fará com que sempre seja a língua do país promotor da licitação. Pelo CPV, determinado objeto licitado seria sempre acompanhado pelo mesmo número, em qualquer língua. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Op. Cit. nota 199, p. 174.

o cidadão tcheco que tenha uma empresa de extração de pedras ou simplesmente revenda seixos polidos poderá buscar pelo código 14212120-7. Da mesma forma, o pecuarista francês que quiser vender fígado de ave de capoeira poderá buscar pelo código 15112300-9, mas que não deve se confundir com a pasta de fígado de ganso (o famoso *pâté de foie gras*), que possui outro código: 15112310-2.

Nossa intenção aqui é meramente ilustrar a variedade e ao mesmo tempo especificidade a que pode chegar o CPV. Ele possui a sua tabela com o vocabulário principal, com os já referidos mais de 8.300 códigos e um vocabulário suplementar, que pode eventualmente ser utilizado para completar as descrições do vocabulário principal e que é composto por uma letra e quatro dígitos. Por exemplo, o edital de licitação para produção de um filme educativo para crianças, que interessaria ao nosso personagem dinamarquês, receberia o código 92111100-3 E002-7.

O CPV encontra-se vinculado ao SIMAP (*Systeme d'Information pour les Marchés Publics*), que dispõe de todas as convocatórias para compras governamentais cujo valor exija divulgação ampliada na *Internet* e apresenta alguns bons resultados, ainda que seja freqüente problemas na publicação de informações sobre licitações em virtude de imprecisões e má inserção de dados no sistema pelos funcionários encarregados em cada um dos órgãos públicos dos diversos países.<sup>258</sup>

Como comenta González-Varas<sup>259</sup>, a nova Diretiva da Comissão Europeia sobre compras governamentais<sup>260</sup> estimula a adoção

---

<sup>258</sup> DAVIES, Ariel. "Eletronic public procurement initiatives within the Community". *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 25, n. 6, dez/2000, p. 637.

<sup>259</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Contrato Administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 155-160. À época da publicação da obra, a Diretiva 2004/18/CE ainda estava em discussão.

<sup>260</sup> Atualmente, as compras governamentais, no âmbito da União Europeia, são reguladas principalmente por três Diretivas: as licitações em geral são reguladas pela recém-aprovada diretiva 2004/18; os recursos administrativos são tratados na  
(cont.)

de meios eletrônicos de licitação pelos países membros. Inclusive, para estimular essa prática, diminui o prazo de publicação de convocatórias de 12 para 5 dias quando enviadas por meio eletrônico e ainda diminui outros cinco dias ao longo do procedimento quando o poder adjudicador permitir o acesso por meio eletrônico à íntegra do texto do edital de convocação e à documentação complementar. Também os artigos 39, 40, 42.1 e 42.3 fazem expressa referência à possibilidade de recebimento do edital de licitação por meio eletrônico, bem como, para parte das empresas licitantes, abre a possibilidade do envio de propostas por meio eletrônico.

No entanto, vale ressaltar que até a presente data ainda não existe no plano nacional dos Estados-Membros o leilão regressivo nos moldes do pregão eletrônico brasileiro, embora isso deva ser implementado com rapidez, uma vez que acaba de ser incluída sua previsão no art. 54º da Diretiva 2004/18/CE aprovada no fim de março deste ano.

## **5.4. A experiência brasileira**

### **5.4.1. Um panorama da situação anterior**

No procedimento licitatório brasileiro tradicional (e aqui nos referimos exclusivamente ao contemplado na lei 8.666/93), as licitações, independentemente de sua espécie, têm sempre uma etapa anterior, na qual são entregues os envelopes contendo os documentos que comprovam a situação jurídico-econômica da empresa (etapa de

---

*(cont.)*

89/665 e os chamados “setores excluídos” (água, energia, transportes, telecomunicações, etc.) são regulados pela 92/13, embora devam ser compatibilizados a médio prazo com a 2004/18.

habilitação/qualificação) e uma posterior, na qual se entregam os envelopes com as propostas de preço. Por vezes, ainda existe uma etapa intermediária, de natureza técnica, apenas aplicada às licitações que envolvam “serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”<sup>261</sup>, salvo na hipótese do §4º do art. 45 da lei 8.666/93.

A lógica é que somente siga para a etapa seguinte os licitantes que sejam qualificados na anterior, de maneira que os que não superem as exigências de qualificação jurídica, econômica e técnica, não terão suas propostas de preço avaliadas.

O que freqüentemente ocorre é que na prática licitatória brasileira os licitantes desqualificados por algum motivo material (falta de cumprimento de algum requisito) ou formal (omissão em apresentar algum documento essencial ou apresentá-lo de maneira diversa da exigida) buscam o Judiciário através de procedimentos cautelares<sup>262</sup> ou

---

<sup>261</sup> Trata-se de excerto do caput do art. 46 da lei 8.666/93, que regula as licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço”.

<sup>262</sup> Alguns exemplos de propositura de ação cautelar para discutir atos administrativos vinculados a licitações: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA LICITAÇÃO – ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – LIMINAR – CONCESSÃO INAUDITA ALTERA PARS – CITAÇÃO DE LITISCONSORTES QUE NÃO INFLUENCIA NA DECISÃO – AGRAVO IMPROVIDO – O magistrado, ao prestar suas informações, indicou que concedeu a liminar sob o enfoque de que fora desrespeitado o princípio da publicidade que deve sempre nortear os atos administrativos. E isto porque em relação à publicidade dos atos da licitação, este é um fator que deve abranger desde os avisos de abertura, até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados. Assim, tendo o magistrado a quo comprovado que uma das publicações realizada em jornal de grande circulação, acabou por não mencionar o mesmo objeto da licitação, não se pode afastar a possibilidade de existência de vício em relação ao atendimento do princípio da publicidade dos atos administrativos. Outrossim, a concessão de liminar inaudita altera pars é ato de convicção do magistrado, que ocorre independente de citação de litisconsorte, até porque sabe-se de sua precariedade. (TJES – AI 024009004847 – Rel. Des. Maurilio Almeida de Abreu – J. 06.03.2001)” ; “LICITAÇÃO – MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA POR PARTICIPANTE EM LICITAÇÃO, VISANDO A SUSPENSÃO DO CERTAME, PARA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS E SUA HABILITAÇÃO – LIMINAR CONCEDIDA PARCIALMENTE APENAS PARA AUTORIZAR A PARTICIPAÇÃO DA AUTORA – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO, BUSCANDO A LIMINAR EM



mesmo do mandado de segurança<sup>263</sup> para ver garantido seu direito a participar da licitação. Receosos de permitir alguma ofensa ao direito do

---

(cont.)

MAIOR EXTENSÃO – AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – Merece ser mantida a liminar concedida parcialmente em cautelar, autorizando a autora a participar de licitação, se inexistente periculum in mora para a concessão também de suspensão do certame e realização de diligências. (TJSP – AI 129.093-5 – São Paulo – 1ª CDPúb. – Rel. Des. Luís Ganzerla – J. 31.08.1999 – v.u.)” ; “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – MEDIDA CAUTELAR – PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA – APELAÇÃO CONHECIDA TÃO-SÓ NO EFEITO DEVOLUTIVO – PREJUDICIALIDADE DA CAUTELAR EM RAZÃO DO DECIDIDO NO PROCESSO PRINCIPAL – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO – 1. O art. 520, IV, do CPC estabelece que a apelação será recebida só no efeito devolutivo quando interposta de sentença que decidir o processo cautelar. 2. Não cabe a alegação da apelante de que o juiz monocrático não deveria ter julgado prejudicada a ação cautelar tão-só pelo fato de o pedido da ação principal ter sido improcedente. Isso porque a prejudicialidade existe. 3. Presentes o fumus boni iuri se o periculum in mora é de se restabelecer a liminar concedida, declarando a apelante habilitada para a licitação, nos termos do pedido inicial. (TJDF – APC 19990110723808 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves – DJU 13.03.2002 – p. 22)” ; “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – LICITAÇÃO – HONORÁRIOS – 1. Não tendo o ente público franqueado a participante de licitação o acesso ao processo para que pudesse extrair cópias, conforme prevê o art. 63 da Lei nº 8666/93, procede a ação cautelar de exibição. 2. Os honorários nas ações em que resta vencida a Fazenda Pública devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz. Hipótese em que o arbitramento em 06 urhs afigura-se excessivo. Recurso provido em parte. Sentença confirmada, quanto ao mais, em reexame. (TJRS – Proc. 70002979342 – 2ª C.Cív. – Relª Desª Maria Isabel de Azevedo Souza – J. 12.09.2001).

<sup>263</sup> Alguns casos de impetração de mandados de segurança: “ATO PRATICADO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, EM LICITAÇÃO PÚBLICA EXPÕE-SE A MANDADO DE SEGURANÇA – É que a incidência do Art. 267, VI do CPC, pressupõe o reconhecimento de que o pedido enfrenta impossibilidade. Sem a demonstração de tal pressuposto, não há como declarar-se extinto o processo – A licitação limita-se em gerar um direito de preferência em favor do concorrente vitorioso. A Administração pode deixar de realizar o negócio prometido aos licitantes, indenizando o vitorioso, se for o caso. Ela fica, entretanto, proibida de contratar o negócio com outra pessoa que não seja o vitorioso – titular de impostergável preferência – Acórdão que, louvando-se na prova dos autos, defere Mandado de Segurança considerando demonstrada a ofensa a direito líquido e certo. Não pode o STJ, em recurso especial, declarar que tal concessão magoou o Art. 1º da Lei 1.533/51 – O Art. 18 da Lei 1.533/51 não é ofendido quando se elege como termo inicial para decadência do direito ao Mandado de Segurança, a data em que o impetrante tomou conhecimento da irregularidade – Impossível o conhecimento do recurso especial, se a demonstração de supostas ofensas à Lei 8.666/93, requer profundo exame no texto do edital. (STJ – RESP 299834 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 25.02.2002 – p. 00222)” ; “ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA EDITALÍCIA – DESCUMPRIMENTO – INOCORRÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO – 1. Exigindo o Edital de Concorrência para fornecimento de passagens aéreas, a apresentação de declaração expedida por todas as companhias aéreas brasileiras, não descumpra a exigência a licitante que apresenta declaração fornecida pela empresa Rio Sul e que abrange, também, a Nordeste, por ser empresa do mesmo grupo. 2. Segurança concedida. 3. Sentença confirmada. 4. Remessa oficial desprovida. (TRF 1ª

(cont.)

licitante, os juízes brasileiros com freqüência maior que a desejável suspendem provisoriamente, até uma decisão final, o processo licitatório.

Assim, freqüentemente as licitações ficam suspensas por meses, até que o Judiciário decida se o licitante tinha ou não o direito de continuar no processo e então determine o seguimento do procedimento administrativo. Não raro se percebe que, mesmo que o licitante inicialmente desqualificado seja reintegrado ao embate licitatório pelo Judiciário, não possuía proposta de preço com condições de vencer o certame. Ou seja, todo o procedimento foi atrasado por uma manobra absolutamente inútil.

Claro, é necessário manter a possibilidade de recorrer ao Judiciário (até mesmo em decorrência do inciso XXXV do art. 5º da

---

(cont.)

R. – REO . 34000393230 – DF – 6ª T. – Rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro – DJU 25.03.2002 – p. 127)”; “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – SITUAÇÃO FÁTICA COMPLEXA NÃO DEMONSTRADA – DILAÇÃO PROBATÓRIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – LICITAÇÃO – CARTA DE CO-RESPONSABILIDADE TÉCNICA ALTERADA INDEVIDAMENTE – REVOGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA EM FACE DA AUSÊNCIA DE REQUISITO PREVIAMENTE EXIGIDO PELO EDITAL – ARGUMENTOS DESARRAZOADOS – RECURSO DESPROVIDO – I – O mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, apoiado em fatos incontroversos, e não em fatos complexos que reclamam produção e cotejo de provas. II – Os argumentos expendidos pela Recorrente revelam a completa falta de possibilidade jurídica do pedido do presente recurso. O certame licitatório ao ser realizado deve apresentar completa vinculação ao demandado no edital, de forma que é vedada a exclusão de exigência editalícia, sob pena de ferir preceitos legais inerentes à licitação, conforme dispõe a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. III – Recurso conhecido, porém, desprovido. (STJ – ROMS . 10491 – SC – 2ª T. – Relª Minª Laurita Vaz – DJU 08.04.2002)” e por fim “ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – CONTRATO NÃO ASSINADO – CADUCIDADE – 1. O contrato administrativo decorrente de licitação deve obedecer às regras fixadas durante o procedimento instaurado para ser apurado se o particular tem as condições exigidas pela Administração para assumir a obrigação pretendida. 2. Se a licitante vencedora alterou sua denominação e composição social, sem que tal estivesse previsto no procedimento licitatório, bem como substituiu o responsável técnico depois de homologado o certame, não tem direito líquido e certo a firmar o contrato respectivo. 3. Preclusão do prazo para demonstrar a regularização da habilitação jurídica. Fato, também, a influir na caracterização da inexistência de direito líquido e certo. 4. Recurso ordinário improvido. (STJ – ROMS 13723 – RS – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 18.03.2002)”.

CF/88), especialmente porque as etapas de qualificação jurídica, econômica e técnica são as mais propensas a permitir julgamentos corruptos por parte dos funcionários que compõem as comissões de licitação<sup>264</sup>. Uma das questões mais discutidas nos recursos judiciais contra desqualificações (ou inabilitações<sup>265</sup>) é a possibilidade de que, em licitações, seja feita tal ou qual exigência, uma vez que elas estão reguladas na lei brasileira de maneira bastante restritiva. Salvo quando se trata da licitação de um objeto muito específico, exigências estranhas em editais de licitação costumam ser acrescentadas para dirigir o contrato para um determinado licitante<sup>266</sup>. E em parte é justamente por esse

---

<sup>264</sup> Ressaltando-se que, no Brasil, segundo o art. 51 da lei 8.666/93, as comissões de licitação são compostas por pelo menos três funcionários públicos, dos quais no mínimo dois deverão fazer parte da instituição pública responsável por conduzir o processo licitatório.

<sup>265</sup> Tecnicamente, há uma diferença entre inabilitação e desqualificação. A primeira tem a ver com a habilitação jurídica, ou seja, com a comprovação de que o licitante é uma pessoa jurídica regularmente constituída e que está devidamente representada, que não apresenta pendências junto à Receita ou à Seguridade Social, etc. A desqualificação relaciona-se, por sua vez, com a capacidade econômica (não ter contra si processo de falência, ter liquidez e os balanços em dia, etc.) ou técnica (contar com profissionais habilitados, ter experiência anterior no fornecimento dos produtos ou prestação dos serviços, etc.). Por sua vez, fala-se em desclassificação quando a empresa, após habilitada e qualificada, não preenche os requisitos finais da proposta de preço a fim de ser uma possível contratante. Em preenchendo tais requisitos, será julgada “classificada” em uma determinada posição e eventualmente poderá ter-lhe adjudicado o contrato caso por algum motivo aquelas que a precedem na ordem de classificação restarem impedidas ou incidirem em inexecução contratual.

