XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-536-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública II", reunido no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI em São Luís (MA), traz um variado conjunto de artigos, marcados pela destacada qualidade acadêmica e pelo induvidoso relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Além do invulgar apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates de elevada qualidade e pertinência, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO COMO SISTEMA FUNDADO NA IDEIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO;

2. REGULAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL: A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA;

3. OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA JURIDICIDADE DO AGIR E NÃO-AGIR DA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO COMO IMPERATIVO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO;

4. PODER E A CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: AS FACES OCULTAS QUE RESISTEM AO DIREITO FUNDAMENTAL A PROBIDADE;

5. COMPARAÇÃO ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA APLICADO PELO CADE E O PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO?;

6. LEI ANTICORRUPÇÃO: MUDANÇA DE PARADIGMA NAS CONTRATAÇÕES ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO;

7. CORRUPÇÃO E INEFICÁCIA DA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: FAZENDO A CONEXÃO;

8. A FUNÇÃO DE CONTROLAR DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CARÁTER PEDAGÓGICO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA;

9. A CONDIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ANÁLISE SISTÊMICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE A EDIÇÃO DA LEI 13.460/2017;

10. REVISÃO DE PREÇOS DE PROPOSTAS DESCLASSIFICADAS;

11. VERBA INDENIZATÓRIA: QUANDO O LEGAL É IMORAL E ENGORDA;

12. A ESCOLHA DO ÁRBITRO E DA CÂMARA ARBITRAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: (DES) NECESSIDADE DE LICITAR E A CONCRETIZAÇÃO DE UMA SELEÇÃO ADEQUADA E EFICIENTE;

13. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO MUNÍCÍPIO PELA INACESSIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS; e

14. RESPONSABILIDADE EXTRACONTATUAL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS DANOS CAUSADOS POR INDÍGENAS.

O conjunto de temáticas já evidencia uma firme marca de interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Por fim, queremos registrar os sinceros e efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pela qualidade do evento, e agradecer aos colegas de São Luís (MA) pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças típicas, as paisagens, a culinária e a hospitalidade da gente do Maranhão conquistaram a todos nós!

Esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas.

Fraternal abraço,

São Luís, novembro de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PODER E A CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: AS FACES OCULTAS QUE RESISTEM AO DIREITO FUNDAMENTAL A PROBIDADE

GOVERNAMENT AND CORRUPTION IN PUBLIC CONTRACTS: THE HIDDEN FACTS THAT RESIST THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PROBITY

Helio Ribeiro [1]
Cláudia Mansani Queda De Toledo

Resumo

Pretende-se neste artigo provocar uma (re)análise da aparente lisura das contratações públicas que por vezes, já nascem contaminadas pela manipulação de detentores de Poder que beneficiam-se do conluio com empresas fornecedoras que disputam essa fatia do mercado que movimenta grandes cifras do orçamento público. Apesar de todo aparelhamento de controle e avaliação dos gastos do Estado, verifica-se contrário sensu, um crescimento considerável da corrupção no Brasil. A crise recente, marcada pelos vários escândalos nefastos, desafia o pleno exercício do direito fundamental à probidade, por meio da revisão dos conceitos clássicos da administração, propondo um controle social efetivo da gestão pública.

Palavras-chave: Poder, Controle, Direito fundamental, Probidade, Corrupção

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to arouse a reanalysis of the apparent smoothness of public contracts sometimes contaminated by the manipulation of governament holders benefiting themselves from the collusion with the supplier companies competing for this market share that moves large numbers of the public budget. Despite the equipment of control and evaluation of the State expenses, a considerable growth of the corruption in Brazil is verified. The current crisis, with various malefic scandals, challenges the exercise of the fundamental right to probity through the classic concepts of administration proposing an effective social control of the public management.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Governament, Control, Fundamental right, Probity, Corruption

[1] Graduado em direito, pós-graduado em Direito Municipal e Eleitoral. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM, é advogado e consultor jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil nunca viveu um momento tão conturbado quanto os dias atuais em relação aos escândalos envolvendo agentes públicos e as corporações privadas que numa relação promíscua que beneficia o Poder Político e ao mesmo tempo financia a própria atividade econômica privada com vistas a garantir sempre uma fatia dos recursos públicos e aí neste ciclo, os princípios éticos e os direitos fundamentais constitucionais acabam sendo ultrajados e colocados em uma outra dimensão.

Os casos recentemente levados ao Poder Judiciário conhecidos como o "mensalão", a "Lava-Jato – Petrobrás", as obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas do Brasil, demonstram que aparentemente as contratações públicas obedeceram às exigências legais, com prestações de contas até mesmo já aprovadas, inclusive com observação ao devido processo licitatório. Contudo, como não existe crime perfeito, alguns agentes públicos e empresários, corruptos e corruptores ao perderem a noção da probidade pela contumácia e consequentemente submetidos a pena de reclusão, ameaçados nas suas liberdades e até mesmo de seus familiares, acabaram se entregando mutuamente e demostrando as entranhas do negócio escuso envolvendo bilhões de propinas e tráfico de influência, fatos que antes analisados pelos Tribunais de Contas, pareciam sem mácula e perfeito investimento do Estado para atender o interesse público.