<sup>266</sup> Como exemplos de julgados que declararam nulas exigências editalícias abusivas, podemos citar: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EXIGÊNCIA DESCABIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO. A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência. Comprovando, o participante (impetrante), através de certidão, a sua inscrição perante a Prefeitura Municipal, exigir-se que este documento esteja numerado - como condição de habilitação ao certame - constitui providência excessivamente formalista exteriorizando reverência fetichista às cláusulas do edital. Segurança concedida. Decisão indiscrepante. (STJ, MS 5647/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, DJ 17.02.1999, p. 102)” ; “RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30, II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/ - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES - ILEGALIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa

motivo que os juízes suspendem com relativa facilidade os processos licitatórios.

No entanto, isto causa um problema enorme para a Administração Pública, que acaba por ver-se sem material ou sem a prestação dos serviços de que necessita para continuar funcionando. Ocorre que, em virtude dos atrasos causados pelas suspensões, surge uma situação de urgência que autoriza o administrador público a contratar por meio de dispensa de licitação<sup>267</sup>, com base no art. 24, IV da lei 8.666/93. Ou seja, em virtude de tanto se discutir quem tem o direito de contratar com a Administração Pública, acaba-se por permitir a ela que decida discricionariamente com quem irá contratar, sem nem mesmo tomar conhecimento das propostas de preço dos concorrentes da licitação em curso<sup>268</sup>. É possível que, desta maneira, se esteja

---

(cont.)

licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. Apesar dos §§ 2º e 3º do artigo 31 da Lei de Licitações disporem que a Administração, na execução de serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na hipótese dos autos essa exigência é ilegal, pois o valor do patrimônio líquido mínimo previsto no edital foi calculado com base na prestação do serviço pelo período inicial de 60 (sessenta) meses, contrariamente ao que dispõe o artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/93. Recurso especial provido em parte. (STJ, RESP 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 12.05.2003, p. 297)” e “ADMINISTRATIVO – EDITAL DE LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS COMPROBATÓRIOS DE PRESTAÇÃO ANTERIOR DE SERVIÇO IDÊNTICO OU SIMILAR AO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, ACOMPANHADOS DE EMPENHO, ORDEM DE SERVIÇO OU NOTA FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGALIDADE DO ATO – RECONHECIMENTO, EM SEDE DE APELAÇÃO – RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO RECORRIDO INCENSURÁVEL. IMPROVIMENTO. Na realização de licitação, se do edital, no item relativo à apresentação de documentos para comprovar a qualificação técnica, são estabelecidas outras exigências não previstas na legislação de regência (artigo 30, inciso II da Lei nº 8.666/93), configura-se ilegalidade a ser reparada pela via do mandado de segurança. Recurso improvido. (STJ, RESP 316755/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJ 20.08.2001, p. 392)

<sup>267</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, pp. 242-243.

<sup>268</sup> O art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos arrola as hipóteses nas quais é dispensável a realização de processo licitatório. Uma delas, é justamente a de “urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares” (inc. IV). Por isto, se pode dizer que as suspensões de licitações

(cont.)

substituindo, conforme definição já preconizada neste trabalho, uma eventual corrupção de funcionário público por uma corrupção de agente político.

Por tudo isso se mostrava necessário buscar um sistema que, garantindo os direitos dos licitantes, prevenisse a corrupção e dotasse de maior agilidade as contratações governamentais.

#### **5.4.2. O pregão eletrônico e suas vantagens**

Recentemente, uma experiência criativa trouxe resultados muito bons às licitações brasileiras. Inicialmente criada pela Medida Provisória 2.026/00, depois convertida na lei 10.520/02 e regulamentada pelo Decreto 3.555/00, a modalidade de licitação denominada *pregão eletrônico* causou uma verdadeira revolução no mecanismo de compra estatal. Consiste em um sistema eletrônico de publicação de editais de convocação numa página *web* central ([www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br)), por meio do qual os licitantes podem cadastrar-se, enviar suas propostas de preço iniciais e, ao final, participar de um leilão de lances com valores regressivos buscando um preço mínimo.

A utilização deste sistema já apresenta resultados notórios, dentre eles especialmente a redução de 25% nos valores pagos pela aquisição dos principais bens e serviços objeto das compras

---

(cont.)

realizadas para permitir a discussão judicial sobre quem tem direito de passar para a etapa seguinte e ter apreciada sua proposta de preço acabam por causar um atraso no cronograma da contratação que permite ao administrador alegar urgência e, conseqüentemente, selecionar livremente com quem contratará.

governamentais, assim como uma redução em mais de 50% do tempo necessário para selecionar o contratado.<sup>269</sup>

Não é difícil imaginar o motivo de tais reduções. No sistema tradicional, por exemplo, as compras de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) podem ser realizadas pela modalidade de licitação “convite”<sup>270</sup>. Costumava ser o método mais comum para compras de material de expediente ou mesmo contratos de obras de pequeno porte. Nesta modalidade, a Comissão de Licitação deve enviar convites para ao menos três empresas, no intuito de que tomem parte no procedimento. O sistema é uma larga porta aberta à corrupção, em virtude de possibilitar que se dirijam esses convites às empresas que pagam subornos ou que têm relações pessoais com os funcionários. Por vezes, chega-se a criar empresas “fantasma” apenas para participar da licitação e atingir o número mínimo de participantes. Evidentemente, este sistema não garante para a Administração Pública o menor preço.

Com o pregão eletrônico, os editais passaram a ser publicados na *Internet* e assim se obteve uma publicidade muito maior, não apenas na região da entidade licitante, mas em todo país ou mesmo no exterior. Ampliada desta maneira a possibilidade de competição, resultou muito mais difícil beneficiar um ou outro licitante, virtualmente impossibilitando a restrição do conhecimento do edital tão-somente aos participantes de esquemas corruptos.

Mas as vantagens não pararam por aí. Como já havíamos dito, o sistema tradicional tinha mais de uma fase. Imagine-se que uma dessas fases requeria a presença física de um representante da

---

<sup>269</sup> Conforme CLIC-RBS (Agência de notícias). *Pregão Eletrônico trará economia de 20% para o Estado*. Disponível em [http://www.licitacao.net/noticias\\_mostra.asp?p\\_cd\\_notc=293](http://www.licitacao.net/noticias_mostra.asp?p_cd_notc=293) [Acessado em 15/01/2004]. No mesmo sentido: CARVALHO, Antônio Carlos Passos de. “O Estado pode comprar bem, barato e com transparência”. *Valor Econômico*. São Paulo: Valor Econômico S/A, 16/10/2002, p. A12 e LEDO, Rodrigo. “Contas Públicas – Economia de até 25%”. *Correio Braziliense*. Brasília: Diários Associados, 25/03/2002, p. 13 (Economia)

<sup>270</sup> Conforme art. 23, I, *a* da lei 8.666/93.

empresa, ainda que fosse apenas para entregar um ou mais envelopes com documentos e a proposta de preço e assinar a ata da sessão de sua abertura.

Ocorria que para empresas situadas em pontos geograficamente distantes da sede da licitação não valia a pena participar dos processos cujos contratos não fossem de grande valor, pois a mera possibilidade do lucro com pequenas contratações não compensava pagar o custo de passagens aéreas, acrescido de diárias e outras despesas, para enviar um representante às várias sessões do processo licitatório.

Com o pregão eletrônico esse problema foi solucionado, uma vez que a participação pode dar-se de qualquer ponto do mundo conectado à *Internet*. Assim, a busca por melhores preços poderá ser mais eficiente, bem como a manipulação dos participantes torna-se praticamente impossível.

O sistema de pregão eletrônico também impede que haja “corrupção privada” entre os licitantes, ou seja, que um faça uma oferta para que o outro não participe ou se retire da disputa de preços. Isto foi bastante comum no pregão presencial, que surgiu como uma etapa intermediária para o pregão eletrônico. Os licitantes faziam acordos e paravam de fazer lances, mantendo os preços altos e dividindo os lucros, com prejuízo para a Administração Pública.<sup>271</sup>

O pregão eletrônico anulou esse risco não apenas em virtude da eventual distância geográfica entre os licitantes, mas especialmente porque, durante a sessão de ofertas de preço, os licitantes não sabem com quem estão competindo, mas tão-somente o

---

<sup>271</sup> Assim como na seção “2.2.4. O recurso administrativo no Brasil”, conforme comentado na nota 134, estas informações são provenientes da experiência prática do autor. Neste caso específico, relatam-se diversas ocasiões em que os licitantes, chegando ao local onde seria realizado o pregão antes da hora marcada, abordavam seus concorrentes e negociavam a saída de cada um deles em variados itens, de forma a dividir o “produto” sem ter que baixar excessivamente o preço.

preço mais baixo que já foi oferecido para cada um dos itens em disputa. Isto se tornará mais claro quando esmiuçarmos o procedimento mais adiante.

A transparência também resultou ampliada, pois todas as fases, desde a publicação da convocatória, passando pela sessão de ofertas, pela publicação do resultado, etc., estão disponíveis na *Internet* em tempo real, bem como depois da adjudicação e mesmo da celebração do contrato. A ata é gerada automaticamente, contendo todos os dados referentes ao pregão, inclusive as mensagens trocadas entre pregoeiro e licitantes, tudo recebendo certificação digital. Ainda relacionada à transparência, a comparação dos preços pelos quais a Administração Pública, por meio de seus diversos órgãos, está comprando os mesmos bens se fez possível, ainda que essa informação não esteja ainda compilada para fácil visualização, instrumento que julgamos essencial para uma eficiente gestão dos contratos governamentais.

O direito de petição dos licitantes também restou mais garantido, uma vez que agora a polêmica quanto às redações das atas está suprimida. Discussões sobre se algum protesto ou manifestação vai ou não entrar na ata não mais existirão, uma vez que, como já dito, todas as mensagens trocadas estão automaticamente incluídas na ata gerada ao final do procedimento.

A possibilidade de redução de custos se acentua em virtude de aqui ser possível ao licitante diminuir sua proposta original de preço. Antes, elaborar os preços era um jogo de probabilidades. Tentava-se prever quem iria participar do procedimento licitatório e assim se fazia uma previsão do preço máximo que seria possível propor. Daí que uma surpresa no momento da abertura dos envelopes com as propostas de preço poderia retirar da competição um licitante que tivesse feito uma má previsão, ainda que lhe fosse possível oferecer um preço mais baixo, em virtude do procedimento não lhe permitir elaborar uma nova proposta.

Com o advento do pregão eletrônico, depois de publicitadas as propostas originais (que já são apresentadas por meio eletrônico), é



possível baixar os preços na fase de lances, até o limite em que não surjam ofertas mais baixas, o que sempre resulta em economia para a Administração.

Alguém poderia dizer que agora o licitante pode sempre começar com o preço mais alto, mantendo-o no caso de que não haja, por alguma casualidade, outros competidores. No entanto, isto não obriga a Administração a contratar com o licitante solitário, especialmente porque o pregoeiro tem o poder de recusar propostas que sejam consideradas demasiadamente altas.<sup>272</sup>

Além disso, conforme adiante veremos com mais detalhes, no caso em que um licitante ofereça um preço excessivamente alto e surjam outros licitantes com propostas inferiores, provavelmente incidirá o limite de 10% sobre o menor preço oferecido, excluindo-se automaticamente da disputa na etapa de lances aqueles fornecedores que estiverem fora dessa “margem de tolerância”, salvo se não for preenchido o número mínimo de três licitantes para esta fase. A cláusula de barreira existe justamente para obrigar os licitantes a desde o princípio formularem propostas baixas.

Um outro elemento importante no regramento do pregão eletrônico é a exigência de que, anteriormente à realização do pregão, o valor estimado do contrato seja depositado em conta corrente específica do Banco do Brasil, a ser levantado pelo vencedor da licitação tão logo execute o contrato. Essa condição afasta o medo do licitante de não receber o pagamento pelo bem ou serviço fornecido e em consequência faz com que ele exclua essa variável de risco da sua composição de custos.

Por fim, o problema da fase de qualificação, já referido antes, foi bastante diminuído. Agora a qualificação é prévia e genérica, ou seja, não faz mais parte do procedimento licitatório. Uma vez

---

<sup>272</sup> Art. 11, incisos XII e XIII do Decreto 3.555/00

cadastrado no *ComprasNet*, o licitante está automaticamente apto a participar de qualquer licitação pública no âmbito federal. Apenas será verificada, como medida assecuratória da confiabilidade dos registros eletrônicos, a documentação do licitante vencedor do pregão. De toda maneira, os documentos que podem ser solicitados são previamente conhecidos de forma taxativa<sup>273</sup>, o que impede que um órgão determinado ou sua Comissão de Licitação tentem criar requisitos atípicos ou extravagantes para favorecer a um ou outro licitante.

Por outro lado, para que isso fosse possível, comprometeu-se em parte um êxito maior do pregão eletrônico. Como o sistema ainda não prevê em sua sistemática qualquer discussão quanto à qualificação técnica do produto, inclusive quanto à sua qualidade intrínseca, limitou-se a possibilidade de utilização do pregão eletrônico às licitações cujos objetos fossem “bens ou serviços comuns”. A definição legal para tais bens ou serviços comuns fixa-os como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”<sup>274</sup>. O decreto que regulamentou a aplicação do pregão eletrônico nos trouxe uma definição ligeiramente modificada: “Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser *concisa e objetivamente* definidos no *objeto do* edital, *em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas* no mercado, *de acordo com o disposto no Anexo II.*”<sup>275</sup>

O Anexo II citado no texto do decreto simplesmente arrola vários bens e serviços considerados “comuns”, porém sem limitar esta classificação àqueles, ou seja, sem pretender ser um rol taxativo. Ainda

---

<sup>273</sup> Art. 13 do Decreto 3.555/00

<sup>274</sup> Art. 1º, §1º da lei 10.520/02: “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

<sup>275</sup> Art. 3º, §2º do Decreto 3.555/00.

assim, é uma definição bastante problemática, que merece uma análise mais cuidadosa.

#### 5.4.2.1. A definição de “bem ou serviço comum”

Alega-se haver sido necessário limitar a aplicação do pregão eletrônico aos bens e serviços “comuns” para poder realizar o cadastro prévio e genérico dos fornecedores, bem como padronizar a documentação a ser exigida do licitante vencedor. Embora não concordemos com a limitação, nos parece importante a distinção entre o que se caracteriza ou não como comum, até mesmo porque é assim que dita o texto normativo. A idéia do sistema é estabelecer determinados produtos que qualquer um possa fornecer, sem a necessidade de ater-se a maiores detalhes subjetivos do licitante contratado. Ora, se tratamos de adquirir um bem que é facilmente encontrado no mercado, verdadeira *commodity*, qualquer dos fornecedores qualificados naquele segmento comercial deve ser capaz de vender o bem independentemente de suas qualificações técnicas particulares.