É nesse cenário que buscar-se-á neste artigo, uma análise por meio da metodologia de revisão bibliográfica do sistema jurídico-legal, como se as leis fossem a única solução de combate à corrupção, partindo da Constituição da República, das legislações infraconstitucionais sobre licitações, da improbidade administrativa, do controle da administração, a lei nacional de acesso a informação, a lei nacional conhecida como lei anticorrupção e finalmente o controle social de forma efetiva. Será mostrado que só a lei não resolve o problema.

O aumento dos valores dos contratos celebrados por entes estatais, diante da inclusão do "custo propina", bem como o direcionamento irracional e indevido dos recursos públicos em detrimento das reais necessidades sociais, é exemplo que revela que a corrupção afeta a todos, mas atinge de forma ainda mais brutal a camada economicamente mais frágil da população, porque os recursos públicos não serão alocados de forma a suprir suas carências.

No Brasil há uma incessante prática pelo legislador em aprovar leis imediatistas como meio de conter determinados problemas sociais, como se fosse a solução. A preocupação do legislador praticamente é querer demonstrar ao seu eleitor que está apresentando medidas que em sua grande maioria são midiáticas. Aparece um problema de repercussão nacional e logo

surge o Congresso Nacional editando leis para dar satisfação ao eleitorado. Não há a menor preocupação de avaliar se o caso se resolve só com a lei.

Recentemente com o caso da operação "Lava-Jato" que afetou grande parte dos agentes públicos no Legislativo e Executivo Federal, juntamente com algumas construtoras que loteavam as grandes obras públicas e como forma de garantir o futuro contrato, distribuía propinas de toda sorte e valores a agentes e partidos políticos, como moeda de troca. Chegou-se ao ponto de uma empresa manter um departamento de propinas em sua estrutura administrativa, para obter a futura contratação e atender vários políticos e agentes públicos envolvidos no conluio. O fato é que por meio de empresas estatais, principalmente a Petrobrás, havia um grande fluxo de dinheiro destinado a investimentos e custeio com cifras volumosas e que, em sua maioria tinha a contratação dispensada de licitação ou com licitação direcionada previamente a várias empresas, de forma que todas eram contratadas para essa ou aquela obra. Mas para isso, era preciso contar com a influência de agentes públicos.

Bastou o escândalo a partir de 2014 inclusive com repercussão internacional, que logo os legisladores procuraram aprovar a Lei Nacional n°. 13.303 de 30.06.2016 [1], como uma possível resposta à sociedade visando a moralização nos contratos das estatais, contudo, o pano de fundo foi outro, o de escapar da rigidez da tão temida Lei n°. 8.666/93 [2] que dispõe sobre as licitações contratos na Administração Pública, direta e indireta.

O novo diploma das contratações pelas estatais, teve a justificativa de que por se tratar de empresas que exploram atividade econômica, não poderiam se sujeitar ao crivo da Lei 8.666/93, que possui regras mais rígidas.

Ocorre que o parágrafo único do artigo 1º. da Lei 8.666/93, não foi revogado expressamente pelo novo diploma, e continua com a seguinte redação:

> Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas**, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União,** Estados, Distrito Federal e Municípios.

---

[1] BRASIL. Presidência da República. Lei n°. 13.303 de 30.06.2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> acesso 13/07/2017.

[2] BRASIL. Presidência da República. Lei n°. 8.666 de 21.06.1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>, acesso 13/07/2017.

Logo, o ponto fraco da Lei Nacional n°. 13.303 de 30.06.2016 é o tratamento dado às licitações e contratos, pois a Lei das Estatais supostamente procura hastear a bandeira do combate à corrupção fincando-se em terreno tecnicamente movediço[3].

A questão que envolve as relações entre o Poder Político e as contratações públicas desafia uma atuação ativa do controle social. É que apesar da vigência da Lei da Transparência[4], ela isoladamente, não tem se mostrado instrumento suficiente, considerando a dificuldade de entendimento dos conteúdos das publicações e do acesso aos sítios eletrônicos governamentais.

2 A REALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES

A obscuridade da futura contratação já começa na definição da demanda, menos sujeita à avaliação externa, dado que ocorre na intimidade da Administração Pública. Realmente, sabe-se que a definição do objeto (e também das condições de execução e das regras de habilitação) permite, por vezes, definir de antemão o vitorioso da futura licitação ou até a impossibilidade de sua realização, conduzindo à contratação direta.

Pode-se afirmar que parte do resultado dos certames é definida prematuramente, já que, a depender das condições contidas no ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já estará de pronto afastado. Nos mercados em que restrito o número de atores, algumas definições bastam para reduzir ainda mais a amplitude da competição e, assim, dirigir o contrato antes mesmo de se conhecerem as propostas[5].

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

---

[3] NOHARA, Irene Patrícia. Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos. Disponível em: www.direitoadm.com.br, Acesso em 18/08/2017.

[4] BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5°., no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> , acesso 31/07/2017.

[5] FORTINI, Cristiana. Corrupção nas Licitações e Contratações Públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br>, acesso em 30/07/2017.

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

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

Uma prática muito comum é a inserção de cláusulas restritivas em Editais de Licitação, como exigência exagerada de documentação de habilitação, capacitação técnica desarrazoada imposta aos interessados, o que prejudica o universo de interessados e potenciais fornecedores com proposta mais vantajosa para a Administração.

Isso se dá quando o agente coordenador das contratações, nomeado e indicado por agentes políticos, e compromissado, portanto, já se propõe eliminar possíveis empresas e direciona o resultado para uma ou duas empresas somente, já sabendo que por vezes até mesmo sindicatos representativos de empresas já negociam a participação nos certames mesmo antes da publicação dos Editais. Há casos em que nem mesmo as Comissões de Licitações sabem que fornecedores já realizaram acordos fora do âmbito do processo licitatório. Podem ocorrer casos em que várias empresas apresentam propostas acima do preço daquela que já foi escolhida para vencer o torneio, cuja participação é meramente figurativa.

Nessa situação apesar das aparências de legalidade e da apresentação de documentação exigida no Edital, os preços são combinados previamente entre os próprios concorrentes, em troca de acordos escusos.

Na fase interna da licitação a Administração delimita nos editais todas as medidas de especificação do objeto de forma clara e objetiva, com anexos de descrição e projetos quando for o caso, em obediência as exigências do art. 40 da Lei Nacional n°. 8.666/93.

Uma vez aprovado o Edital pela assessoria jurídica interna e tendo observado todos os ditames necessários, será iniciada a fase externa com ampla publicidade do aviso da Licitação, convocando interessados em contratar com a Administração. A partir daí há possibilidade de que terceiros peçam esclarecimentos em pontos do Edital e anexos, bem como dá ensejo a impugnações do instrumento convocatório que deve ser analisado pela própria Administração e se for o caso, em sede de autotutela proceder as alterações devidas no Edital, dependendo do caso, a administração deve abrir novo prazo para a apresentação de propostas.

Sobre todas as decisões da Comissão de Licitação caberá recurso administrativo como forma de garantir a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa asseguradas aos interessados no certame.

Uma vez iniciado o julgamento, tanto da habilitação quanto das propostas de preços, seja, na licitação regida pela Lei 8.666/93 ou pela Lei n°. 10.520 de 17/07/2002[6] que regulamenta a modalidade Pregão, o Poder Político pode agir desonestamente por meio de inabilitações desmotivadas e desclassificações desarrazoadas, pretendendo eliminar eventuais concorrentes para que reste somente aquela empresa já escolhida prematuramente.

Nessas hipóteses, tanto as empresas prejudicadas quanto qualquer cidadão podem recorrer aos Tribunais de Contas e ao Poder Judiciário para invalidar a decisão abusiva e ilegal praticada por agente público. Só assim se combate a corrupção.

Há casos em que o vencedor da licitação só é confirmado após decisão judicial que intervém para reestabelecer a ordem, anulando atos eivados de vícios.

Encerrado o julgamento da licitação com a decisão do colegiado ou de servidor designado, o resultado deve ser homologado pela autoridade superior, que pode acatar a decisão ou não, inclusive aferir se a proposta é a mais vantajosa para a Administração e se os preços estão compatíveis com os praticados no mercado, podendo até mesmo revogar ou anular o certame, dependendo das circunstâncias.

Caso haja a chancela da validação do resultado pela autoridade superior, o fornecedor tem direito e dever de assinar o contrato ou receber a ordem de fornecimento ou de serviço.

A questão da proteção da corrupção não para por aí. É que mesmo havendo a escolha da proposta vencedora, a entrega o bem ou a prestação do serviço, pode não ser da mesma especificação da descrição contida no objeto do Edital dando margem a ato de corrupção. Há casos em que são entregues produtos inferiores ao constante da proposta e faturado como se fosse de melhor qualidade. Ou, até mesmo no caso de obras de engenharia, uso de materiais de baixa qualidade e serviços inacabados, com a expedição da medição do serviço como se fosse concluído dentro dos melhores padrões de construção.

Nesta hipótese, a Administração deve se cercar de uma comissão de acompanhamento e fiscalização para atestar ou não a compatibilidade com o que foi contratado. Nesta fase, pode ocorrer a omissão de fiscais e pagamentos podem ser realizados com o oferecimento de propinas aos agentes públicos, em troca do silêncio. Aqui a improbidade administrativa é latente e atenta

---

[6] BRASIL, Presidência da República. Lei n°. 10.520 de 17 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, acesso em 13/07/2017.

contra os princípios da administração pública e causam lesão ao erário, devendo ser sancionados os envolvidos com as disposições da Lei de Improbidade[7].