Por exemplo, uma resma de papel formato A4 poderá ser fornecida por qualquer empresa do segmento de papelaria, assim como o combustível para os carros da Vigilância Sanitária ou da fiscalização Secretaria da Fazenda, *v.g.*, poderá ser vendido por qualquer posto de combustíveis. De forma que basta à papelaria e ao posto de gasolina cumprirem os requisitos legais para contratar com o Estado e estarão habilitados para qualquer licitação para aquisição de papel ou combustível no Brasil. Isto porque se pressupõe que para a compra desses bens ou serviços não há que discutir nenhuma qualidade intrínseca do produto.

Claro que há, por exemplo, gasolina de diferentes procedências e com diferentes padrões de qualidade. Mas haverá sempre um produto *standard*, padrão, ou seja, absolutamente convencional, que atenderá aos requisitos mínimos de qualidade. Se

existem postos vendendo gasolina com qualidade inferior a essa, será um problema a ser controlado pela agência especializada. No entanto, uma vez tendo o produto legalmente à venda, fato de que fará prova quando de sua qualificação, o posto está habilitado para vender ao Estado.

É possível que determinados setores do Estado necessitem de uma gasolina melhor, por exemplo, com algum aditivo para os motores turbo da Polícia Rodoviária Federal. Mas neste caso, obviamente, deixará de ser um bem ou serviço comum e sua licitação não poderá dar-se por meio do pregão eletrônico no Brasil.

Isto decorre da lógica do procedimento. Seu enfoque é o preço, pois parte de um pressuposto de igualdade do produto entre os licitantes. Não cabe nenhum juízo de valor sobre a qualidade do produto, mas simplesmente analisar o cumprimento das especificações contidas no edital.

Nas situações em que o domínio das técnicas para a elaboração do produto ou serviço que o Estado necessita não estão disseminadas, ou seja, quando o objeto tenha que ser produzido sob encomenda ou adequado às configurações de um caso concreto, então será necessário um procedimento de qualificação técnica, utilizando-se de uma das modalidades licitatórias tradicionais.<sup>276</sup>

Infelizmente, a distinção nem sempre é clara, ao menos se utilizamos o conceito legal, que definitivamente não foi muito feliz. Uma das maiores autoridades em direito licitatório brasileiro da atualidade, Marçal Justen Filho<sup>277</sup>, entende que o conceito de bem ou serviço comum passa pela noção de fungibilidade, ou seja, a característica de ser permutável por outro similar, sem preocupação com a essência, que

---

<sup>276</sup> Acreditamos que este possa ser um ponto a ser alterado numa eventual revisão legislativa da matéria. Retomaremos essa discussão na seção “6.1. O SIGECE e seus diferentes subsistemas”.

<sup>277</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001, p. 19.

também estará contida no produto similar. Todo bem comum seria fungível, ainda que a qualidade de ser comum não se esgota na fungibilidade. O citado professor elege a padronização para chegar à natureza do que é “comum”.

Ainda que estejamos de acordo com a reputada opinião, compreendemos que também é necessária uma disseminação no mercado, uma facilidade em obter o bem ou serviço. Para que um bem seja fungível, basta que haja outro que possa substituí-lo. Para que seja comum, deverá também existir facilmente no mercado, com características padronizadas.

Levando o raciocínio ao extremo com o fim de torná-lo mais claro, podemos dizer que uma escultura de Rodin é um tanto quanto fungível, pois de cada modelo existem alguns tantos originais e a substituição de um por outro não produziria maiores problemas, ou talvez nem sequer fosse percebido. Mas de nenhuma maneira se pode dizer que tais esculturas sejam comuns ou que estejam disponíveis no mercado.

Com esta noção nos parece mais fácil trabalhar o conceito para enfrentar os problemas eventuais da prática licitatória dos órgãos públicos. A relação contida no Anexo II do Decreto 3.555/00, modificada pelo Decreto 3.784/01, ainda que meramente ilustrativa, serve para exemplificar bem alguns dos bens e serviços mais licitados pela Administração Pública através do pregão eletrônico:

**“BENS COMUNS**

1. Bens de Consumo
  - 1.1 Água mineral
  - 1.2 Combustível e lubrificante
  - 1.3 Gás
  - 1.4 Gênero alimentício
  - 1.5 Material de expediente
  - 1.6 Material hospitalar, médico e de laboratório
  - 1.7 Medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos
  - 1.8 Material de limpeza e conservação
  - 1.9 Oxigênio
  - 1.10 Uniforme
2. Bens Permanentes
  - 2.1 Mobiliário
  - 2.2 Equipamentos em geral, exceto bens de informática
  - 2.3 Utensílios de uso geral, exceto bens de informática

2.4 Veículos automotivos em geral

2.5 Microcomputador de mesa ou portátil ("notebook"), monitor de vídeo e impressora

### **SERVIÇOS COMUNS**

1. Serviços de Apoio Administrativo
2. Serviços de Apoio à Atividade de Informática
  - 2.1 Digitação
  - 2.2. Manutenção
3. Serviços de Assinaturas
  - 3.1. Jornal
  - 3.2. Periódico
  - 3.3. Revista
  - 3.4 Televisão via satélite
  - 3.5 Televisão a cabo
4. Serviços de Assistência
  - 4.1. Hospitalar
  - 4.2. Médica
  - 4.3. Odontológica
5. Serviços de Atividades Auxiliares
  - 5.1. Ascensorista
  - 5.2.. Auxiliar de escritório
  - 5.3. Copeiro
  - 5.4. Garçom
  - 5.5. Jardineiro
  - 5.6. Mensageiro
  - 5.7. Motorista
  - 5.8. Secretária
  - 5.9. Telefonista
6. Serviços de Confecção de Uniformes
7. Serviços de Copeiragem
8. Serviços de Eventos
9. Serviços de Filmagem
10. Serviços de Fotografia
11. Serviços de Gás Natural
12. Serviços de Gás Liquefeito de Petróleo
13. Serviços Gráficos
14. Serviços de Hotelaria
15. Serviços de Jardinagem
16. Serviços de Lavanderia
17. Serviços de Limpeza e Conservação
18. Serviços de Locação de Bens Móveis
19. Serviços de Manutenção de Bens Imóveis
20. Serviços de Manutenção de Bens Móveis
21. Serviços de Remoção de Bens Móveis
22. Serviços de Microfilmagem
23. Serviços de Reprografia
24. Serviços de Seguro Saúde
25. Serviços de Degraação
26. Serviços de Tradução
27. Serviços de Telecomunicações de Dados
28. Serviços de Telecomunicações de Imagem
29. Serviços de Telecomunicações de Voz
30. Serviços de Telefonia Fixa
31. Serviços de Telefonia Móvel
32. Serviços de Transporte
33. Serviços de Vale Refeição
34. Serviços de Vigilância e Segurança Ostensiva
35. Serviços de Fornecimento de Energia Elétrica
36. Serviços de Apoio Marítimo
37. Serviço de Aperfeiçoamento, Capacitação e Treinamento”

#### 5.4.2.2. O procedimento do pregão eletrônico

Uma vez que já deixamos claro a que hipótese se aplica o pregão eletrônico, faz-se necessário baixar aos detalhes do seu procedimento.

A primeira etapa é a publicação no sítio *web* do edital de convocação, acompanhada, necessariamente, de aviso no Diário Oficial ou em jornal de grande circulação<sup>278</sup>. Nele deverá constar, entre outras coisas, a descrição objetiva dos bens ou serviços de que a Administração necessita, bem como suas quantidades e outros elementos relevantes para a valoração do preço.<sup>279</sup>

Os licitantes interessados que já sejam cadastrados<sup>280</sup> como fornecedores deverão então enviar suas propostas diretamente na página da *Internet* específica para esse fim, preenchendo campos de um formulário virtual onde especificarão a marca do produto (se aplicável) e o preço inicial<sup>281</sup>. A marca não poderá ser utilizada como fator de decisão de quem será agraciado com o contrato, mas simplesmente para possibilitar a verificação no ato de entrega do produto. Os licitantes que ainda não sejam cadastrados terão que fazê-lo no prazo entre a publicação do edital e a data programada para que ocorra o pregão.

Na data e hora designadas, o pregoeiro, um funcionário público especialmente treinado para esta função, que poderá ou não ser vinculado ao próprio órgão proponente da licitação, irá iniciar a sessão de pregão eletrônico, à qual todos os licitantes deverão acudir por meio de acesso virtual ao sistema, pela *Internet*, com seu nome de usuário e

---

<sup>278</sup> Art. 11, I do Decreto 3.555/00, c/c art. 7º do Decreto 3.697/00

<sup>279</sup> Art. 4º, II e III da lei 10.520/02, c/c Art. 11, II do Decreto 3.555/00 e art. 7º do Decreto 3.697/00

<sup>280</sup> Art. 3º do Decreto 3.697/00

<sup>281</sup> Art. 7º, incisos III a VI do Decreto 3.697/00

senha. As propostas que foram inicialmente apresentadas serão simultaneamente divulgadas, por item ou grupo de itens, conforme disponha o edital. Far-se-á então uma seleção preliminar, admitindo na fase seguinte, a dos lances regressivos, apenas os licitantes cujas propostas iniciais tenham sido iguais ou inferiores à da menor acrescida de 10% (dez por cento). Ou seja, se a menor proposta para a aquisição de determinado bem for de 100 reais, somente admitir-se-ão na fase de lances aqueles licitantes que ofereceram inicialmente seus bens até o limite de 110 reais, excluindo-se automaticamente todos os demais.

Apenas na hipótese de que não haja mais que três licitantes na margem de 10% sobre a menor proposta se admitirão os seguintes, partindo da proposta mais baixa, até completar um número total de três licitantes para a fase seguinte.

Este método tem a finalidade de fazer com que os licitantes desde logo façam suas melhores ofertas, evitando assim o prolongamento desnecessário da sessão de lances, assim como diminui o risco de que, na hipótese de surgir apenas um licitante, ele se beneficie desta situação e decida não baixar sua proposta, na tentativa de pressionar de alguma forma o órgão que esteja necessitando bastante do fornecimento. Dessa maneira, os licitantes que optarem por oferecer preços mais altos saberão que correm o risco de ser sumariamente eliminados. Além disso, ainda que tenham a sorte de se encontrarem sozinhos em algum pregão específico, o pregoeiro poderá sempre recusar as ofertas cujos valores não lhes pareçam razoáveis e encerrar o pregão sem consagrar um vencedor.

Então, selecionados os licitantes que vão à etapa seguinte, começará a oferta de valores regressiva, ou seja, diminuindo os valores oferecidos, o que será feito simplesmente digitando o novo valor da proposta, assim como, quando se tratar de um grupo de bens ou serviços em licitação, o número do item e sua nova oferta de preço. Uma oferta que seja igual ou superior a alguma já oferecida será desde logo rechaçada e o edital poderá estabelecer um valor mínimo para diminuir



da proposta mais baixa, ou seja, uma diferença mínima para realizar um novo lance, a fim de evitar que os licitantes se ponham a reduzir em centavos suas propostas.

Durante o procedimento, os licitantes não sabem quem são os outros que participam na disputa, de maneira que é praticamente impossível fazer acordos paralelos, inclusive porque em virtude de não haver mais barreiras geográficas para a participação, os licitantes podem estar localizados em diferentes partes do país ou do mundo<sup>282</sup>. Tudo o que sabem os licitantes resume-se ao último preço que foi oferecido para cada item do pregão.

Atingindo um ponto a partir do qual ninguém realize novas propostas mais baixas que as já existentes, o pregoeiro encerrará o pregão para cada um dos itens que já hajam chegado ao preço mínimo. Na hipótese em que os licitantes permaneçam baixando pequenos valores de seus preços (especialmente quando o edital não estabelece um mínimo para baixar entre um preço e outro), como centavos em compras de milhões, o pregoeiro avisará que será ativado o término aleatório do pregão, ou seja, haverá um comando para que o computador a qualquer tempo em um intervalo entre dez minutos e meia hora termine o pregão, atribuindo o contrato ao licitante que no momento tinha a proposta mais baixa.

O pregoeiro não pode terminar imediatamente o procedimento por vontade própria sem que isto fique gravado na ata do pregão, de maneira que não tem o controle sobre o momento exato em que a sessão será encerrada, não podendo assim favorecer nenhum licitante.

---

<sup>282</sup> Não é necessário que a licitação seja da modalidade “concorrência internacional” para que permita aos estrangeiros participarem. Na verdade, o que permite a modalidade internacional de excepcional é, basicamente, a possibilidade de cotar preço em moeda estrangeira. Sobre a matéria, verificar BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre licitações internacionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002, pp. 61 e ss.

Este será mais um incentivo a que os licitantes cheguem logo ao seu preço mínimo, para que não acabem perdendo o pregão por um erro de estratégia, ainda que no momento do encerramento aleatório seja relativamente comum que os licitantes já estejam próximos ao seu valor mínimo, realizando lances mínimos apenas na tentativa de saírem vitoriosos com o término aleatório da sessão. O encerramento aleatório da sessão não traz nenhum prejuízo ao erário, uma vez que as propostas chegam a esse nível praticamente equivalentes, não constituindo fator relevante uma eventual redução de centavos que poderia ainda ser realizada por um ou outro licitante caso houvesse alguns segundos a mais para a sessão.

Ao concluir a sessão do pregão, o pregoeiro perguntará aos licitantes se desejam interpor algum recurso e, caso queiram, eles deverão de imediato expressar sua intenção, dizendo sinteticamente contra que pretendem insurgir-se, devendo ainda no prazo decadencial de 48 horas entregar por escrito as razões de seu recurso. Depois da manifestação sobre a intenção de interpor recursos, o pregoeiro publicará imediatamente a ata do pregão (que é automaticamente gerada pelo computador, contendo inclusive a hora em que cada oferta ou mensagem foi enviada), deixando-a disponível para consulta pública via *Internet*.

## **5.5. Propostas para o sistema de pregão eletrônico**

Da maneira como está regulamentado, o pregão eletrônico já é bastante eficiente para prevenir a corrupção dos funcionários públicos. Sem embargo, necessita de alguns ajustes para que possa ser eficaz também contra a corrupção dos agentes políticos ou autoridades hierarquicamente mais altas.

Isto ocorre porque, como já explicamos, existe uma diferença fundamental na maneira como são praticados os dois tipos de

corrupção. As altas autoridades, mais freqüentemente, irão dirigir os contratos públicos através de processos de dispensa de licitação, especialmente em virtude uma alegada urgência ou notória especialização.<sup>283</sup>

No sistema tradicional de licitação, que na média levava de 2 a 3 meses entre a decisão administrativa de iniciar o processo e a assinatura do contrato, era de certa maneira compreensível a alegação de urgência (por vezes até intercorrente, ou seja, ocorrida durante o processo de licitação), uma vez que um prazo tão longo poderia facilmente comprometer a qualidade da Administração. Porém, com a modalidade de pregão eletrônico, o tempo médio baixou para 10 a 20 dias, podendo baixar ainda mais com alguns ajustes nos prazos.

Parece-nos que com essa média temporal para a celebração dos contratos já não mais se apresenta aceitável o elevado índice de procedimentos de dispensa de licitação em virtude de urgência na aquisição. Salvo em circunstâncias imprevisíveis, um mínimo controle dos estoques pode fazer com que a Administração anteveja com 15 dias suas carências e inicie os trâmites necessários para evitar uma situação de urgência.

Ainda assim, é possível imaginar situações em que o controle adequado não tenha sido feito e seja necessário solucionar o problema de uma forma adequada. Imaginamos que é possível regulamentar tais situações excepcionais, de maneira a permitir que seja realizado um pregão eletrônico com prazos curtos em caráter extraordinário, ainda que algumas garantias do rito ordinário sejam flexibilizadas. Poder-se-ia, em caso de comprovada urgência, imaginar um rito que permitisse a conclusão de todo o processo de seleção em 48 horas, reduzindo-se o prazo entre a publicação do edital na *Internet* e a

---

<sup>283</sup> Esses conceitos foram discutidos anteriormente, nas seções “3.1.1. O conceito jurídico de urgência” e “3.1.3. O conceito jurídico de notória especialização ou notório saber”.

realização do pregão para 24 horas, determinando-se a notificação dos interessados através do envio de correio eletrônico (*e-mail*) certificado a todos os fornecedores cadastrados para o tipo de bens ou serviços em questão, estabelecendo-se apenas uma instância recursal, etc.

É inevitável que aqui voltemos ao constante debate sobre os conflitos e ponderações entre valores na licitação. Abre-se mão de garantias procedimentais para buscar uma maior eficiência. Entretanto, este suposto sistema que aqui se propõe constitui um avanço considerável se comparado à realidade atualmente existente, de absoluta discricionariedade por parte do administrador público, que pode dirigir como queira o contrato, adjudicando-o sem qualquer procedimento de competição ao simplesmente alegar urgência.

Entendemos que a utilização do regime atual de dispensa por urgência deve permanecer possível, para aquelas contratações que necessitam ser concretizadas em menos de 48 horas, sob pena de grave prejuízo para a ordem ou o patrimônio público. Evidentemente, tais contratos deverão ser submetidos a rígidos controles de preços e, se provocada, a autoridade judicial deverá averiguar com rigidez a necessidade de fazer-se tal contratação em menos de 48 horas. De toda forma, será bem mais fácil para o juiz avaliar o cabimento da dispensa de licitação nessas circunstâncias, com um referencial objetivo, que simplesmente apreciar a hipótese de tratar-se de uma contratação “urgente”.

Sem dúvidas que a utilização desta modalidade de pregão com prazos excepcionalmente curtos não poderia se tornar um hábito, inclusive para não incentivar as Administrações irresponsáveis. Nesse sentido, podem ser estabelecidas diversas modalidades de controle, a primeira das quais seria estatística. Uma vez que os pregões sejam todos feitos por meio da página *web* central do *ComprasNet*, é possível saber quantas vezes cada órgão utilizou o procedimento extraordinário e quanto isto representa se contraposto ao total de licitações realizadas e ao valor total dessas contratações.

Igualmente, é perfeitamente possível, através de um simples cruzamento da base de dados, saber o valor médio pago em cada licitação por determinado produto, seja em âmbito nacional, regional ou local e assim identificar se eventualmente a utilização da modalidade extraordinária trouxe ou não dano ao erário.

Claro que para fazer essa comparação seria essencial uma codificação geral dos produtos e serviços, para o que se pode utilizar os códigos já existentes para outras finalidades (como a classificação do Imposto sobre Produtos Industrializados, com acréscimos) ou mesmo uma codificação criada especialmente para esta finalidade, como o Vocabulário Comum de Compras (CPV), da Comunidade Européia.

Tanto no caso da comparação estatística de volume de contratação por procedimentos extraordinários (estatística quanto aos meios) quanto no caso da comparação dos custos finais (estatística quanto aos resultados) podem ser impostas sanções aos gestores ou a órgãos administrativos como um todo.

Este controle deve ser duplo, pois se apenas faz-se um controle quanto aos resultados, nada impede que se favoreça uma determinada empresa que tenha ligações com os funcionários públicos encarregados das licitações, ainda que os preços praticados sejam os mesmos do mercado. Claro, porque nem sempre a vantagem de uma transação comercial está no preço, mas em sua quantidade e frequência. Igualmente, um controle apenas com relação aos meios pode fazer com que numa única manobra licitatória ilegal se favoreça exageradamente a uma determinada empresa, agraciando-lhe com um contrato superfaturado. Resulta daí a necessidade de saber o quanto se pratica a modalidade excepcional de licitação e, nas oportunidades em que é praticada, quais são os seus resultados. Com esses dados em mãos, é possível buscar a aplicação de sanções contra os administradores públicos que abusarem do sistema.

As sanções poderiam ser das mais diferentes espécies, desde a suspensão da atuação na área de licitações<sup>284</sup> (que inclusive pode ser tomada como medida preventiva durante o procedimento de investigação), passando por outras sanções de natureza administrativa, como suspensão sem remuneração<sup>285</sup> ou demissão, até as de natureza política ou penal, como a suspensão do direito de ocupar ou candidatar-se a cargo público, até o próprio cerceamento de liberdade. Independentemente de qual seja o tipo e tamanho da medida legislativa adotada, é sempre necessário ter em mente que a penalidade não se dirija apenas ao funcionário de baixo nível hierárquico, mas também ao chefe que haja autorizado o procedimento extraordinário ou a contratação sem licitação.<sup>286</sup>

Desta maneira, estar-se-ia muito mais próximo de lograr o fechamento de uma das mais largas portas para a corrupção em licitações. Seguirão ocorrendo casos cujo procedimento de licitação não resolverá todos os problemas. Licitações do tipo “melhor técnica” serão difíceis de serem controladas quanto à manipulação da valoração das exigências e seu impacto na avaliação final da proposta. Ainda que se amplie o pregão para objetos além dos “comuns”, sua contribuição dar-se-á tão-somente quanto à etapa dos preços, que, neste tipo de licitação, não raro participam com apenas 10% da avaliação final.

---

<sup>284</sup> Este tipo de sanção existe em quase todos os ordenamentos licitatórios e especificamente no Brasil encontra-se regulado no art. 87, III e IV da lei 8.666/93.

<sup>285</sup> Esta hipótese não encontra guarida no ordenamento brasileiro.

<sup>286</sup> É essencial que façamos aqui uma impotante ressalva: entendemos que o chefe do órgão deve responder pelas irregularidades praticadas nos processos licitatórios sempre que, e apenas quando, participe ativamente na emissão de algum juízo discricionário ou na concretização de algum conceito jurídico indeterminado. Não é possível que se siga adotando uma postura muito em voga no Brasil que é jogar nas costas do superior hierárquico do órgão o peso de todos os atos de seus subordinados. A responsabilidade há de ser diluída na medida da autonomia administrativa de cada funcionário. O que ocorre hoje é um abuso que não raro impele pessoas capacitadas e sem maiores interesses políticos a não aceitarem cargos-chave na Administração para não serem obrigados a depois custearem advogados ao longo de anos, às suas próprias expensas, para provaram ao Judiciário que não têm responsabilidade pelos erros que seus subordinados cometeram.

Sem embargo, é necessário convir que no momento em que 80% do volume das compras forem realizadas pelo procedimento eletrônico, será em grande parte facilitado o trabalho dos auditores e fiscais dos diferentes órgãos de controle, que poderão localizar e concentrar seus esforços nos outros 20%, mais suscetíveis à ocorrência da corrupção.

## Cap. 6 – Sistematização dos mecanismos propostos

*Sumário: 6.1. O SIGECE e seus diferentes subsistemas; 6.2. A interação do SIGECE com as instâncias recursais e com a sociedade; 6.3. O SIGECE e os mecanismos pré-contratuais; 6.4. Um fluxograma de nossa proposta.*

Neste capítulo, apresentaremos uma tentativa de sistematização dos mecanismos anteriormente discutidos, a fim de verificar sua compatibilidade entre si e facilitar sua confrontação com os ordenamentos jurídicos nos quais eventualmente possam ser incluídos.

Também será neste capítulo que condensaremos nossas sugestões oferecidas ao longo do trabalho, a fim de conferir-lhes uma certa uniformidade de tratamento.

Ao longo do desenrolar deste trabalho, verificamos inicialmente que as tentativas para controlar a corrupção costumam focar-se sempre na superposição de procedimentos burocráticos e no controle e/ou diminuição da discricionariedade administrativa, sem que tais medidas tenham apresentado resultados satisfatórios.

No entanto, atar a Administração Pública a procedimentos cada vez mais rigorosos e burocráticos, afastando-a léguas do que seria um mecanismo de seleção de contratados eficiente, não irá suprir as necessidades do interesse público.

A busca da legalidade, num processo de luta contra a corrupção, sem a devida preocupação com a eficiência na escolha dos contratantes, é um verdadeiro “ouro de tolo” que não ajudará a melhorar o funcionamento da máquina pública, mas simplesmente irá



justificar seguidamente a fuga do direito administrativo, utilizando-se indevidamente de conceitos jurídicos indeterminados, para escapar da formalidade da licitação.

Nesse quadro, faz-se necessária a utilização dos modernos meios tecnológicos para controlar a atuação dos agentes públicos em licitações, sem tirar-lhes a eficiência de que necessitam para agir com celeridade. É com base nessas idéias que propomos a sistematização que se segue.

## **6.1. O SIGECE e seus diferentes subsistemas**

O mecanismo do pregão eletrônico apresenta resultados entusiasmantes não só com relação à velocidade da contratação e diminuição de sua contestação judicial, mas igualmente no que se refere à queda dos custos e à diminuição de denúncias e/ou suspeitas de irregularidades na aplicação da lei.

Do ponto de vista gerencial, entretanto, sua contribuição pode ser ainda maior, por permitir a integração de uma série de informações num banco de dados de âmbito nacional que possibilitariam comparações em tempo real das propostas oferecidas com a realidade do mercado.

O mecanismo do pregão eletrônico passaria a ser um subsistema daquilo que poderíamos chamar de Sistema de Gestão de Contratações Estatais (SIGECE), ao qual deveriam ser agregados três novos subsistemas: um de gestão de preços e outro de gestão de qualidade, ambos apoiados num terceiro subsistema, de classificação de produtos nos moldes do CPV (*Common Procurement Vocabulary*) europeu.

O subsistema de classificação criaria códigos para os diferentes tipos de produtos e serviços, de maneira a agrupá-los sob categorias e possibilitar a comparação estatística entre eles. A utilidade maior deste subsistema seria dar viabilidade e integração aos subsistemas de gestão de preços e qualidade.

O subsistema de gestão de preços estabeleceria as comparações nacionais e regionais de preços para cada linha de produto ou serviço, com dois objetivos básicos: o primeiro, de orientar o administrador público, a fim de que soubesse se os preços pelos quais está contratando estão acima ou abaixo da média nacional/regional. O segundo objetivo seria o de controlar o próprio administrador público, pois no momento em que todos os preços estivessem sob controle estatístico, seria muito mais fácil para os fiscais e auditores dos Tribunais de Contas e do Ministério Público concentrarem esforços apenas nos contratos que aparentassem irregularidades.

Com relação ao controle estatístico de preços, poderia ser criada uma presunção *juris tantum* de culpa e responsabilização do administrador público quando lançasse mão de um procedimento de urgência e a aquisição superasse 20% da média regional de preços. Essa norma já existe na regulamentação brasileira<sup>287</sup>, sem que no entanto possa ser aplicada por inexistir uma tabela oficial e vinculante de comparação de preços.

O subsistema de gestão de qualidade seria uma importantíssima ferramenta de gestão pública. Os dados seriam lançados no subsistema por meio de procedimento de avaliação do bem ou serviço prestado pelo fornecedor, que poderia ser realizado inclusive através de consulta direta aos funcionários públicos ou aos usuários dos serviços, que poderiam avaliar a qualidade e durabilidade do

---

<sup>287</sup> Está contida no §2º do art. 25 da lei 8.666/93.

fardamento que lhes é oferecido, no caso dos funcionários, ao serviço de concessionárias de serviço público, quando se tratasse de avaliação pelo consumidor. O formulário para avaliação poderia ser anexado ao contra-cheque ou a alguma espécie de fatura mensal. Os dados sobre os bens ou serviços fornecidos poderiam ser lançados no subsistema por meio do código de barras do produto ou vinculados ao CNPJ do prestador de serviços. Para possuir uma melhor qualidade estatística, poderiam ser desprezadas um percentual de avaliações (10%) que atribuíssem as notas mais baixas e mais altas.

Assim como no subsistema de gestão de preços, o subsistema de gestão de qualidade também teria dois objetivos, um de auxílio ao administrador público e outro para seu controle. O administrador público poderia beneficiar-se dos dados do subsistema de gestão para que instruísem a valoração da “proposta mais vantajosa”. No subsistema de qualidade haveria avaliações quanto ao cumprimento dos prazos para entrega, da qualidade da assistência técnica, da durabilidade e rendimento dos produtos, eventualmente até mesmo certificações de qualidade ISO, etc.

Tais valores constantes das bases de dados seriam multiplicados pelos pesos proporcionais conferidos a cada item pelo administrador público, em razão de sua importância para cada licitação específica e então seriam somados ao critério de preço definido no subsistema de pregão eletrônico para eleger a proposta mais vantajosa. Para as empresas novas, que ainda não possuíssem avaliação no subsistema de qualidade, deveria ser criado algum artifício matemático que lhes atribuísse uma oportunidade de competição, talvez calculando-se uma média entre os demais concorrentes enquanto a empresa não atingisse suas quatro ou cinco primeiras avaliações.

A criação do subsistema de qualidade permitiria ainda atribuir no conceito de proposta mais vantajosa determinada pontuação para critérios sociais, como de preservação ao meio ambiente<sup>288</sup> ou geração de empregos para segmentos menos favorecidos da população<sup>289</sup>. Isso seria impossível no regulamento atual de licitação.

Para o controle da Administração Pública, o subsistema de qualidade poderia contribuir ao mostrar que uma determinada empresa mal avaliada por outros órgãos seguidamente recebe aditivos contratuais, prorrogações de contrato e mesmo contratos formulados sob a modalidade de urgência, tudo vinculado a um mesmo órgão ou esfera de gestão pública.

No que se refere especificamente ao subsistema de pregão eletrônico, algumas melhorias poderiam ser-lhe acrescentadas a fim de tornar mais amplo seu espectro de aplicação, limitando os espaços para corrupção que se encontram hoje abertos em virtude do ainda estreito rol de aplicação do pregão eletrônico. Por exemplo, para fins de diminuir drasticamente a dispensa de licitação por urgência, poder-se-ia criar um pregão emergencial, com prazos ainda mais reduzidos e com envio de convite eletrônico aos licitantes cadastrados, a fim de dispensar a publicação em Diário Oficial dos atos e reduzir para 48h o tempo necessário para contratação em casos prementes para a Administração. A dispensa de licitação por urgência apenas seria admissível quando a autoridade afirmasse, em despacho fundamentado, que a contratação necessariamente teria que se dar em menos de 48h, hipótese em que o controle judicial seria muito mais eficiente e objetivo do que apreciar o que é, abstratamente, “urgente”.

---

<sup>288</sup> A União Européia, por meio dos arts. 49º e 50º da Diretiva 2004/18/CE, acaba de fazê-lo. No mesmo sentido, PRESTES, Cristine. “Legislação pode ser meio de distribuição de renda”. *Valor Econômico*. São Paulo: Valor Econômico S/A, 28/06/2004, p. A12.