3 A TRANSPARÊNCIA COMO FERRAMENTA DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A LEI Nº 12.527/11

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

A previsão constitucional não retira a importância da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11. A lei resulta da aprovação do Projeto de Lei nº 219/2003, visando dar resposta a uma tendência crescente para que os estados modernos busquem o estabelecimento de leis que garantam ao cidadão o pleno conhecimento das ações do governo, da estrutura, missão e objetivos de seus órgãos, e sobre qual é o resultado final da equação representativa da aplicação de recursos públicos em confronto com os benefícios reais advindos à comunidade.[8]

Como previsto no referido projeto:

> o instrumento para que se atinja tal desiderato é atribuição, a qualquer do povo, do direito de indagar e obter informações dos órgãos públicos que garantam a constante e plena sintonia com os princípios da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência. Tal direito deve ser assegurado, tanto para proteger legítimos interesses pessoais quanto para, de modo geral, estimular o correto desempenho administrativo.[9]

Assim como a Lei Anticorrupção Empresarial brasileira não é exemplar único no mundo, mas antes envolve compromissos assumidos pelo Brasil com organismos

---

[7] BRASIL, Presidência da República. Lei n°. 8.429 de 02 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, acesso em 13/07/2017.

[8] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 219/03, convertido na Lei Ordinária 12.527/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>, acesso em: 13/07/2017.

[9] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 219/03, convertido na Lei Ordinária 12.527/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>, acesso em: 13/07/2017.

internacionais, a Lei de Acesso a Informação também se inspira em normas editadas por outros países, algumas das quais mencionadas no projeto de lei.

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

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

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

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

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

Não existe um sistema que garanta a transparência ativa, tal como, se não temos na plenitude da federação, temos de forma bem avançada no âmbito federal.

Dificuldades de compreensão do que está publicado também são detectadas. E, finalmente, não é raro ouvir daqueles que militam na área que o acesso real inexiste, dado que não há prazo para que as respostas às solicitações sejam enviadas.

4 A LEI ANTICORRUPÇÃO COMO REMÉDIO COADJUVANTE – O COMPLIANCE

Em 1º de agosto de 2013, O Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.846, a chamada "Lei Anticorrupção", que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Este dispositivo entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014 e aplica-se às sociedades empresariais – nacionais ou estrangeiras – fundações, associações de entidades ou pessoas de um modo geral, sediadas, com filial ou com representação no território brasileiro.

Com a edição desta Lei, o Brasil busca cumprir um compromisso assumido em 2000, perante a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, ratificando assim a convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.

Pela citada lei brasileira[10], as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Em outras palavras, o dispositivo legal busca punir o corruptor, baseada na lógica de que não existe corrupção sem corruptor.

Ademais positivou-se o combate específico da concessão pelas empresas de propinas à servidores públicos conforme disposto nos incisos I e IV, do artigo 5° da Lei no 12.846/13, pela promessa, oferta ou doação, direta ou indiretamente de vantagem indevida, ou terceira pessoa a ele relacionada, inclusive no tocante a licitações e contratos.

Diversas iniciativas são direcionadas para combater atos de corrupção, mas poucas são tão eficientes como o estabelecimento de um canal de denúncias, uma vez que, em diversas situações, não se pode assegurar que irregularidades sejam detectadas por auditorias e controles internos.

Segundo a ACFE – "Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse"[11], os canais de denúncias são responsáveis pela identificação de 40% dos casos de fraudes e desvios de comportamento, reduzindo em 59% o impacto financeiro das ocorrências, que são

---

[10] BRASIL. Presidência da República. Lei Nacional nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> acesso 13/07/2017.

[11] ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Guia de Boas Práticas Anticorrupção para EFPC sob a ótica da Lei n°. 12.846 de 1º. de agosto de 2013. Disponível em <http://www.abrapp.org.br>. Acesso em: 12/07/2017.

identificadas, em média, sete meses antes do que acontece em organizações onde não há um canal de denúncias.

Embora seja um mecanismo fundamental para a governança, o gerenciamento de risco e o *compliance*, o canal de denúncias requer uma estruturação segura, com processos consistentes e ações assertivas. Isto se deve ao fato de que tratamento equivocado dado às denúncias vazias, por exemplo, oriundas de atritos pessoais, assim como às omissões diante de fatos comprovadamente graves podem gerar, contra a própria entidade, riscos legais colaterais.

O *Compliance* apresenta-se como eficaz mecanismo de que as instituições se utilizam para nortear a condução de seus negócios. Tal recurso de gestão pode ser traduzido no cumprimento de um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que orientam o comportamento da organização.

A atividade de *compliance* pode ser assegurada através da criação de um departamento, de um comitê ou de processos administrativos específicos. Não é possível definir um modelo padrão para um programa de *Compliance*. Entretanto, é possível elencar alguns princípios essenciais para seu desenvolvimento, como os definidos pela norma australiana que é referência internacional para programas de *Compliance Australian Standards - AS3806:2006*.

De uma forma geral dúvidas não pode haver de que o principal objetivo da Lei nº 12.846/2013 — a sua razão de existir — está na construção de mecanismos legislativos que determinem a responsabilização imediata de pessoas jurídicas, por meio da prévia definição normativa de sua responsabilidade objetiva caso se dê a prática de determinados atos por meio de seus funcionários, acionistas e diretores.

Com isso, visou-se transpor os limites e obstáculos da Lei nº 8.666/1993 (que possui tipificação imperfeita e nem sempre se aplica a pessoas jurídicas, nem promove o efetivo ressarcimento dos danos) e da Lei nº 8.429/1992 (que exige, mesmo para a responsabilização de pessoas jurídicas, a prova da culpa grave ou dolo na improbidade, uma vez que só traz tipos vinculados à responsabilidade subjetiva dos agentes).[12]

Observe-se, ainda, que a conduta do Agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses

[12] BRASIL. STJ. Precedentes: AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe, 28.09.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe, 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe, 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe, 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe, 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe, 02.02.2010" (REsp nº 1216633, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe, 02 dez. 2013). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 18/07/2017.

legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

O texto normativo é incisivo quanto ao aspecto da objetividade, pois estabelece logo em sua abertura, como disposição geral, que as pessoas jurídicas, qualquer que seja a sua forma (e mesmo as não personificadas), "serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil" (Lei nº 12.846/2013, art. 2º). Em contrapartida, os dirigentes ou administradores serão responsabilizados "na medida da sua culpabilidade" (Lei nº 12.846/2013, art. 3º, §2º).

Por isso se pode afirmar que, a rigor, a racionalidade da Lei nº 12.846/2013 é mais próxima daquela das normas de proteção ao meio ambiente e à concorrência do que propriamente do Direito Administrativo sancionador e do Direito Penal tradicionais. Isso porque, tanto no Direito Ambiental quanto no Direito Antitruste, é usual ter pessoas jurídicas a receber, de imediato e independente de culpa, o impacto normativo — tanto para a prevenção/precaução, quanto no que respeita às sanções punitivas propriamente ditas (desde que não criminais). Por outro lado, o critério para a definição e punição do sujeito passivo é antes o econômico do que o jurídico-formal de penas aflitivas e restritivas de direitos subjetivos de primeira dimensão.

Tal qual na legislação ambiental e na antitruste, as sanções da Lei Anticorrupção independem da forma societária adotada (ou não adotada), bem como prescindem de cogitações quanto à culpa — e até da produção de efeitos concretos e/ou da aferição de vantagens indevidas. Além disso, o nexo de causalidade aqui é puramente normativo — a prescindir da prova da conduta culposa ou dolosa do agente. Por isso que se pode dizer que a responsabilidade objetiva instituída pela Lei nº 12.486/2013 não depende sequer da prova de condutas comissivas da pessoa jurídica, mas se satisfaz, inclusive, com a omissão: aqui, basta *o non facere quod debeatur* para instalar a responsabilização da pessoa jurídica.[13]

5 O CONTROLE EXTERNO ESTATAL DAS LICITAÇÕES

A Constituição Federal reputou ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas uma significativa importância chegando a ponto de impingir ao agente público responsável pelo controle interno o dever de, ao tomar conhecimento de irregularidades ou ilegalidades no exercício da função administrativa, informar ao mencionado Tribunal a sua ocorrência, sob

[13] FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 157

pena de, em caso de omissão, responder solidariamente com aquele que praticou o ato ilegal, conforme intelecção do § 1º do artigo 74.

A Lei nº. 8.666/93, ao tratar do controle externo das licitações, disciplina tal questão em seu artigo 113 e parágrafos, estabelecendo como critérios do referido controle a legalidade, a regularidade da despesa e sua execução, e o combate às irregularidades na aplicação da referida lei, nos termos da Constituição Federal.

Em sede de licitação esse controle pode ser exercido de três formas: por meio do regular exercício da função fiscalizadora atribuída ao Tribunal de Contas; mediante provocação por qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado, os quais poderão representar ou denunciar àquele Tribunal em face de irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93, conforme § 1º do artigo 113 e § 2º do artigo 74 da Constituição Federal e, ainda, por meio da análise prévia dos atos convocatórios pelas Cortes de Contas, conforme § 2º do artigo 113 daquele Diploma Legal.

A representação não visa proteger direitos subjetivos ou interesses pessoais específicos, mas orienta-se objetivando um controle de regularidade da despesa pública, pautado por interesse público subjacente, ainda que em muitos casos o licitante ao representar defenda interesses próprios, mais relacionados com a sua permanência no certame.

Outra modalidade de controle externo exercida pelo Tribunal de Contas diz respeito à análise prévia de instrumentos convocatórios, conforme o citado § 2º do artigo 113 da Lei nº. 8.666/93. Impende considerar a esse respeito que dito comando legal estabelece uma faculdade às Cortes de Contas, as quais "poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado".

Em face de um controle mais amplo e efetivo de todo o procedimento licitatório, é mister a análise teleológica de tal dispositivo. Assim procedendo, entendemos que as disposições constantes dos parágrafos do artigo 113 da Lei acima citada devem guardar correlação lógica com o caput deste artigo, qual seja, possibilitar um eficaz e satisfatório controle da licitação por parte do Tribunal de Contas.