<sup>289</sup> Essa proposta é idealizada atualmente pelo governo federal. Cf. SOLIANI, André. “Governo quer critério social em licitações”. *Folha de S. Paulo*. São Paulo: Folha da Manhã S.A., 29/01/2004, p. A6

Ainda, deve-se acabar com o conceito de bens ou serviços “comuns”, abrindo o pregão para licitar qualquer tipo de bens, inclusive obras. Na hipótese de ser necessária uma etapa de qualificação técnica, e quando as informações do subsistema de gestão de qualidade não suprissem as necessidades da Administração, tal avaliação seria feita antecipadamente, e a pontuação das licitantes já aplicada a uma equação matemática que, atribuindo-se os valores dos preços oferecidos no leilão às variáveis adequadas, retornaria, em tempo real, o valor da média ponderada de pontos que levaria à escolha do licitante vencedor.

Por fim, com o objetivo de dar credibilidade e transparência a todo o sistema, ainda mesmo nas eventuais licitações em que não se utilizasse o pregão eletrônico, deveria ser aplicada a norma que exige o depósito antecipado em conta corrente específica a ser levantado pelo adjudicatário do contrato. Essa inovação legislativa criada para agilizar o pregão conforta os licitantes quanto ao pagamento dos bens ou serviços fornecidos e conseqüentemente faz com que eles retirem do preço o risco do não-pagamento.

## **6.2. A interação do SIGECE com as instâncias recursais e com a sociedade**

Todos esses subsistemas deveriam estar integrados com um eficiente órgão de natureza administrativa ou jurisdicional (desde que separado da estrutura convencional do Judiciário) para julgar os eventuais recursos administrativos em matéria de licitação. No caso do Brasil e de alguns outros países que prevêm a impossibilidade de limitar o recurso ao Judiciário, seria interessante que o órgão julgador já tivesse natureza judicial, a fim de evitar a superposição de instâncias de julgamento e conseqüente lentidão da apreciação. Esse problema não existiria na Espanha, França ou Japão e a jurisprudência já o solucionou também nos Estados Unidos.

Na hipótese de tratar-se de um órgão de natureza administrativa, as mesmas garantias dadas ao Judiciário deveriam ser conferidas aos julgadores e a composição do tribunal deveria ser em parte provida por concurso, em parte indicada pelo Tribunal de Contas e possuir ainda uma última parte indicada pelo Executivo.

O órgão julgador dos recursos necessita ter poder para suspender os recursos e suas decisões devem ter caráter impositivo, vinculante e não meramente recomendatório. Normas que permitam ao Executivo descumprir a decisão recursal mediante justificativa de “interesse público” devem ser vistas com extrema cautela e, se implantadas, devem sujeitar o agente público a crime de responsabilidade além de eventuais sanções administrativas e civis.

Também deverá haver um prazo máximo de 90 dias para julgar os eventuais recursos, prorrogáveis por outros 10 dias, a fim de garantir a celeridade na apreciação recursal, que deverá poder ser provocada por qualquer cidadão e/ou licitante contra qualquer ato praticado no contexto da licitação.

No que se refere aos procedimentos prévios à licitação, uma porção de mecanismos poderá ser adotada. A negociação prévia com fornecedores permite o conhecimento público e a discussão sobre os detalhes, especialmente os técnicos, dos editais de licitação. Como são justamente essas especificações técnicas que acabam por excluir muitos dos licitantes das oportunidades de negócios, a publicização da discussão, embora a decisão continue sendo exclusivamente do órgão governamental, já dificulta bastante desvios e favorecimentos.

Às sessões de negociação prévia poderia ser acrescida sem problemas a celebração de um “pacto de integridade”, conforme modelo desenvolvido pela ONG Transparência Internacional. Embora sua eficácia jurídica seja bastante limitada, restou comprovado que cria um ambiente mais saudável e menos favorável à corrupção.

O orçamento participativo, também como medida de participação popular no processo decisório anterior à licitação, ao decidir onde serão gastos os recursos públicos, restringe um pouco a liberdade governamental em manipular as prioridades públicas a fim de beneficiar seus parceiros políticos. Embora seja bem mais um instrumento de participação popular na gestão pública, poderá vir a ter efeitos concretos na prevenção à corrupção.

A utilidade do orçamento participativo como mecanismo de prevenção à corrupção será redobrada especialmente se utilizado em conjunto com o subsistema de gestão de preços do SIGECE, uma vez que os membros da assembleia do orçamento participativo poderão saber exatamente o valor médio de contratação e assim apenas alocar para determinada ação governamental o montante devido, evitando que se manipule uma dotação orçamentária exagerada (e passível de permitir superfaturamentos) ou insuficiente (que permitiria a inclusão de mais ações governamentais e a discricionariedade do administrador ao efetuar a necessária contingência daquelas que lhe fossem menos interessantes).

Por fim, um sistema de premiação aos funcionários encarregados de licitações que consigam reduções nos preços dos bens ou serviços licitados, sem diminuição de eficiência, poderá motivá-los a buscarem melhores acordos, uma vez que lhes é permitido negociar para diminuir os valores dos contratos.

### **6.3. Organofluxograma de nossa proposta**

Para facilitar a compreensão do que expusemos anteriormente, poderíamos apresentar a seguinte representação gráfica da estrutura do SIGECE, com seus subsistemas:

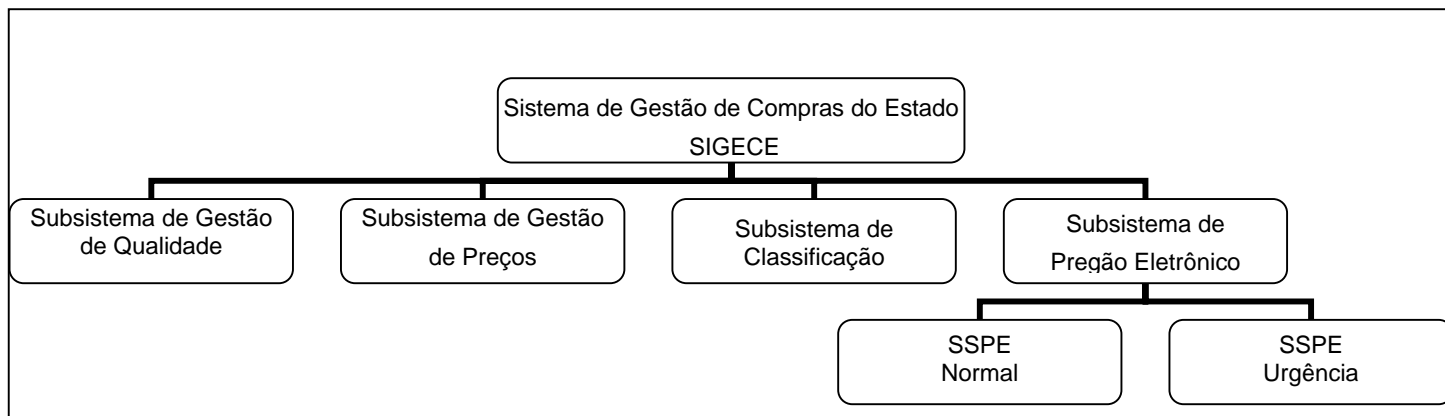


Fig. 1 – Organograma do Sistema de Gestão de Compras do Estado - SIGECE

Os subsistemas encontram-se todos nivelados sob a coordenação geral do SIGECE, que se encarregará de torná-los compatíveis entre si e retroalimentados, de maneira que o subsistema de classificação permita agrupar as informações dos subsistemas de gestão de preço e qualidade e os resultados advindos do subsistema de pregão eletrônico sejam imediatamente incorporados à base de dados do subsistema de gestão de preços para controle e referências futuras.

A ramificação do SIGECE permitirá sua intervenção eficiente e desburocratizante em vários momentos do processo licitatório, como explicado nas duas seções anteriores e conforme ilustração na página seguinte.

Por meio da utilização integrada de todos os citados mecanismos, seguramente ter-se-á uma redução sensível na prática da corrupção ou, pelo menos, torná-la-emos mais evidente e conseqüentemente mais passível de controle e sanção, momento em que passaremos à aplicação da norma penal como *ultima ratio* jurídica.



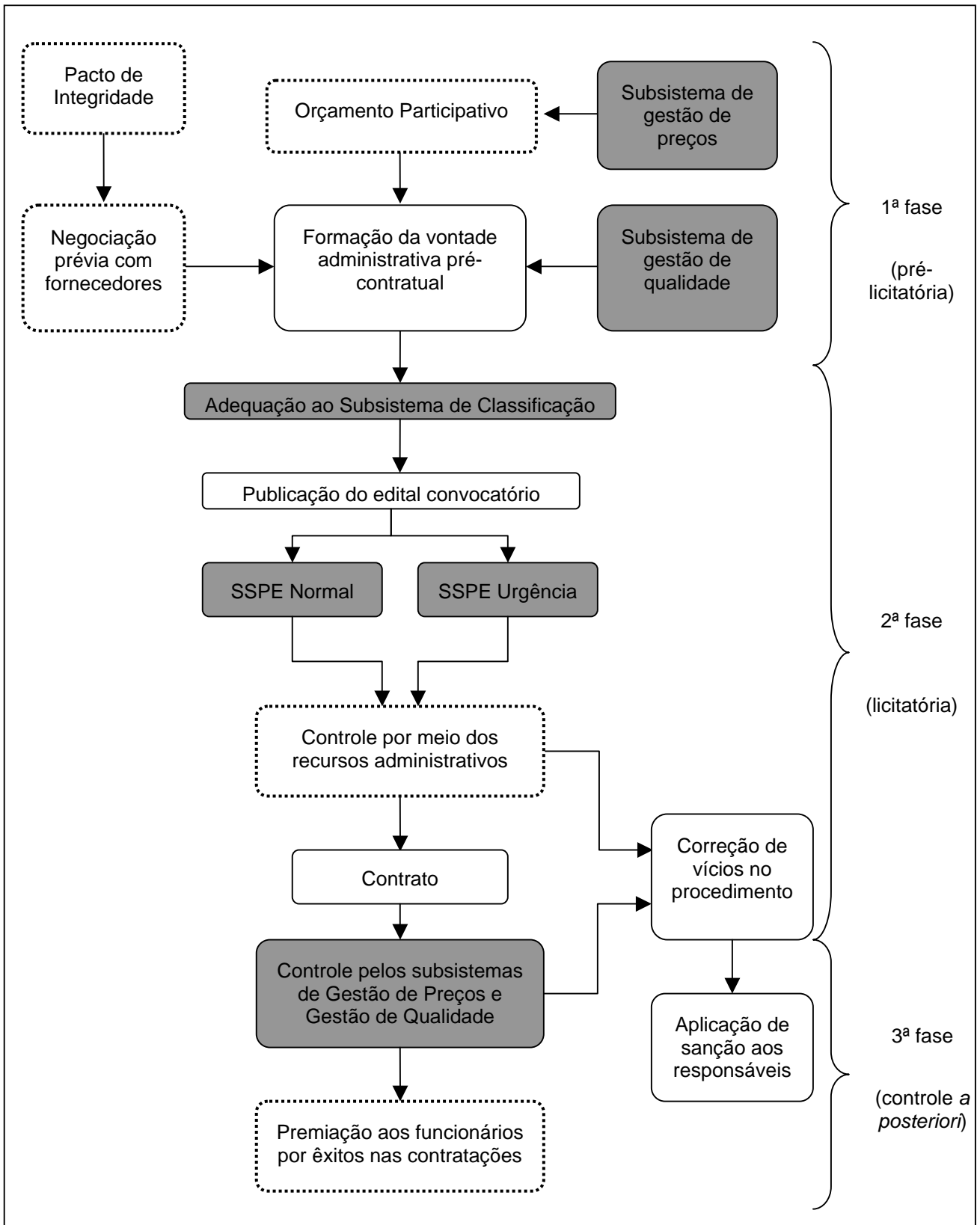
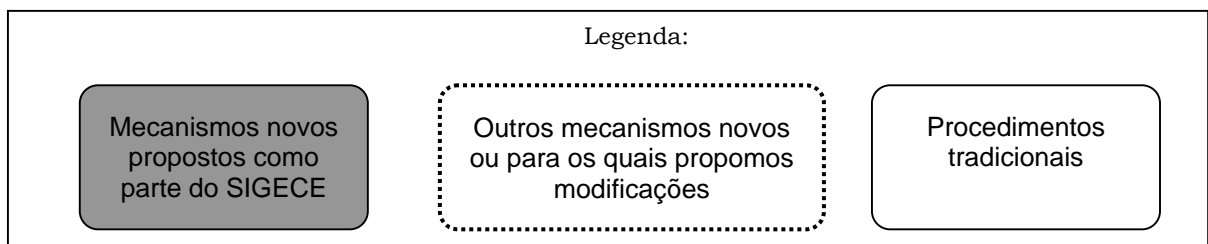


Fig. 2 – Fluxograma do procedimento de licitação sugerido



## Cap. 7. Conclusões

*“A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador.*

*A moral é o cerne da pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.*

*Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública.”*

(Ulysses Guimarães, por ocasião de seu discurso ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988)

Após o desenvolvimento do trabalho e a sistematização das sugestões e conclusões parciais a que chegamos, faz-se necessário efetuar o confronto com as hipóteses delineadas inicialmente, a fim de controlar o resultado desta pesquisa.

Vale salientar que a redação destas conclusões é sintética, freqüentemente sendo necessárias remissões aos capítulos específicos para a compreensão dos detalhes das proposições e do desenvolvimento dos raciocínios.

*Hipótese 1 – Diferentes modelos legislativos podem contribuir para dificultar a ocorrência de corrupção em licitações ou somente com políticas sociais ela pode ser evitada?*

Não somos defensores da idéia de que tudo se resolve “por decreto” ou “por força de lei”. Evidentemente, o extermínio da corrupção, se possível, somente será viável através da implementação

de políticas sociais focadas na promoção de um ambiente ético, de um padrão remuneratório e possibilidades de ascensão na carreira pública estimulantes e de um aparato legislativo eficiente para detectar e punir as eventuais ocorrências por parte daqueles que se mostrem refratários à implementação de tal política.

Nossa contribuição com este trabalho é justamente atuar na prevenção da ocorrência da corrupção por meio de mecanismos que permitam detectá-la e instrumentalizar um posterior processo de penalização. Assim, ao passo que não acreditamos que uma nova legislação possa isoladamente exterminar o germe da corrupção, entendemos, por outro lado, que pode efetivamente contribuir para tanto.

*Hipótese 2 – O caminho para tentar diminuir o fenômeno da corrupção passa por uma maior burocratização procedimental? Na mesma linha, a celeridade é incompatível com a moralização institucional?*

Um dos pontos-chaves desta dissertação é combater essa idéia. A nossa experiência histórica, de criar tantos conselhos e instâncias de decisão quantos sejam os escândalos a surgir na mídia, respalda a certeza de que a burocratização administrativa não é um caminho eficiente para controlar a corrupção, mas ao revés, é uma porta aberta para aumentar a “pequena corrupção”, da qual se lança mão para acelerar o trâmite de algum processo “emperrado”. Na prática, apenas se amplia o número de decisões meramente formais, que não descem a uma análise de mérito e adotam os pareceres das instâncias inferiores.