Considerando que o ato convocatório norteia a licitação, balizando todo o procedimento, é conveniente que a Corte de Contas deva analisar previamente dito instrumento. Assim procedendo, possibilita a correção, *ab initio*, de eventuais ilegalidades, adotando medida corretiva e mais adequada ao interesse público envolvido e representa economia processual, bem como evita contratações ruinosas para Administração Pública, que certamente apenas seriam controladas posteriormente.

Discute-se, assim, o momento da solicitação de cópia do ato convocatório para análise por parte do Tribunal de Contas, tendo em vista que o § 2º do artigo 113 da Lei nº. 8.666/93 dispõe que tal solicitação poderá ocorrer até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas.

Parte da doutrina defende que este prazo estabelecido é decadencial, o que poderia redundar numa interpretação equivocada e limitada, na qual estaria o Tribunal de Contas impedido de efetuar posterior análise do instrumento convocatório.

Por óbvio que o Tribunal de Contas, a qualquer momento, pode analisar não só o ato convocatório da licitação, mas todo e qualquer ato praticado no curso do procedimento, visando garantir a absoluta conformidade com o sistema normativo.

O importante é que com vistas a assegurar o amplo direito de petição, o licitante, ou pessoa física ou jurídica, que observe irregularidade em algum item do edital possa representar ao Tribunal de Contas, contra o que entender de ilegal ou irregular, podendo até pleitear a suspensão do procedimento licitatório. Desde que formule sua petição apresentando indícios de irregularidades no edital o Tribunal poderá, até o dia anterior à data prevista para a abertura dos envelopes, requisitá-lo, com outros elementos completos, para proceder ao seu exame prévio[14].

Nesta hipótese, o Tribunal, à vista dos elementos processuais poderá determinar a suspensão do procedimento licitatório, até que decida o processo, concluindo por determinar retificação nos itens em que houver irregularidade ou, em não havendo, cancelar a suspensão, podendo o Órgão continuar o normal procedimento.

Esta inovação legal implicou numa mudança do modelo de julgamento do Tribunal, que, via de regra, só julga posteriormente, neste caso, como o próprio nome indica, o exame é prévio.

Aqui reside um instrumento altamente eficaz tanto para o cidadão, quanto ao concorrente, para o controle da legalidade das licitações que por vezes, tem em seu Edital, direcionamentos e já aponta o provável vencedor do certame.

6 O CONTROLE SOCIAL COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES

Diante do desvirtuamento do mandato eletivo, onde o político, após eleito, se afasta do povo e começa a exercer em proveito próprio o poder que lhe foi outorgado, restou ao povo

[14] CITADINI, Antônio Roque. O Controle dos Tribunais de Contas. Disponível em: <http://www.citadini.com.br>, acesso em 30/07/2017.

exercer seu poder diretamente e, uma das maneiras de exercer este poder é através do controle social.

O controle social é a participação do cidadão na gestão pública, aproximando a sociedade do Estado, abrindo a oportunidade de os cidadãos acompanharem as ações dos governos e cobrarem uma boa gestão pública, primada pela eficiência, um dos princípios que regem a Administração Pública, além dessa vigilância prevenir a corrupção, complementando o controle institucional do Estado.[15]

No Brasil, vem crescendo o número de observatórios que promovem esse tipo de controle, e assim possibilitam aos cidadãos, uma ferramenta de acompanhamento da gestão pública, acesso a informação e análises sobre licitações, promovendo a participação e controle social. Sabendo que estas iniciativas promovem um amplo debate sobre as questões de transparência pública, o controle social e a participação da sociedade surge-se como instrumento efetivo nas ações de fomento para esta cultura de participação popular e principalmente na fiscalização das contratações públicas.

Um observatório social é um espaço para o exercício da cidadania, que deve ser democrático e apartidário e reunir o maior número possível de entidades representativas da sociedade civil com o objetivo de contribuir para a melhoria da gestão pública.

Cada observatório social pode ser integrado por cidadãos brasileiros que transformaram o seu direito de indignar-se em atitude: em favor da transparência e da qualidade na aplicação dos recursos públicos. São empresários, profissionais, professores, estudantes, funcionários públicos e outros cidadãos que, voluntariamente, entregam-se à causa da justiça social.

Atuando como pessoa jurídica, em forma de associação, um observatório social deve primar pelo trabalho técnico, fazendo uso de metodologias de monitoramento das compras públicas em quaisquer níveis da federação, desde a publicação do edital de licitação até o acompanhamento da entrega do produto ou serviço, de modo a agir preventivamente no controle social dos gastos públicos.

O controle social também pode ser exercido através dos conselhos, audiências públicas, ouvidorias, dentre outros, como a ação popular.

Em 1965, em pleno governo militar, foi publicada a Lei 4.717/65 – Lei de Ação Popular[16], que elegeu o cidadão como único legitimado a propô-la para combater ato ilegal e

---

[15] OSB. Observatório Social do Brasil. Disponível em: <http://osbrasil.org.br/o-controle-social/>, acesso em 30/07/2017.

[16] BRASIL. Presidência da República. Lei Nacional n˚ 4.717, de 29/de junho de 1965, que dispõe sobre a Ação Popular. Disponível em <www.planalto.gov.br>, acesso em 13/07/2017.

lesivo ao patrimônio público, com intuito de fazê-lo fiscal da res pública, inclusive sem pagar custas e honorários de sucumbência, lei esta criada de forma antagônica ao regime militar.

Posteriormente, a Constituição de 1988 elencou a ação popular como um dos remédios constitucionais em seu texto, alargando o rol de bens tutelados, incluindo, além da proteção ao patrimônio público, a proteção à moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural.

É o controle social é uma legítima forma de tomar as contas dos detentores de Poder e gestores, o cidadão passa de mero espectador para o ator social.

Não é despiciendo afirmar que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente**" – art. 1º, parágrafo único CF.[17] O Controle social está fundamentado exatamente na Constituição, pois, o poder que é do povo, pode ser fsicalizado diretamente pelo povo.

7 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS LICITAÇÕES

O princípio da probidade administrativa é o norteador de todos os atos emanados do administrador público, disposto no artigo 37, §4º da Carta Magna, a legislação o inclui como um dos princípios da licitação, naturalmente como uma advertência às autoridades que a processam e julgam, a fim de que fossem observadas as regras de boa conduta administrativa.

A palavra probidade é originária do latim "probitas", do radical "probus", cujo significado traduz a ideia de honestidade e competência no exercício de uma função social. Ao tratarmos dos atos de improbidade, podemos verificar que nos dias atuais, assim como no passado, persiste a corrupção de tal forma e com elevada gravidade que até mesmo os administradores esquecem que exercem função destinada a uma determinada finalidade pública, traduzida como "bem social".

A Lei nº 8429/92 (Improbidade Administrativa)[18] delineia três espécies de atos de improbidade administrativa, sendo eles: que geram enriquecimento ilícito ao agente (art. 9º); que causam lesão ao erário (art. 10) e que violam os princípios norteadores da Administração Pública.

---

[17] BRASIL, Presidência da República. Constituição da República Federativa, Art. 1º., disponível em www.planalto.gov.br, acesso em 01/08/2017.

[18] BRASIL, Presidência da República. Lei n°. 8.429 de 02 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, acesso em 02/08/2017.

Nos termos do art. 10, *caput*, da Lei nº. 8429/92, "constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: **"**VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. "

Preceitua o art. 2º da Lei de Licitações que "as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei".

Em complemento a essa disposição legal, dispõe o art. 3º que "a Licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" (art. 3º).

A Licitação Pública deriva do princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual se traduz numa verdadeira condicionante à liberdade do administrador Público na escolha do contratante, uma vez que está obrigado a contratar com aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público (mais vantajosa à Administração Pública).

Os objetivos da licitação pública, todavia, são violados em razão da concretização do ato de improbidade administrativa descritos no art. 10, inciso VIII da Lei de Improbidade Administrativa - frustração da licitude da licitação pública, ou por sua dispensa indevida.

Excepcionalmente, a Lei de Licitações dispensa a prévia licitação, admitindo-se a contração direta, nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, encartadas, respectivamente, nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações.

Depreende-se, portanto, que a licitação pública se presta a uma dupla finalidade, expressamente delineada por lei (art. 3º): garantir a igualdade entre todos os licitantes; conferir à Administração Pública a proposta mais vantajosa.

Assim, ao frustrar-se a licitude de processo licitatório, ou mesmo dispensá-lo indevidamente (por intermédio de simples contratação direta, ou mesmo por invocar-se uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade inexistente), viola-se o escopo maior da licitação pública, que é garantir o princípio da isonomia e conferir à Administração Pública a proposta mais vantajosa.

Descumprido estes comandos, referendado pela Constituição Federal e pelas normas infraconstitucionais, devem os agentes púbicos ser condenados a ressarcir o erário, já que, com absoluta liberdade de vontade, praticaram o fato antecedente e pressuposto da lesão presumida – a fraude de licitação ou sua dispensa indevida.

Reputa-se inadmissível que o agente público, aprovado em concurso para cumprir uma função predefinida por lei, desvirtue suas atribuições, favorecendo apadrinhados em desfavor, a um só tempo: dos demais interessados na prestação do objeto licitado ou contratado sem licitação (princípio da isonomia); da Administração Pública, que não obterá a proposta mais vantajosa em razão da ausência de competição.