Ao longo do desenvolvimento dos capítulos, em especial nos capítulos 5 e 6, ficou claro que é possível conceber meios de acelerar o procedimento licitatório e ao mesmo tempo adquirir garantias

adicionais no sentido de moralizar a Administração Pública e seus contratos, prevenindo assim a corrupção.

*Hipótese 3 – Existem mecanismos que possam combater simultaneamente a burocracia e a corrupção nas licitações públicas?*

Outra vez, nos referimos à burocracia estatal perniciosa, vagarosa e redundante que simplesmente atrasa os feitos administrativos. Uma série de mecanismos podem atender a esse fim, desde uma maior flexibilização discricionária, com o foco do controle no resultado, que não recomendamos ainda para a realidade brasileira, até a formação de bancos de dados de âmbito nacional, alimentados por sistemas de leilão regressivo de preços por via eletrônica (aquilo que no Brasil chamamos “pregão eletrônico”). Também a adoção de critérios como o da proposta mais vantajosa para escolher a empresa vencedora de uma licitação ou a instituição de um regime de processamento de recursos administrativos ágil, independente e com amplos poderes pode ajudar neste fito.

O sistema eletrônico integrado de bases de dados (que neste trabalho batizamos simplificarmente de SIGECE – Sistema de Gestão de Contratos do Estado) permitirá ao administrador público justificar com muito mais facilidade uma baixa avaliação de qualidade com relação ao produto de um fornecedor, desclassificando-o para o certame, pois será feita com base em outras tantas avaliações anteriores. Evidentemente, para isto será necessário passar a adotar critérios mais amplos de julgamento de propostas, que não simplesmente o preço. Por outro lado, os meios eletrônicos de comunicação e certificação digital dotarão os procedimentos de muito mais celeridade e segurança.

Os recursos administrativos, que costumam ser um empecilho burocratizante e gerador de atrasos das licitações,

especialmente quando cumulados com recursos judiciais para suspender procedimentos, podem ter seu julgamento atribuído a um órgão específico e independente, especializado na composição de tais lides.

*Hipótese 4 – Na manipulação de conceitos jurídicos indeterminados, é melhor adotar posturas amplamente concessivas de liberdades discricionárias ou o legislador deve tentar ao máximo preencher de antemão os tais conceitos, sujeitando seu controle à revisão judicial? Se um administrador público tiver mais liberdade, buscará a eficiência ou a corrupção?*

Acreditamos que falta uma certa coerência no debate, conduzido basicamente no seio do Judiciário, sobre a amplitude da sindicabilidade do conceito jurídico indeterminado. Entendemos que caberia ao Legislativo optar por um dos dois caminhos: ou definir objetivamente os parâmetros que devam ser considerados para a consideração do que é urgente, mais vantajoso, atinente ao interesse público e determinar explicitamente a possibilidade de o Judiciário conhecer da aplicação de tais conceitos (exatamente como é feito por inúmeras diretivas da União Européia para evitar eventuais complicações advindas das diferentes línguas oficiais) ou, também expressamente, limitar ao Executivo sua apreciação.

Acreditamos que podem ser fixados parâmetros para a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados (como, para fins de licitação, sugerimos que urgente é aquele contrato que deve ser celebrado em menos de 48h). Evidentemente aqui e acolá isso pode levar a alguma pitada de arbítrio, que justamente poderá ser avaliado *in casu* pelo Judiciário.

Embora a discricionariedade seja algo essencial ao Executivo, sua ampla liberdade deve estar associada a uma cultura jurídica e social de controle por resultados para a qual talvez ainda não estejamos prontos.

*Hipótese 5 – Existem mecanismos que possam simultaneamente ampliar a participação popular e diminuir a incidência de corrupção em licitações?*

Basicamente podemos enumerar quatro mecanismos que, abrindo à sociedade a “caixa preta” das contratações públicas, permitirá um maior controle popular e a conseqüente redução da corrupção.

O primeiro deles, essencial para que a população tome conhecimento dos contratos firmados e do seu procedimento de contratação, é a disponibilização na *Internet*, inclusive em postos públicos de consulta, de todos os dados relativos aos contratos celebrados pelo Estado, desde o edital, passando pelo procedimento até os valores e os critérios da contratação e, eventualmente, informações sobre a execução do contrato. Isso tudo faria parte do sistema eletrônico integrado que propomos (SIGECE), detentor de toda essa base pública de dados.

Outro mecanismo de participação popular no qual o SIGECE poderá ajudar por meio de sua base de dados de preços contratados é através do orçamento participativo. Os participantes das assembléias do orçamento participativo poderão informar-se sobre como contratam historicamente outras unidades administrativas, ou mesmo a média nacional e regional, utilizando assim um critério empírico sobre o qual baseariam a destinação de verbas pelo critério popular.

Ainda a abertura a qualquer cidadão da possibilidade de interpor recursos administrativos em licitações é uma necessidade democrática que permitirá àquele que conhecer eventuais desvios,

ainda que seja através de uma consulta esporádica na *internet*, tomar a iniciativa de combater determinada prática corrupta.

Por fim, as sessões públicas de negociação prévia com fornecedores a fim de determinar a vontade administrativa pré-contratual, ou seja, a escolha de qual projeto satisfaria melhor os anseios da comunidade, acompanhadas ou não da celebração de um pacto de integridade, permitiriam não só à sociedade como um todo acompanhar o processo de decisão como também nele interferir, possibilitando que eventuais acordos fundados em elementos técnicos maléficos à Administração Pública, celebrados entre fornecedores e administradores, sejam evidenciados e potencialmente combatidos.

*Hipótese 6 – Quais formatos de mecanismos de controle externo e interno dentre os países estudados aparentam ser mais bem-acabados? Existe um sistema ideal?*

O Japão, especialmente por haver buscado implementar na íntegra os ditames do *Government Procurement Agreement* (Acordo sobre Compras Governamentais, da OMC), possui o sistema de recursos administrativos que nos parece mais adequado, embora possua ainda falhas indesejáveis.

Basicamente, é importante dotar o órgão julgador de garantias de independência, de poderes que dotem de eficácia suas decisões e de deveres quanto ao tempo de expedir seus julgados. Sua natureza pode ser de um tribunal administrativo ou judicial. Se por um lado o administrativo pode dotar os julgadores de um maior conhecimento prático da matéria e de uma maior proximidade da administração, isso pode ser um problema para sua independência, assim como gerar problemas de sobreposição de instâncias em países que permitem o duplo controle, como Estados Unidos e Brasil. Por outro lado, se o órgão julgador for judicial, terá a vantagem de suprimir

uma instância de discussão nestes países, mas talvez seja vagaroso na emissão de seus julgados caso não seja exclusivo para tratar de contratos públicos.

Deve ser permitida a concessão de medidas liminares, inclusive com efeitos positivos ou negativos, ao mesmo tempo que as decisões devem ser necessariamente seguidas pelo órgão administrativo. Por outro lado, a eventual suspensão liminar do processo deverá estar vinculada a um julgamento mais célere do processo, com a redução do prazo para proferir a decisão final, que de outra maneira poderia ser um pouco mais largo.

*Hipótese 7 – O uso de modernas tecnologias pode propiciar um melhor controle da corrupção, detectando indícios através disparidades verificadas a partir de repetidas comparações com órgãos similares pelo país?*

Nossa proposta de criação do SIGECE contempla um subsistema de gestão de preços que será alimentado direta e automaticamente pelos resultados dos pregões eletrônicos. Esses preços, individualizados por produto ou serviço (vinculado ao código de barra do produto ou ao CNPJ da prestadora de serviços) poderão ser agrupados por tipo ou gênero, com base numa classificação nos moldes do *Common Procurement Vocabulary* (Vocabulário Comum para Compras Públicas) adotado na União Européia. Esse “vocabulário comum” comporia o subsistema de classificação, que seria a chave para comparar os preços dos produtos de um determinado tipo entre si, mas também para fazer a ponte com um terceiro subsistema, o de gestão de qualidade, que controlaria as avaliações dos produtos adquiridos pelo Poder Público, também individualizadas por produto e/ou fornecedor.

Com esses dados em mãos, será tão fácil como efetuar um comando num computador verificar contratações por preço acima da



média regional ou nacional, bem como contratações por inexigibilidade ou por compra direta com fornecedores que não possuem boas avaliações de outros órgãos do Poder Público. Esse tipo de investigação pelos métodos tradicionais tardaria possivelmente meses.

*Hipótese 8 – Se fixarmos o foco do controle no resultado e não no procedimento, poderemos chegar a um sistema mais refratário à corrupção?*

Esta filosofia ainda é incipiente. Corresponde a deixar o administrador fazer o que quiser e como quiser, desde que ao final adquira produtos e serviços de qualidade satisfatória para a Administração, por preços adequados. Corresponde exatamente a assemelhar o administrador público ao responsável pelo setor de compras de uma empresa privada.

Passar-se-ia a controlar o resultado, sem importar-se com o procedimento. As transações entre governantes e fornecedores privados se daria às claras e a relação com um eventual apoio na campanha seria evidente, porém amplamente cognoscível, franca e sujeita ao julgamento popular, que poderia rejeitar um governante que fizesse mal uso de suas liberdades. Gastar-se-ia muito menos tempo e energia na tentativa de prevenir a corrupção e passaríamos a admitir que um grupo político no poder leva consigo também um grupo econômico e sua alternância igualmente dar-se-ia. A imagem pública das empresas contratadas pelo Poder Público seria mais importante e seus investimentos sociais, bem como sua gestão, seriam mais relevantes à opinião pública, quase como se fossem parte do governo.

No entanto, diante de normas constitucionais e mesmo do pensamento jurídico que predomina no Brasil atualmente, não enxergamos a possibilidade de adotar nos dias de hoje uma solução como essa, embora talvez o debate de fundo seja muito mais ideológico que técnico.

## Bibliografia citada

### Livros

1. AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.
2. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
3. AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Licitação nas empresas estatais*. São Paulo: McGraw-Hill, 1979.
4. AMARAL FILHO, Marcos J. T. *O ombudsman e o controle da Administração*. São Paulo: Editora da USP e Ícone Ed., 1993.
5. ARAÚJO, Sergei. *O regime jurídico do financiamento das campanhas eleitorais: o controle de gastos, o financiamento público e o financiamento privado nas eleições brasileiras*. (Dissertação de Mestrado) Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2002.
6. ARROWSMITH, Susan; LINARELLI, John e WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement*. London: Kluwer Law, 2000.
7. BANDEIRA, Luiz Fernando. *Aspectos de Direito Constitucional Administrativo Comparado – Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados*. (Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção dos créditos da disciplina de Direito Constitucional Comparado, ministrada no programa de Mestrado em Direito da UFPE). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2002.
8. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

9. \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
10. BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção – Um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará e ANPOCS, 1995.
11. BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre licitações internacionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
12. \_\_\_\_\_. *Questões polêmicas sobre licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 1999.
13. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad.: Fernando Pavan. Bauru: Edipro, 2001.
14. \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999
15. BOQUERA OLIVER, José Maria. *La selección de contratistas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.
16. BUARQUE, Paulo Planet. *Da notória especialização*. São Paulo: Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 1974.
17. BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal*. Brasília: Senado Federal, 1992.
18. BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. *Corrupção: combate pelo Ombudsman parlamentar – ouvidoria do povo*. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1992.
19. CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
20. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. vols. 1 y 2. 10ª ed., 6ª reimp., Coimbra: Almedina, 1997.

21. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Lisboa: Coimbra, 1983.
22. CARVALHOSA, Modesto. *O livro negro da corrupção*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
23. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1999.
24. COSSIO, Carlos. *Radiografía de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987.
25. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
26. DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
27. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
28. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado – Introdução, Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
29. DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé - Introduction a l'Etude des Droits Etrangers et à la Méthode Comparative*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950.
30. DEL VECHIO, Giorgio. *Los Principios generales del derecho*. Trad.: Juan Ossorio Morales, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1971.
31. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999
32. \_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991
33. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997
34. DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 2ª ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

35. DUBOIS, Jean-Pierre. *Le contrôle administratif sur les établissements publics*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982.
36. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
37. \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. 7<sup>a</sup> reimp., London: Duckworth, 1994.
38. ENGLISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: João Batista Machado, 5<sup>a</sup> ed., Lisboa: Gulbenkian, 1979.
39. ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad.: Eduardo Valentí Fiol, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961.
40. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
41. FERNANDEZ MARTÍN, José Maria. *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
42. FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: RT, 1992.
43. FIORI NETO, Francisco. *Ombudsman – sua adoção pelo direito pátrio como especial agente de proteção individual e promoção estatal*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1985 (tese de doutorado).
44. FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
45. FLORE, D. *L'incrimination de la corruption – les nouveaux instruments internationaux et la nouvelle loi belge du 10 février 1999*. Bruxelas: La Charte, 1999.

46. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
47. GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1993.
48. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 1989.
49. \_\_\_\_\_. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid: Civitas, 1992.
50. GIMENO FELIÚ, José Maria. *Contratos Públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Madrid: Civitas, 2003.
51. \_\_\_\_\_. *El Control de la Contratación Pública (las normas comunitarias y su adaptación em Espana)*. Madrid: Civitas, 1995.
52. GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.
53. GLUCKMAN, Max. *Custom and Conflict in Africa*. Oxford: S/E, 1955.
54. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Contrato Administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.
55. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
56. GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.
57. HABIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos anos de corrupção – enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1994.

58. HEIDENHEIMER, A. (ed.) *A political corruption – Readings in comparative analysis*. New York: Rinehartand Winstow Inc., 1970.
59. HEYWOOD, J. Bryan; BARTON, Michael e HEYWOOD, Carolina. *e-Procurement: Managing successful e-Procurement implementation*. UK: Pearson Education Limited, 2002.
60. HECK, Philip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad.: José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.
61. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
62. ISRAEL, Arturo. *Institutional Development: Incentives to Performance*. Baltimore: John Hopkins University Press for the World Bank, 1987.
63. JAGANNATHAN, N. V. *Informal Markets in Developing Countries*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
64. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002.
65. \_\_\_\_\_. *O pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001.
66. KELMAN, Steven. *Public procurement and the fear of discretion*. Washington: American Enterprise Institute, 1990.
67. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Batista Machado. 6ª ed., 4ª reimp., São Paulo: Martins Fontes, 2000.
68. KLITGAARD, R. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1988.
69. LAFFONT, Jean-Jacques e TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. 4ª ed., Cambridge (EUA): MIT Press, 1999.
70. LAMARQUE, J. *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*. Paris: Ed. LGDJ, 1960.