É esclarecedora a lição de Lúcia Figueiredo e Sérgio Ferraz, segundo os quais:

> quem gastar em desacordo com a Lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigo. Pois, impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente terá de retornar ao erário público. Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento da Administração. Ter-se-ia, consoante essa linha de argumentação, beneficiado com a obra, serviço e fornecimento, e, ainda mais, com o recolhimento dos responsável ou responsáveis pela despesa considerada ilegal. [19]

A lei de combate à improbidade administrativa prevê duras sanções àqueles que ousam infringi-la, notadamente quanto as fraudes em licitações, não excluindo a responsabilidade penal cabível. As sanções são: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário. São, assim, sanções de natureza civil que não excluem a possibilidade de sanções penais prescritas na Lei n°. 8.666/93 – arts 89 a 98 e ainda no próprio Código Penal Brasileiro.

8 CONCLUSÃO

A provocação lançada neste artigo buscou revisitar e problematizar as bases teóricas clássicas que por si só, não estão sendo suficientes para frear as práticas delituosas no âmbito das contratações públicas que tem sido cada vez mais engenhosas, com envio de recursos públicos a paraísos fiscais, em nome de terceiros, por meio de offshore, sempre com vistas a tentar ocultar os desvios de dinheiro público fruto de conluio por meio de licitações direcionadas e superfaturadas. A matriz constitucional no ordenamento jurídico brasileiro prevê

[19] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pag. 93

que o Poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente, já que os meios indiretos de representação não estão se mostrando eficazes.

O direito fundamental de probidade em relação a contratação pública também está relegado, pois aqueles detentores do Poder Político estão mais empenhados em se perpetuar no Poder às custas do dinheiro público, do que propiciar à sociedade aquisições de bens e serviços a preços justos. A impressão que se extrai, é de que os detentores do Poder elucubram que o dinheiro público pertence a eles e não à sociedade.

Os investimentos públicos buscam o atendimento dos interesses coletivos e são estruturantes para a redução das desigualdades regionais, portanto, é preciso uma boa gestão de tais recursos.

A título de reflexão sobre as contratações públicas em 2014, somente em relação aos gastos com a Copa do Mundo, registram R$ 25,8 bilhões fiscalizados em obras de estádios, aeroportos, portos, mobilidade urbana, turismo, segurança e negócios. Dentre as principais irregularidades apontadas pelos Tribunal de Contas da União, estão aquelas relacionadas ao projeto básico/executivo e ao sobrepreço/superfaturamento, este último financiador da corrupção.

Em determinadas situações como as grandes obras, por exigir conhecimento técnico especializado, nem mesmo o controle social é capaz de detectar os desvios que vão para o patrimônio daqueles que estão vinculados ao Poder.

Conclui-se, portanto, que apesar das dificuldades na fiscalização e controle dos atos que permeiam as contratações públicas, a sociedade precisa de mais informações que a transparência dos órgãos públicos que ainda não se mostrou plena. O conjunto de instrumentos aqui delineados, aliados a sociedade civil organizada, a inserção de uma cultura de *accountability* com a participação de técnicos e especialistas em gestão pública independentes, certamente protegerá o direito fundamental à probidade nas contratações públicas.

REFERÊNCIAS

ABRAPP. Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Guia de Boas Práticas Anticorrupção para EFPC sob a ótica da Lei n°. 12.846 de 1º. de agosto de 2013. Disponível em <http://www.abrapp.org.br>. Acesso em: 12/07/2017.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, Presidência da República. Constituição da República Federativa, Art. 1º., disponível em www.planalto.gov.br, acesso em 01/08/2017.

_____. BRASIL. Presidência da República. Lei n°. 13.303 de 30.06.2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> acesso 13/07/2017.

_____. BRASIL. Presidência da República. Lei n°. 8.666 de 21.06.1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>, acesso 13/07/2017.

_____. BRASIL, Presidência da República. Lei n°. 10.520 de 17 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, acesso em 13/07/2017.

_____. BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5°., no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> , acesso 31/07/2017.

_____. BRASIL, Presidência da República. Lei n°. 8.429 de 02 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, acesso em 13/07/2017.

_____. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 219/03, convertido na Lei Ordinária 12.527/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>, acesso em: 13/07/2017.

_____. BRASIL. Presidência da República. Lei Nacional nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>, acesso 13/07/2017.

_____. BRASIL. Presidência da República. Lei Nacional n° 4.717, de 29 de junho de 1965 - Dispõe sobre a Ação Popular. Disponível em <www.planalto.gov.br>, acesso em 13/07/2017

_____. BRASIL. STJ. Precedentes: AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe, 28.09.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe, 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe, 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe, 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe, 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe, 02.02.2010" (REsp nº 1216633, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe, 02 dez. 2013). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 18/07/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CITADINI, Antônio Roque. O Controle dos Tribunais de Contas. Disponível em: <http://www.citadini.com.br>, acesso em 30/07/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pag. 93.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 157

FORTINI, Cristiana. Corrupção nas Licitações e Contratações Públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br>, acesso em 30/07/2017.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos. Disponível em: www.direitoadm.com.br, Acesso em 18/08/2017.

OSB. Observatório Social do Brasil. Disponível em: <http://osbrasil.org.br/o-controle-social/>, acesso em 30/07/2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

SANTOS, Lima Roberto. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html>. Acesso em: 18/07/2017.