71. LAUBADÈRE, A. *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.
72. LETOURNEUR, M.; BAUCHET, J. e MERIC, J. *Le Conseil d'État et les tribunaux administratifs*. Paris : Librairie Armand Colin, 1970
73. MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el derecho público español*. Barcelona: Cedecs Editorial, 2001.
74. MALEM SEÑA, Jorge. *La Corrupción – Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.
75. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
76. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
77. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
78. MENDES, João de Castro. *Direito Comparado*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982.
79. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
80. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
81. MYRDAL, Gunnar. *Asian Drama: An Inquiry into the Poverty of Nations*. New York: The Twentieth Century Fund, 1968.
82. NASH JR., R. C. y CIBINIC JR., J. *Federal Procurement Law*. 3ª ed., v. 1, New York: West Group Ed., 1977.
83. NORTH, D. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.



84. ODENT. *Contentieux Administratif*. v. I, Paris: Le Cours de Droit, 1958.
85. ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La Contratación Pública en la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi, 2002.
86. PÉQUINOT, G. *Contribution à la théorie générale des contrats administratifs*. Montpellier: tesis doctoral, 1944.
87. RIBAS JÚNIOR, Salomão. *Corrupção Endêmica – Os tribunais de contas e o combate à corrupção*. Florianópolis: TCE-SC, 2000.
88. RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: RT, 1995.
89. RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
90. ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001.
91. \_\_\_\_\_. *Corruption: A Study in Political Economy*. New York: New York Academic Press, 1978.
92. ROSKIN, Michael; CORD, Robert; MEDEIROS, James e JONES, Walter. *Political Science – An Introduction*. New Jersey: Prentice Hall, 1991.
93. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
94. SABÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas, 1991.
95. SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
96. SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: 2004.

97. SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.
98. SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación pública*. Montevideo: Acali, 1978.
99. SHILS, Edward. *Political Development in the New States*. London: Kluwer, 1962.
100. SILVA, Marcos Fernandes da. *A economia política da corrupção no Brasil*. São Paulo: Senac (Série Ponto Futuro, v. 8), 2001.
101. SOARES, José Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
102. SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
103. THEOBALD, R. *Corruption, Development and Underdevelopment*. London: MacMillan, 1990.
104. UK, United Kingdom Department of Trade and Industry. *Public Procurement Review*, London, 1994.
105. VALADÉS, Diego. *El Control del Poder*. 2ª ed., Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000.
106. VAZ, Sérgio. *Nova lei das licitações, princípios, fraudes e corrupção na administração*. São Paulo: Data Juris, 1993.
107. VISMONA, Edson Luiz e outros. *A ouvidoria no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado e Assoc. Bras. dos Ouvidores, 2000

## Artigos

108. AMARO-REYES, José e GOULD, David. "The Effects of Corruption on Administrative Performance" In *World Bank Staff Working Paper*, Washington: World Bank, n. 580, 1983.

109. ARNEDO ORBAÑANOS, Miguel Angel. “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”. *Revista española de control externo*, v. 1, n. 3, sept./1999, p. 61 e ss.
110. ARROWSMITH, Sue. “The E.C. Procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 27, n. 01, feb/2002, pp. 3-24.
111. BADCOE, Penny. “Best Value – A New Approach in the UK” In ARROWSMITH, Sue e TRYBUS, Martin. *Public Procurement – The Continuing Revolution*. London: Kluwer, 2003, pp. 197-219.
112. CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro e ABRAMO, Cláudio Weber. “A lei brasileira de licitações e contratos: antídoto eficaz contra a corrupção”. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, v. 27, n. 69, jul-set/1996, pp. 25-34.
113. CARVALHO FILHO, José dos Santos. “O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 98, n. 359, jan-fev/2002, pp. 383-391.
114. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. “Cautelares, Liminares e Procedimentos Administrativos. Momento de Controle (visão comparada)” In VVAA. *Primeira Jornada de Estudos Judiciários*. Brasília: Cej Brasília, 1994, pp. 129-150.
115. CLAVERO ARÉVALO, M. F. “El estado actual de la doctrina de los actos separables”. *Revista de Estudios de la Vida Local*. n. 164, nov-dec/1969.
116. COELHO, Daniela Melo. “O instituto da licitação no Direito Francês”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 39, n. 156, out/dez 2002, pp. 233-242.

117. COUTO E SILVA, Almiro do. “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”. *Boletim de Direito Administrativo*. Abr/1991, pp. 227-237.
118. DAVIES, Ariel. “Eletronic public procurement initiatives within the Community”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 25, n. 6, dez/2000, pp. 632 – 644.
119. DELAUNAY, Bénédicte. “Quality commitments in French public enterprises” In FORTIN, Ivonne e VAN HASSEL, Hugo. *Contracting in the new public management – from Economics to Law and Citizenship*. Amsterdam: IOS Press, 2003, pp. 199-213.
120. DUARTE, Maria Luísa. “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, n. 370, nov/1987, pp. 35-74.
121. EUBEN, Peter. “Corruption” in BALL, T.; FARR, I. e HANSON, R. (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
122. GALUPPO, Marcelo Campos. “Os princípios jurídicos no Estado democrático do direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 36, nº 143, jul-set/1999.
123. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”. *RAP*, n. 38, 1962, pp. 159-205.
124. \_\_\_\_\_. “Princípio da legalidade na constituição espanhola”. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Ed. Malheiros, v. 21, n. 86, abr-jun/1988, pp. 5-13.

125. GRIER, Jean Heilmann. “Japan’s implementation of the WTO agreement on government procurement”. *Journal of International Economic Law*, Pennsylvania: University of Pennsylvania, n. 605, 1996, pp. 643-656.
126. HEIDENHEIMER, Arnold. “Perspectivas on the Perception of Corruption” in HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Michael y LEVINE, Victor (orgs.). *Political Corruption – A Handbook*. 3<sup>a</sup> ed., Londres: Transaction Publ., 1993.
127. HUNTINGTON, Samuel. “Political Development and Political Decay”. *World Politics*, v. 17, abr/1965, pp. 386-430.
128. HUSTED, B. W. “Honor among thieves”. *Business Ethics Quarterly*, v. 1, n. 1, 1994, pp. 17-27.
129. KINZO, Maria Dalva Gil. “Funding Parties and Elections in Brazil” in BURNELL, Peter e WARE, Alan (orgs.). *Funding Democratization*. Manchester: Manchester University Press, 1998, pp. 116-136.
130. KLITGAARD, R. “Adjusting to reality: beyond State versus market” in ISEC – International Center for Economic Growth. *Economic Development*. San Francisco: Edição própria, 1991.
131. KRELL, Andreas J. “A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados e o controle da discricionariedade no Brasil”. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, ano 5, n. 23, jan-fev/2004, pp. 21-49.
132. LEFF, N. “Economic Development Through Bureaucratic Corruption”. *American Behavioral Scientist*, London: Sage Pub., novembro de 1964.
133. McMULLAN, M. “A Theory of Corruption”. *The Sociological Review*. Keele, v. 9, jul./1961, pp. 189 – 202.
134. MILLER, Terry. “Kelman’s Latest Proposal and Past Performance Explored”. USA: *Federal Computer Report*, v. 21, n. 11, 9 de julho de 1997.

135. MORAES, Alexandre de. “Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: IBDC, ano 6, n. 24, jul.-set/1998, pp. 85 -91.
136. NIETO, A. “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n. 37, janeiro-abril de 1962.
137. NYE, J. S. “Corruption and political development: a cost-benefit análisis”. *The American Political Science Review*. New York: American Political Science Association.v. 61, n. 2, jun/1967, pp. 417 – 427.
138. PIETSCHMAN, Horst. “Burocracia y corrupción em Hispanoamérica colonial. Una aproximación tentativa”. *Nova Americana*, v. 5, 1982
139. PORTUGAL, Adriana Cuoco. “Financiamento público e privado de campanhas eleitorais : efeitos sobre bem-estar social e representação partidária no Legislativo”. *Economia Aplicada*, v. 7, n. 3, jul.-set. de 2003, pp. 549-584
140. PRZEWORSKI, Adam. “Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*” In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, pp. 39-73.
141. REBOLLO PUIG, M. “La invalidez de los contratos administrativos”, in CASTILLO BLANCO, A. (coord.) *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: CEMCI, 1996.
142. ROSE-ACKERMAN, Susan. “Redesigning the State to fight corruption”. *Viewpoint*, n. 75, Genebra: Banco Mundial, 1996.

143. RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas. “El *persecutio criminis* de la corrupción” In FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo e RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas. *Aspectos Jurídicos y Económicos de la Corrupción*. Madrid: Ratio Legis, 2002, pp. 65-82.
144. SARMENTO, George. “A tutela dos direitos humanos pelo Ombudsman”. *Diké - Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*, v. 3, 2001, pp. 121-152.
145. SCHOONER, Steven L. “Commercial Purchasing: The chasm between the United States Government’s Evolving Policy and Practice”. In ARROWSMITH, Sue e TRYBUS, Martin. *Public Procurement – The continuing revolution*. London: Kluwer Law International, 2003, pp. 137-169.
146. SILVA, Marcos Fernandes G. da. “A economia política da corrupção”, In *Estudos Económicos da Construção 2*. São Paulo: Transparência Internacional, 1996, pp. 71-96.
147. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. “Princípios gerais de direito”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 38, nº 152, out-dez/2001.
148. STAPENHURST, Frederick e LANGSETH, Petter. “The role of the public administration in fighting corruption”. *International Journal of Public Sector Management*. v. 10, n. 5, Emerald MCB University Press, 1997, pp. 311-330.
149. SUBRA DE BIEUSSES, P. “La incidencia del Derecho Comunitario Europeo sobre el Derecho francés de contratos públicos: el caso de la Directiva Recursos” In MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. y LAGUNA DE PAZ, J. C. *Contratación Pública (Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993)*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 182 e ss.
150. TERNEYRE, P. “Les paradoxes du contentieux de l’annulation des contrats administratifs”, *EDCE*, n. 39, 1988, pp. 71-89.

151. TESO GAMELLA, Pilar. “Los órganos y su competencia en la jurisdicción contencioso-administrativa” in PENDÁS GARCÍA, Benigno (coord.). *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa – Estudio sistemático*. Barcelona: Ed. Praxis, 1999, pp. 133-162.
152. WHITE, Simone. “Proposed Measures Against Corruption of Officials in the European Union”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 21, n. 6, dec/1996, pp. 465-476.

### **Jurisprudência citada**

153. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ROMS 12971/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, acórdão unânime. DJ 28/06/2004, p. 417
154. \_\_\_\_\_. RESP 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, acórdão unânime. DJ 12/05/2003, p. 297.
155. \_\_\_\_\_. ROMS . 10491/SC, Relª Minª Laurita Vaz, 2ª Turma, ac. unânime. DJU 08/04/2002.
156. \_\_\_\_\_. ROMS 13723/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, ac. unânime. DJU 18/03/2002
157. \_\_\_\_\_. MS 5983/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 3ª Seção. DJU 04/03/2002.
158. \_\_\_\_\_. RESP 299834/RJ– Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma. DJU 25/02/2002, p. 222.
159. \_\_\_\_\_. RESP 316755/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, acórdão unânime. DJ 20/08/2001, p. 392.
160. \_\_\_\_\_. MS 5647/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, acórdão unânime. DJ 17/02/1999, p. 102.
161. BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 129.093-5/São Paulo, 1ª CDPúb., Rel. Des. Luís Ganzerla. DJ 31/08/1999



162. BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APC 19990110723808, Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, 1ª Turma Cível. DJU 13/03/2002, p. 22.
163. BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. AI 024009004847, Rel. Des. Maurilio Almeida de Abreu. DJ. 06.03.2001
164. BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Proc. 70002979342, Relª Desª Maria Isabel de Azevedo Souza, – 2ª C.Cív. DJ. 12/09/2001.
165. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. REO 34000393230/DF, Rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro, 6ª Turma. DJ 25/03/2002, p. 127
166. \_\_\_\_\_. AG. 01000594755/PA, Rel. Juiz Conv. Leão Aparecido Alves, 3ª Turma. DJ 04/03/2002, p. 173.
167. FRANÇA. Conseil D'État. Caso Epoux Lopez contra comunidade de Moulins, Rel. Rémy Schwartz, Seção de 7/10/1994, Lebon, Rec. p. 430.
168. UNIÃO EUROPÉIA, Tribunal de Justiça da Comunidade Européia. Assunto C-214/00, Rel. V. Skouris, Sala Sexta, DOUE 05/07/2003, p. 2, Info nº 2003/C 158/2.

## **Documentos disponíveis na Internet**

169. BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Despesas de Custeio e Licitações – Edição especial 1995/2002*. Disponível em [http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/boletins/8a\\_total.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/boletins/8a_total.pdf) [Acessado em 07/01/2004].
170. BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Perfil das Maiores Demandas Judiciais do TJERJ*. Disponível em <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/relatorio.doc> [Acessado em 12/08/2004].

171. CLIC-RBS (Agencia de notícias). *Pregão Eletrônico trará economia de 20% para o Estado*. Disponível em [http://www.licitacao.net/noticias\\_mostra.asp?p\\_cd\\_notc=293](http://www.licitacao.net/noticias_mostra.asp?p_cd_notc=293) [Acessado em 15/01/2004].
172. FMI – Fundo Monetario Internacional. *Corruption and the rate of temptation: Do low wages in the civil service cause corruption?*. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9773.pdf> [Acessado em 20/12/2003].
173. JAPÃO. *Establishment of the Office of Government Procurement Review*. Cabinet Decision (Dec. 1, 1995). Disponível em <http://www5.cao.go.jp/access/english/chans/kakugi-e.html> [Acessado em 20/12/2003].
174. \_\_\_\_\_. *Review Procedures for Complaints Concerning Government Procurement*. Cabinet Decision (Dec. 14, 1995). Disponível em <http://www5.cao.go.jp/access/english/chans/tetuzuki-e.html> [Acessado em 20/12/2003].
175. JAPÃO, Agencia de Planejamento Econômico. *A guide to the new system of complaint review procedures for government procurement*. Disponível em [http://www5.cao.go.jp/access/english/chans\\_about\\_e.html](http://www5.cao.go.jp/access/english/chans_about_e.html) [Acessado em 20/12/2003].
176. LETTERIELLO, Rêmolo. *O perigo da ampliação da competência dos juizados especiais cíveis*. Disponível em <http://www.tj.ms.gov.br/juizados/doutrina/doutrina.html> [Acessado em 15/3/2004].
177. OMC – Organização Mundial de Comércio. *Documento GPA/37*. Disponível em <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/PLURI/GPA/37.doc> [Acessado em 20/12/2003].
178. ONU – Organização das Nações Unidas. *Modelo UNCITRAL de legislación sobre contratación de bienes, obras y servicios con guía de implantación*. New York: ONU, 1995. Disponível em <http://www.uncitral.org/spanish/texts/procurem/ml-procure-s.htm> [Acessado em 20/12/2003].

179. RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Descripción y Objetivos del Programa 'Aspectos Jurídicos y Económicos de la Corrupción*. Disponível em [http://www3.usal.es/~webtcicl/web-doctor/Bienio04\\_06/doctorados/13\\_corrupcion.doc](http://www3.usal.es/~webtcicl/web-doctor/Bienio04_06/doctorados/13_corrupcion.doc) [Acessado em 30/07/2004.]
180. TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índices de Percepción de la Corrupción, 1995 - 2003*. Disponível em [http://www.transparency.org/tilac/indices/indices\\_percepcion](http://www.transparency.org/tilac/indices/indices_percepcion) [Acessado em 15/01/2004].
181. \_\_\_\_\_. *The Integrity Pact – The concept, the models and the present applications*. Disponível em [http://www.transparency.org/building\\_coalitions/integrity\\_pact/i\\_pact.pdf](http://www.transparency.org/building_coalitions/integrity_pact/i_pact.pdf) [Acessado em 15/07/2004]
182. \_\_\_\_\_. *Pactos de Integridad en Colombia 1999-2000*. Disponível em [http://www.transparenciacolombia.org.co/src/client/scripts/informacion.php?cat\\_id=45](http://www.transparenciacolombia.org.co/src/client/scripts/informacion.php?cat_id=45) [Acessado em 15/01/2004]
183. \_\_\_\_\_. *Informe final sobre la observación independiente del proceso de subasta del PCS/SMA llevado a cabo por CLD/TI*. Disponível em: <http://www.conatel.gov.ec/espanol/subasta/Informe/Informe%20Final%20PCS-SMA%2013-01-2003.pdf> [Acessado em 15/07/2004]
184. UNIÃO EUROPÉIA, Comissão Europeia. *Vocabulário Comum de Contratos Públicos (CPV)*. Disponível em <http://www.simap.eu.int/EN/pub/docs/webannexes/AnnexI-ComReg-PT.xls> [Acessado em 15/01/2004].
185. \_\_\_\_\_. *Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*. Disponível em <http://www.btplc.com/pda/Corporateinformation/Regulatory/RegulatoryInformation/Europeancommissiondocuments/Public/response.pdf> [Accedido em 15/01/2004].

186. \_\_\_\_\_. *Los Contratos Públicos en la Unión Europea: comunicación*. Disponível em: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l22007.htm> [Acessado em 15/01/2004].
187. UNIÃO EUROPEIA, Parlamento Europeu. *Proyecto de informe sobre el establecimiento de una protección penal de los intereses financieros de la Unión en el marco de las revisiones del TUE*. Disponível em: [http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/cont/19991122/381448\\_es.doc](http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/cont/19991122/381448_es.doc) [Acessado em 15/01/2004]

### **Matérias e artigos publicados em periódicos não-científicos**

188. BEDELL, Denise. “Como evitar as dores de cabeça do e-procurement”. *HSM Management*, v. 6, n. 35, nov-dez/2002, pp. 150-156.
189. CARVALHO, Antônio Carlos Passos de. “O Estado pode comprar bem, barato e com transparência”. *Valor Econômico*. São Paulo: Valor Econômico S/A, 16/10/2002, p. A12.
190. ECONOMIST, The. “Reasons to be venal”. *The Economist* (Economics Focus), London: The Economist Group, 16 de agosto de 1997.
191. LEDO, Rodrigo. “Contas Públicas – Economia de até 25%”. *Correio Braziliense*. Brasília: Diários Associados, 25/03/2002, p. 13 (Economia).
192. PRESTES, Cristine. “Legislação pode ser meio de distribuição de renda”. *Valor Econômico*. São Paulo: Valor Econômico S/A, 28/06/2004, p. A12.
193. QUIRINO, José Goulart. “Dispensa e inexigibilidade de licitação”. *Correio Braziliense*. Brasília, 11 de março de 2002, Caderno Direito & Justiça, p. 4

194. SIMONETTI, Eduarda Gianella e RAMIRO, Denise. “O custo econômico da corrupção”. *Veja*, São Paulo: Abril, 14 de março de 2001.
195. SOLIANI, André. “Governo quer critério social em licitações”. *Folha de S. Paulo*. São Paulo: Folha da Manhã S.A., 29/01/2004, p. A6.
196. VAZ, Lúcio. “O pretexto é a emergência”. *Correio Braziliense*. Brasília, 26 de abril de 2004, Caderno Direito & Justiça, p. 4

---

<sup>290</sup> Véase, por ejemplo, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, el Convenio de Lucha contra los Actos de Corrupción de la Comunidad Europea, Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, Declaración de Naciones Unidas sobre la Corrupción y los Sobornos en las Transacciones Comerciales Internacionales, convenios del Consejo de Europa de derecho penal (ene./99) y civil (nov./99) sobre corrupción, etc.

<sup>291</sup> Cf. GIMENO FELIÚ, José Maria. *Contratos Públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Madrid: Civitas, 2003, p. 24. En el mismo sentido, ARROWSMITH, Sue. “The E.C. Procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 27, n. 01, feb/2002, p. 3.

<sup>292</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Report of the Committee on Civil Liberties and Internal Affairs on combating corruption in Europe*. Rapporteur: Mrs. Heinke Salish, December, 1995, *apud* WHITE, Simone. “Proposed Measures Against Corruption of Officials in the European Union”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 21, n. 6, dec/1996, p. 465.

<sup>293</sup> Sobre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, verificar el ítem 1.1.4, donde hacemos un estudio sintético de su aplicación al derecho administrativo y, especialmente, a las licitaciones públicas.

<sup>294</sup> Sobre las tentativas de creación de tipos penales pela UE, consultar: UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo. *Proyecto de informe sobre el establecimiento de una protección penal de los intereses financieros de la Unión en el marco de las revisiones del TUE*. Disponible em: [http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/cont/19991122/381448\\_es.doc](http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/cont/19991122/381448_es.doc) [Acessado em 15/01/2004]

<sup>295</sup> No somos partidarios de la división absoluta de las ramas de la ciencia jurídica. Al contrario, creemos que la visión correcta del derecho es la que conjuga todos los sectores del raciocinio jurídico para buscar nuevas soluciones. Tampoco creemos que sea posible un abordaje que se pretenda completa utilizando apenas los conceptos de una rama del conocimiento jurídico y desconociendo los demás. Sin embargo, obviamente es posible una perspectiva más centrada en una determinada área jurídica, sin desconocer las otras. Es esto que proponemos aquí.

<sup>296</sup> CACIAGLI, Mario. *Cientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 54.

<sup>297</sup> SABÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 16-17.

(cont.)

<sup>299</sup> EUBEN, Peter. "Corruption" in BALL, T.; FARR, I. y HANSON, R. (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 223.

<sup>300</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 1939.

<sup>301</sup> En mucho se asemeja a la clásica distinción, popularizada por Arnold Heidenheimer, entre la corrupción negra, gris y blanca. HEIDENHEIMER, Arnold. "Perspectivas on the Perception of Corruption" in HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Michael y LEVINE, Victor (orgs.). *Political Corruption – A Handbook*. 3ª ed., Londres: Transaction Publ., 1993, pp. 161 y ss.

<sup>302</sup> "O direito comparado não é um ramo do direito, um conjunto de normas unificado por qualquer critério ou elemento. Por isso, os comparatistas põem regra geral em destaque que a expressão 'direito comparado' não é em rigor adequada para designar a sua disciplina – mais rigorosa é a designação de comparação de direitos – é o alemão *Rechtsvergleichung* – ou semelhantes" (MENDES, João de Castro. *Direito Comparado*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982). Sin embargo, en virtud de su diseminación en la jerga jurídica, aún científicamente, y porque esta obra no se propone a ser *sobre* el derecho comparado pero apenas realizada a través de él, en este trabajo utilizaremos la referida expresión.

<sup>303</sup> RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Trad.: José Cretella Júnior. São Paulo: RT, 1995, p. 17.

<sup>304</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado – Introdução, Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 60.

<sup>305</sup> Comulgamos, por lo tanto, del pensamiento defendido por Jean Rivero (RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo: RT, 1995, p. 17) y René David (DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé - Introduction a l'Etude des Droits Etrangers et à la Méthode Comparative*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950, p. 4), entre los clásicos, e de José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 71-73), entre los brasileños.

<sup>306</sup> Traducción libre del autor. En el original: "procurando fixar as constantes dos sistemas, uniformiza a terminologia, define os institutos, delinea os sistemas, elimina o supérfluo, procura recorrer, no primeiro momento, a fórmulas exatas no campo universal, flexionando-as, depois, ao particularismo específico de um dado sistema jurídico". CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 119.

<sup>307</sup> Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 17.

<sup>308</sup> Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. v. 1. 10ª ed., 6ª reimp., Coimbra: Almedina, 1997, p. 62.

<sup>309</sup> DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 2ª ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 77.

<sup>310</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación pública*. Montevideo: Acali, 1978, p. 9.

<sup>311</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Contrato Administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 140.

<sup>312</sup> Para una discusión más detallada sobre los "costes" de la corrupción, sugerimos consultar: (libros de economía y corrupción). Podemos encontrar un interesante punto de vista cuanto a los efectos económicamente benéficos de la corrupción en el clásico artículo del profesor de Harvard J. S. Nye, ya citado en la nota 12. Finalmente también recomendamos nuestro artículo: BANDEIRA, Luiz Fernando. "Contribuciones a un modelo trigonométrico de la corrupción" (complementar).

(cont.)

- <sup>313</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001, p. 40.
- <sup>314</sup> Remitimos al ítem 1.1.4.1 para una discusión más completa sobre el concepto jurídico indeterminado de urgencia.
- <sup>315</sup> Sobre conflicto de valores en materia de licitaciones (aún que ahí tratado como “objetivos” y no “valores”, remetemos al trabajo de la prof. de la universidad inglesa de Nottingham, Susan Arrowsmith, especialmente la sección II del segundo capítulo que consta en el libro ARROWSMITH, Susan; LINARELLI, John y WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement*. Haya: Kluwer Law, 2000 (pp. 28-72). De una manera más general, merece la pena referirse a los trabajos de Ronald Dworkin y Robert Alexy, cuyas referencias bibliográficas facilitamos: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1996 y también *Taking Rights Seriously*. 7ª reimp., London: Duckworth, 1994 y ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- <sup>316</sup> Informe del Ministerio de la Planificación, Presupuesto y Gestión Brasileño. BRASIL - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Despesas de Custeio e Licitações – Edição especial 1995/2002*. Disponível em [http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/boletins/8a\\_total.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/boletins/8a_total.pdf) [Acessado em 07/01/2003]
- <sup>317</sup> Esto será discutido sucintamente más adelante en el ítem X.XX
- <sup>318</sup> HEYWOOD, J. Bryan; BARTON, Michael y HEYWOOD, Carolina. *e-Procurement: Managing successful e-Procurement implementation*. UK: Pearson Education Limited, 2002, pp. 104-105.
- <sup>319</sup> Idem, ibidem, p. 104.
- <sup>320</sup> Idem, ibidem, p. 64.
- <sup>321</sup> Idem, ibidem, p. 53.
- <sup>322</sup> DAVIES, Ariel. “Electronic public procurement initiatives within the Community”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 25, n. 6, dez/2000, p. 639.
- <sup>323</sup> Idem, ibidem, p. 642.
- <sup>324</sup> UNIÓN EUROPEA – Comisión Europea. *Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*. Disponível em <http://www.btplc.com/pda/Corporateinformation/Regulatory/RegulatoryInformation/Europeancommissiondocuments/Public/response.pdf> [Accedido em 15/01/2004] y UNIÓN EUROPEA – Comisión Europea. Los Contratos Públicos en la Unión Europea: comunicación. Disponível em: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l22007.htm> [Acessado em 15/01/2004].
- <sup>325</sup> O, en inglés, Common Procurement Vocabulary (CPV). Puede ser encontrado en el sitio web del SIMAP, en <http://www.simap.eu.int/EN/pub/docs/webannexes/AnnexI-ComReg-ES.xls> [Acessado em 15/01/2004].
- <sup>326</sup> DAVIES, Ariel. “Electronic public procurement initiatives within the Community”. *European Law Review*. UK: Sweet & Maxwell, v. 25, n. 6, dez/2000, p. 637.
- <sup>327</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Contrato Administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 155-160.
- <sup>328</sup> El *writ of mandamus* en la construcción jurídica brasileña se llama *mandado de segurança* y está previsto en el Art. 5º, LXIX de la Constitución Brasileña y en la Ley 1.533/51.
- <sup>329</sup> La comisión de licitación es el órgano colectivo formado por lo menos tres funcionarios, al menos dos de los cuales pertenecientes de la institución pública responsable por conducir el proceso licitatorio y tomar las decisiones administrativas en primera instancia (Art. 51, *caput*, de la Ley 8.666/93).

(cont.)

<sup>330</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, pp. 242-243.

<sup>331</sup> El art. 24 de la ley de licitaciones brasileña (8.666/93) arrolla las hipótesis en las cuales es posible dispensar la licitación. Una de ellas es justamente la urgencia en el suministro del bien o servicio para la continuidad del funcionamiento de la estructura administrativa (inc. IV). Así que se puede decir que las suspensiones de licitaciones hechas para permitir la discusión judicial sobre quien tiene el derecho de pasar para la etapa siguiente y tener apreciada su propuesta de precio acaban por causar un retraso en las contrataciones que permite al administrador público seleccionar libremente, en virtud de la urgencia, su contratante.

<sup>332</sup> Medida provisional. Es un instrumento normativo reservado al Presidente de la República Brasileña por el art. 62 de la Constitución, que puede ser utilizado para reglamentar asuntos urgentes y relevantes, con fuerza de ley y bajo la apreciación *ad referendum* del Congreso Nacional. Si aprobado, será convertido en ley, como ocurrió en el ejemplo citado.

<sup>333</sup> Conforme CLICRBS (Agencia de noticias). *Pregão Eletrônico trará economia de 20% para o Estado*. Disponível em [http://www.licitacao.net/noticias\\_mostra.asp?p\\_cd\\_notc=293](http://www.licitacao.net/noticias_mostra.asp?p_cd_notc=293) [Acessado em 15/01/2004]

<sup>334</sup> Conforme art. 23, I, *a* de la ley 8.666/93, la ley de las Licitaciones y Contratos Administrativos brasileña.

<sup>335</sup> Art. 1º, §1º de la ley 10.520/02: “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

<sup>336</sup> Art. 3º, §2º del decreto 3.555/00: “Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no objeto do edital, em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado, de acordo com o disposto no Anexo II.”

<sup>337</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 19.

338

<sup>339</sup> KANT, Immanuel.

<sup>340</sup> KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho...*

<sup>341</sup> En este sentido utilizada como especie de norma de comportamiento humano, y no como el género kantiano.

<sup>342</sup> Aquí decimos coercibilidad, y no coercitividad, como está en la traducción apuntada, por entendermos que la norma jurídica ni siempre aplica la fuerza estatal, pero lo que es constante es la posibilidad de hacerlo, o sea, la potencialidad de tornarse coercitivo.

343

344

345

<sup>346</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001, p. 87.

<sup>347</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001, p. 86.

<sup>348</sup> MILLER, Terry. “Kelman’s Latest Proposal and Past Performance Explored”. *Federal Computer Report*, v. 21, n. 11, 9 de junio de 1997, p. 7.



\_\_\_\_\_ (cont.)

<sup>349</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos – Causas, consecuencias y reforma*. Trad.: Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno Ed., 2001, p. 88.

<sup>350</sup> Según el índice de Transparencia Internacional: