

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-155-5

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no II Encontro Virtual do CONPEDI, evento totalmente virtual e síncrono ocorrido entre os dias 2 e 8 de dezembro de 2020, sob a temática “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios”.

Com 9 meses de isolamento social e todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, o CONPEDI conseguiu contornar todas as enormes adversidades e ofereceu um evento com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Um momento marcado pela alegria do reencontro, ainda que virtual, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os trabalhos e debates desenvolvidos produziram grande empatia entre os participantes, a repercutir as preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia, sob os eixos do combate à corrupção e à improbidade administrativa; da regulação e controle; e da transparência e eficiência administrativa.

Os artigos destes anais gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS COM ENFOQUE À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
2. GOVERNANÇA PÚBLICA PARA GARANTIR O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA
3. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UM INSTRUMENTO PARA A COMPRA INTERNACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA
4. A ANÁLISE DAS FRAUDES AO PROGRAMA DE AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL (PANDEMIA DA COVID-19). A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL
5. MUNICÍPIO, FEDERALISMO FISCAL E DIREITOS SOCIAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA

6. A SUPOSTA ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

7. A POSSE E A (IM) POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO BRASIL

8. A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA: O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCEDIMENTO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPATIVAS

9. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

10. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

11. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DA DESLEGALIZAÇÃO: STF E O CASO ANVISA

12. MONOPÓLIO DO NETFLIX NO MERCADO BRASILEIRO DE SVOD - (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)

13. GATE KEEPING E BENIGN BIG GUN NO CONTEXTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE E DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA

Com 15 (quinze) artigos aprovados e 13 (treze) efetivamente apresentados no GT, a presença maciça dos inscritos no evento confirma que o formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Será possível conferir nestes anais artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com indubitável relevo prático.

Registramos os cumprimentos ao CONPEDI, pelo empenho e a qualidade da organização desse II Encontro Virtual - um excepcional momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, temos a satisfação de apresentar a presente obra a toda a comunidade jurídica, a confirmar que a Covid-19 pode até ter nos distanciado fisicamente, mas continuamos a pesquisar e difundir nossas pesquisas agora no formato virtual. Não temos a ternura do abraço presencial, mas temos o sorriso e a certeza da presença.

De Passo Fundo (RS) e de Florianópolis (SC), dezembro de 2020.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

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

Nota técnica: O artigo intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA: O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCEDIMENTO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPATIVAS

THE TRANSPARENCY AND THE ACCESS TO INFORMATION AS A NECESSARY ELEMENT OF GOVERNANCE CAPACITY: SOCIAL CONTROL IN BIDDING AS A WAY OF IMPROVING THE PROCEDURE AND COMBATING CORRUPT PATHOLOGIES

Luiz Felipe Nunes ¹

Resumo

O trabalho tem por tema e objetivo a análise da transparência e do acesso à informação dos atos da administração pública como elemento necessário da capacidade governativa no fomento a uma maior participação social nos atos públicos. Nesse intento, discute-se a necessidade do envolvimento da sociedade civil no combate a patologias corruptivas. Quanto à metodologia, foi utilizado o método hipotético-dedutivo e consulta bibliográfica. Conclui-se o trabalho apontando as consequências de uma democracia participativa, onde esta participação e envolvimento poderá gerar maior fiscalização e controle dos atos da Administração Pública, aperfeiçoando o procedimento e agindo no combate à corrupção neste meio.

Palavras-chave: Corrupção, Licitações, Controle social, Transparência, Acesso à informação

Abstract/Resumen/Résumé

The work is the analysis of transparency and access to information on the acts of public administration as a necessary element of governmental capacity in promote greater social participation in public acts. In this attempt, the need to involve civil society in countering corrupt pathologies is discussed. As for the methodology, the hypothetical-deductive method and bibliographic consultation were used. Its concludes by pointing out the consequences of a participatory democracy, where this participation and involvement can generate greater inspection and control of the Public Administration's actions, improving the procedure and acting in the fight against corruption in this environment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corruption, Bids, Social control, Transparency, Access to information

¹ Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu em Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - com bolsa CAPES/Prosuc. E-mail: luizfelipenunes@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O tema das patologias corruptivas ganha destaque nos últimos anos em razão da exposição de diversos escândalos envolvendo o desvio de dinheiro público. Encarada como uma disfunção inerente à estrutura social, o tema sempre possuiu terreno fértil para sua instalação e desenvolvimento no país, pois ainda não se criou uma postura política crítica quanto a ela, seja pela tolerância, indiferença ou pela cumplicidade do tema com alguns indivíduos e com a sociedade. Diante desse cenário nada animador, faz-se necessário minimizar as oportunidades para o surgimento da corrupção.

Nesse combate, alguns mecanismos surgiram, como é o caso das inspeções, auditorias e fiscalizações, processo administrativo disciplinar, inquérito civil público, ação civil pública, inquérito policial, ação penal pública, ação de improbidade administrativa, ação popular, dentre outros. No entanto, os governos – pois é um fenômeno mundial que afeta todos os países – ainda não tem conseguido combater este fenômeno de forma eficazmente, pois se verificou que este fenômeno pode atingir qualquer tipo de fase, situação, fator, variável, nos diversos processos – decisórios ou executivos –, nas mais diversas instituições, em diversos níveis e subníveis, desde o planejamento a sua concepção, nas atividades preparatórias, executivas, fiscalizatórias e avaliativas.

Diante disso ganha destaque o conceito de boa administração da máquina pública trazida pela Carta de Direitos Fundamentais de Nice, que elenca a transparência e o acesso à informação dos atos da Administração Pública como elementos de oportunidade no combate à corrupção, pois cria condições de acesso aos informes públicos por parte da sociedade civil, propiciando um monitoramento maior de todas as ações Estatais, bem como, legitimando as decisões tomadas e incrementando uma maior participação e controle social. Esta participação da sociedade nos assuntos de interesse público, direta ou indiretamente, está gerando o surgimento de uma nova relação entre Estado e sociedade civil, que está possibilitando à sociedade civil um maior exercício de sua reponsabilidade social e ética, através do controle dos atos da Administração Pública.

Por esta razão, dentro da temática da transparência e do acesso à informação pública se questiona a importância destes como elementos necessários da capacidade governativa. Assim, o objetivo do trabalho é analisar a transparência e o acesso à informação dos atos da Administração Pública como elemento necessário da capacidade governativa, abordando o controle social na licitação como forma de se aperfeiçoar o procedimento licitatório e também no combate às disfunções causadas pela corrupção.

Na tentativa de responder ao problema posto, amparou-se no método de abordagem hipotético-dedutivo e de pesquisa bibliográfica. Na tentativa de responder ao questionamento realizado, foram criados alguns tópicos para melhor desenvolver o tema iniciando o seu desenvolvimento a partir de apontamentos acerca da corrupção, enquanto fenômeno social e institucional, apontando para a potencialidade desta aos bens públicos, para posteriormente abordar a necessidade de controle e monitoramento dos atos administrativos, salientando a importância da transparência e do acesso à informação pública para tanto, para por fim, abordar o controle social da licitação como forma de aperfeiçoamento do procedimento, bem como para se combater às patologias corruptivas.

2 A CORRUPÇÃO ENQUANTO FENOMENO SOCIAL E INSTITUCIONAL: A POTENCIALIDADE DOS ATOS ATENTATÓRIOS AOS BENS PÚBLICOS E A NECESSIDADE DE UMA TEORIA POLÍTICA ANTICORRUPÇÃO

A corrupção, enquanto fenômeno de múltiplos fundamentos e nexos causais tem demonstrado ao longo do tempo inúmeras faces multisetoriais e uma enorme capacidade de expansão na rede das relações sociais e institucionais – públicas e privadas –, sendo que foi graças a maior difusão por parte da mídia tradicional (oficial) e a alternativa (inoficial) que se está dando um maior destaque na sua análise, diagnósticos e prognósticos (LEAL, 2013).

No plano gramatical do termo, a corrupção é substantivo feminino derivado do latim *corruptio*, com o sentido de deterioração, ato, processo ou efeito de corromper. De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa e Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, da Academia das Ciências de Lisboa —, este substantivo pode significar: a) deterioração, decomposição física, orgânica de algo ou putrefacção; b) modificação, adulteração das características originais de algo; (c) no sentido mais figurado, a expressão refere também a degradação moral de indivíduos e instituições, o que evidencia a ampla gama de possibilidades conceituais em jogo (LEAL, 2013, p. 19).¹

Muito embora seja associada e compreendida, principalmente sob seu aspecto econômico e jurídico, a mesma não limita-se somente a este,² pois existem muitas situações onde a corrupção existe que não se amoldam à estas (LEAL, 2013).³

¹ Dentro dessa ampla gama de possibilidades, o autor chama a atenção para o fato de não se reduzir a corrupção à mera violação da legalidade, sob pena de se poder mitigar e trata-la como qualquer outro ilícito ou delito criminal, podendo inclusive trata-la em determinadas situações, em circunstâncias de menor potencial ofensivo, e consequentemente, em situações de gerarão impunidade (LEAL, 2013).

² Menciona Filgueiras (2006) que foi a partir das reformas de cunho liberal que a abordagem teórica e metodológica da corrupção foi alterada, sendo que a partir destas a abordagem essencialmente econômica

No Brasil, a corrupção afigura-se como herança do Período Colonial Português, quando em favor de seu apetite e avareza os funcionários portugueses distorciam e criavam evasivas normas legais em seu favor. Ou seja, a corrupção está presente a muito tempo na história nacional brasileira, pois desde o Período Colonial, como referiu Caio Prado Jr. (*apud* LEAL, 2013, p. 138-139), vivenciamos “[...] *incoerência e instabilidade no povoamento; pobreza e miséria na economia; dissolução nos costumes; inercia e corrupção nos dirigentes leigos e eclesiásticos*”. Leis confusas, ineficiência das estruturas administrativas, desperdícios, morosidade, acumulação de cargos, tráfico de influência, abuso de autoridade, sistema jurídico oneroso e vagaroso, confusão na separação entre espaço público e privado, excesso de discricionariedade, dentre outros, são marcas que nos acompanham desde este período histórico.

Sob o viés fundamentalmente econômico e político, o tema corrupção evidencia-se mais profundamente em sociedades subdesenvolvidas, tendo em vista a mudança no centro dos processos sociais e a constante instabilidade, sendo que normas que são trazidas pela modernização acabam demonstrando fraqueza e conseqüentemente, permitem o surgimento de práticas corruptivas (FILGUEIRAS, 2006).

Como função manifesta, a corrupção tem por conseqüência fomentar ou impedir a modernização, representando, em muitos casos, eventuais benefícios para a constituição de uma ordem moderna, balizada, principalmente, nas iniciativas do espírito capitalista (FILGUEIRAS, 2006, p. 03).

Com a construção de uma teoria política da corrupção possibilitou-se a criação de outros significados e práticas que levaram o tema corrupção para além de sua abordagem utilitarista, sendo-lhe atribuído outros sentidos semânticos. Achou-se forte ligação da corrupção com o tema da moralidade, pois além da violação das normas construídas socialmente, fortaleceu-se a construção de juízos morais acerca do comportamento dos atores sociais e de suas instituições, por esta razão “A corrupção, nesta chave, em termos semânticos, está ligada à avaliação do decoro do corpo político face aos princípios da ordem” (FILGUEIRAS, 2006, p. 06-13). Com o aprofundamento das pesquisas acerca do tema, além dessa construção moral, a corrupção adquiriu uma conotação cultural, social e econômica. Por esta razão, alerta Filgueiras que:

prevaleceu nos estudos acerca da corrupção. Como comenta o autor, foi graças à construção de uma teoria política da corrupção que foi possibilitado a atribuição de novos significados ao tema.

³ A título exemplificativo, o autor cita os casos de suborno e de nepotismo, que não necessariamente necessitam de benefícios financeiros e jurídicos para ocorrerem.

[...] a corrupção deve ser analisada dentro dos processos históricos-sociais que permitam a compreensão dos elementos fundantes da ordem. Desta perspectiva, compreende-se os macroprocessos de configuração das relações de poder e dinheiro, os quais permitem apreender a prática da corrupção no contexto global da ordem política, em função de sua conotação potencial (2006, p. 26).

Sob seu viés econômico, as linhas da história demonstram o assalto a máquina pública para perfazer políticas de gestão causuística e comprometida com determinados segmentos da sociedade brasileira, o que evidencia o afastamento dos compromissos assumidos pelo governo na Carta Constitucional (LEAL; FRIEDRICH, 2014, p. 478-479).

No que concerne ao desenvolvimento econômico, à abordagem estrutural funcionalista afirmou que a corrupção cumpre uma importante função de desenvolvimento, ao reduzir as incertezas e incrementar o investimento privado (FILGUEIRAS, 2006, p. 04).

Modernamente, a corrupção é encarada como uma disfunção inerente a estrutura social tradicional que gera certa instabilidade nos planos políticos e econômicos. Por esta razão, buscou-se criar instituições estáveis para elevar os interesses privados sobre os públicos, promovendo resultados agregados para o fim do desenvolvimento do país, o que implicou no desenvolvimento das esferas econômica, social e política (FILGUEIRAS, 2006).

Na medida em que a administração do sistema de justiça se vê contaminada com estas situações corruptivas, por certo que restam violados aqueles direitos internacional e nacionalmente assegurados à pessoa humana, mesmo que não decorra daí danos materiais específicos a ela, mas o sistema foi violado, e com ele a presunção de veracidade, imparcialidade, independência e confiança nas instituições (LEAL, 2013, p. 102).

Por esta razão, torna-se fundamental o combate às patologias corruptivas.⁴ Uma vez que adentre na burocracia estatal a corrupção acaba gerando uma falta de legitimidade desta, tornando o processo político ineficaz e criando espaços de monopólio dentro da máquina pública.⁵ Portanto, a corrupção pode acabar gerando evasão de recursos destinados a obras,

⁴ A estabilidade é desejada, mas a prática de corrupção é o mecanismo através do qual alguns atores políticos aumentam seu poder discricionário, favorecendo a conversão dos resultados do jogo político para a satisfação de seus interesses privados. A corrupção é compreendida como uma espécie de resultado espúrio da configuração institucional, que favorece a constituição de esquemas destinados a pilhar os recursos públicos a favor de interesses privados (FILGUEIRAS, 2006, p. 09).

⁵ Alerta o autor que graças a monopolização da burocracia criou-se, indiretamente, a figura dos burocratas profissionais que atuam mediante incentivos – propina – como forma de agilizar os processos burocráticos (FILGUEIRAS, 2006). Como comenta Rose-Ackerman: “Incentivos para a oferta e a demanda de propinas ocorrem toda vez que os agentes do governo possuem poder econômico sobre uma empresa privada ou um indivíduo. Não importa se o poder é justificado ou injustificado. Uma vez que se institucionaliza um esquema bem-sucedido de propinas, funcionários corruptos dispõem de um incentivo para elevar o valor dos subornos exigidos, bem como para procurar alternativas de extorsão de pagamentos” (2002, p. 95).

serviços e programas públicos, bem como o despêndio de recursos para evitar tais práticas, como é o caso da criação e manutenção de órgãos e agentes no controle de obras, serviços e programas públicos, na máquina denominada de anticorrupção (FILGUEIRAS, 2006).

A maior parte dos estudos empíricos sobre corrupção ainda consiste de estudos de casos relacionados com denúncias de desvios de verbas públicas, aplicação de recursos públicos em projetos superfaturados e escândalos políticos. Neste sentido, a maior parte destes trabalhos possui um caráter de descrição e denúncia das relações corruptas entre representantes do governo e da sociedade. Por isso, ainda são poucos os trabalhos que tem por objetivo serem estudos empíricos analíticos das causas da corrupção. É claro que em boa parte a ausência destes trabalhos é justificável pela falta, pelo menos até a metade da década de 90, de dados comparativos das atividades corruptas nos países. No entanto, o conhecimento dos fatores que determinam a corrupção é de extrema importância no auxílio para o desenvolvimento de políticas de combate a corrupção (CARRARO, 2003, p. 10).

Johnston (2002) comenta que o fator preponderante do surgimento da corrupção é a forma como o Estado e a sociedade civil mantem suas relações, sendo que a corrupção “tem o poder de solapar a legitimidade política do Estado” (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 74), ou seja, assim como a febre é um sintoma de uma doença pré-existente, a corrupção é entendida como um sintoma de que algo não está bem na administração do Estado.⁶

Salienta Leal que não se pode dissociar a corrupção institucional da pessoal, pois a corrupção institucional envolve a corrupção pessoal. E mais, “Renato Janine Ribeiro lembra que não há corrupção sem uma cultura de corrupção, pois tal fenômeno demanda o endosso, mesmo que tácito, do seu entorno, com níveis de aceitação social e institucional” (*apud* LEAL, 2013, p. 82).

Corrupção não existe por si só, corrupção é um fenômeno que necessita de oportunidades e incentivos para que representantes do Estado e da sociedade cooperem entre si transacionando ilegalmente. Infelizmente a evidência demonstra que corrupção é um fenômeno que atinge a todos os países do mundo, merecendo atenção e indignação tanto da sociedade civil como da sociedade organizada. Governos, das mais diversas ideologias, crenças ou utopias, têm demonstrado crescente preocupação com este problema, financiando periodicamente campanhas contra a corrupção, inclusive contanto com a ajuda dos variados meios de comunicação. No entanto, apesar deste esforço, porque é que apesar da sociedade estar informada e preocupada com o problema da corrupção os governos não tem conseguido combatê-la eficazmente? (CARRARO, 2003, p. 17).

⁶ Os modelos econômicos que tratam da corrupção destacam-na como um problema de distorção na estrutura de incentivos, que afeta o comportamento dos indivíduos (MAURO, 1995). Dessa forma, a corrupção não tem origem em uma deficiência educacional ou moral de indivíduos ou burocratas. A deficiência é de instituições (normas internas de fiscalização, de promoção, entre outras), que estimulam o funcionário a adotar um comportamento corrupto. Assim, o combate efetivo à corrupção implica uma reforma das instituições públicas (MAURO, *apud* PEREIRA, 2005, p. 04).

O fenômeno corruptivo ainda encontra terreno fértil para sua instalação e desenvolvimento, seja em razão da tolerância, indiferença ou até mesmo a cumplicidade com determinados indivíduos e também com a sociedade. Por esta razão faz-se necessário minimizar as oportunidades nas quais este fenômeno pode se utilizar criando medidas de responsabilização jurídica e política em face dos agentes que cedem à corrupção (LEAL; FRIEDRICH, 2015).

Em razão das influências geradas pelas crises, principalmente a partir da década de 1980 em razão da globalização, surgem mudanças significativa na matriz governativa e Estatal. Em resposta a esta crise, surge uma administração mais gerencial, com viés de reduzir custos e tornar a administração pública cada vez mais eficaz e eficiente (PEREIRA, 2005). Com esta reforma gerencial aumentou-se o nível de conscientização da necessidade de se criar mecanismos de controle e de responsabilização da atuação dos agentes estatais, que passam a agir a partir de diretrizes claras impostas para um melhor desempenho nos seus deveres públicos (LEAL, 2013).

Dentro da máquina anticorrupção, altas cifras são dispendidas no monitoramento dos agentes públicos e de suas possíveis práticas corruptivas, o que por si só não basta para evitar que tais práticas venham a ocorrer, faz-se necessário um grande esforço para promover a reforma administrativa do Estado, tornando-o mais suscetível a um controle cada vez mais externo.

A Convenção de Mérida se preocupou em estabelecer, em vários de seus artigos (7, 10, 13, dentre outros), como elementos de especial atenção para que se evite a corrupção, questões como: critérios transparentes para a contratação de servidores públicos, mecanismos de monitoramento e avaliação permanentes deste pessoal; regras claras de prevenção e solução de conflitos de interesses no setor público, com instrumentos de informação constante sobre os processos adotados e seus resultados; disposições claras sobre a organização estatal, funcionamento e forma de tomada de decisões; da mesma forma no que diz com as regras de gestão financeira, em especial relacionadas à formatação e execução orçamentária, com relatórios permanentes e transparentes da relação entre receita e despesa pública; elaboração de sistemas de gerenciamento de riscos de gestão e controle interno; regras e informações claras sobre mutações contratuais e obrigacionais dos setores públicos, dentre outros (LEAL, 2013, p. 134).

Na reunião de Mérida ficou evidente o entendimento de que a corrupção não deve ser tolerada, mas punida caso ocorra. Mais do que isso, fundamentalmente prevenida com medidas eficazes de detecção em razão da potencialidade de seus danos e prejuízos – irreversíveis no âmbito da moralidade pública e no desgaste das instituições democráticas (LEAL, 2013, p. 132).

3 O NECESSÁRIO CONTROLE E MONITORAMENTO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EM RAZÃO DE EVENTUAIS PONTOS VULNERÁVEIS À CORRUPÇÃO: A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA

Em estudos acerca do tema corrupção, a Controladoria Geral da União (CGU) tem criado ferramentas no combate a situações que violam, frontalmente, a ética pública, tanto no combate como no controle deste vírus que é a corrupção. Uma das ferramentas criadas pela CGU é a denominada de *Metodologia de Mapeamento dos Riscos de Corrupção*⁷ que detectou que determinadas situações acabam fomentando atos corruptivos, dentre as quais:

[...] as que envolvam compras diretas de produtos ou serviços, com emprego de recursos financeiros significativos; as que envolvem a atribuição de direitos ou benefícios ao público; aquelas que envolvam transferência de recurso entre organizações públicas e privadas; aquelas que envolvam o cumprimento de obrigações e aplicação de penalidades (LEAL, 2013, p. 68-69).

E mais, verificou-se que a corrupção pode atingir qualquer tipo de situação, fase ou fator variável nos processos de trabalho, decisórios ou executivos das mais diversas instituições. Portanto, a corrupção pode operar em diversos níveis e subníveis, desde a solicitação para realização de determinados processos, bem como no planejamento e sua concepção, e ainda nas atividades preparatórias, na sua execução e até mesmo na apresentação e fiscalização dos resultados (LEAL, 2013).

Em razão dessa potencialidade de atuação, as legislações nacionais e internacionais estão se fortalecendo no intuito de tratar o tema de forma mais pontual.

A Organização das Nações Unidas (ONU) desde os anos 1950 – com a resolução nº 415 (V), da sua Assembleia Geral – vem tratando das particularidades operacionais das condutas corruptivas criminosas.⁸ A Organização dos Estados Americanos (OEA), por sua Assembleia Geral, passa a adotar, a partir de 1994, uma resolução proibida e ética, criando um grupo de trabalho no Conselho Permanente, cuja atribuição é o de compilar e estudar as

⁷ BRASIL. Controladoria Geral Da União. *Metodologia de Mapeamento dos Riscos de Corrupção*. Disponível em: http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc_corrupcao/cor_04.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

⁸ O Brasil assina a convenção em 29 de março de 1996 e a partir da sua anuência edita em 1990 a Lei nº 8.027, que *Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências*, e o Decreto nº 1.171, em 1994, que aprovou o *Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal*.

legislações nacionais acerca do tema da ética pública, suas consequências e tratamentos dados pelos estados nacionais.⁹

Na legislação interna, alguns documentos foram criados, como é o caso da inclusão do princípio da moralidade administrativa no texto da Constituição Federal, princípio este orientador de toda a ação administrativa pública.¹⁰

A legislação infraconstitucional também tem ampliado seu espectro gerando alguns instrumentos de confronto direto à corrupção e outros mecanismos de viabilização para este enfrentamento, como é o caso:

- a) auditorias, inspeções e fiscalizações, que são realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, auxiliando no controle da gestão dos administradores públicos;
- b) processo administrativo disciplinar, conduzido pelas comissões de sindicância e de inquérito, para apurar desvios de conduta pessoal;
- c) inquérito civil público, promovido pelo Ministério Público;
- d) ação civil pública de ressarcimento de danos, promovida pelo Ministério Público;
- e) inquérito policial, realizado pela Polícia Federal e Estadual, a fim de apurar irregularidades dos gestores e na Administração Pública;
- f) ação penal pública, promovida pelo Ministério Público;
- g) ação de improbidade administrativa, promovida pelo Ministério Público, Advocacia Geral da União ou pelos órgãos jurídicos a ela vinculados;
- h) ação popular, de autoria de qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (LEAL, 2013, p. 67).

Uma boa administração da máquina pública implica, segundo a conceituação trazida pela Carta dos Direitos Fundamentais de Nice quando conceitua o Direito Fundamental à Boa Administração (art. 41), um direito fundamental a uma Administração Pública “[...] eficiente e eficaz, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas” (LEAL; FRIEDRICH, 2014, p. 473), e observando, na totalidade, os princípios constitucionais que regem sua atuação.¹¹

⁹ Como comenta Leal: “Todos esses documentos, a despeito de que focados mais no tema da corrupção, estão conectados em suas disposições de motivos e mesmo nas normas que os detalham, com a preservação da moralidade na gestão do interesse público, e configuram instrumentos internacionais importantes desencadeadores da aquilatação das normativas nacionais de diversos países, inclusive do Brasil” (2014, p. 98).

¹⁰ Sobre o assunto, ver: LEAL, 2014.

¹¹ Tal reconhecimento implica, no plano material, dentre outras coisas: (a) o direito do cidadão ser ouvido nos assuntos públicos, e que tal oportunidade se dê de forma material e não meramente formal, e que a partir disto, sobre a manifestação cidadã advenha resposta fundamentada do Poder Público em tempo razoável; (b) o acesso à informação, não somente decorrente de provocação indutora, mas como política pública de transparência e publicidade dos atos, fatos e negócios da Administração Pública, o que implica colocar à disposição tais elementos de forma fácil e inteligível; (c) o dever de motivação dos atos da Administração em todos os seus âmbitos, ou seja, no momento de formulação, (in)execução e prestação de contas destes atos, exatamente para que se possa controlar publicamente os incumprimentos do Poder Público por ação excessiva e desviante (ilícitos), por ação deficiente em esferas de sua competência, e mesmo por omissão em face dos deveres vinculados que possui (LEAL; FRIEDRICH, 2014, p. 474).

Muito embora os tratados internacionais e as leis nacionais tenham implementado regulamentações protetivas contra atos corruptivos em defesa de direitos fundamentais, que acabaram impondo obrigações aos Estados nacionais de forma mais contundente, os programas públicos de combate à corrupção ainda possuem pouco impacto nos cenários nacionais (LEAL; FRIEDRICH, 2015, p. 05).

Daí que se pode afirmar que um claro e ampliado entendimento das conexões práticas entre atos corruptivos e Direitos Fundamentais pode empoderar aqueles que têm legitimidade para o tratamento desta matéria, além de criar novas possibilidades de utilização dos mecanismos nacionais, regionais e internacionais que existem para monitorar e cobrar as obrigações estatais para com eles (LEAL; FRIEDRICH, 2015, p. 05-06).

Nesta nova oportunidade que está surgindo para a utilização destes mecanismos no combate à corrupção, a transparência dos atos da Administração Pública ganha destaque, pois cria condições de acesso aos informes por parte da sociedade civil, propiciando um maior monitoramento da ação Estatal, ampliando a legitimidade das decisões política e incrementando uma maior participação e controle social (LEAL; FRIEDRICH, 2015).

A transparência na administração pública é obrigação imposta a todos os administradores públicos, porque atuam em nome dos cidadãos, devendo velar pela coisa pública com maior zelo que aquele que teriam na administração de seus interesses privados. Os destinatários da administração, os administrados, tem o direito à publicidade dos atos estatais e a possibilidade de exercer a fiscalização. O combate à corrupção é apenas um dos aspectos da transparência, mas sequer o principal. Isto porque o direito dos administrados não se limita à fiscalizar eventual ilegalidade na gestão pública, mas também verificar se a destinação dos recursos, além de lícita, tem sido adequada, razoável, moral e eficiente. É importante ter-se presente que os reflexos da transparência na gestão pública não se limita ao campo da administração, e tampouco às conseqüências políticas que uma gestão ineficiente terá, mas também trará repercussão no diversos setores da vida nacional, pois o chamado '*custo brasil*' está a dificultar o fluxo de investimentos, o crescimento econômico, a qualidade dos serviços públicos, os índices de desenvolvimento social, dentre outras conseqüências. Porém, talvez o mais grave problema seja o impacto sobre a credibilidade das instituições democráticas que, uma vez enfraquecidas, abre espaço para a desordem, insegurança, e até mesmo à criminalidade (GEBRAN NETO, 2007, s.p).

Tendo seu ponto de transformação na Constituição de 1988, a transparência e o acesso aos informes públicos consolida-se mais eficazmente a partir do ano de 2011, quando entra em vigência a nova Lei de Acesso à Informação Pública, a Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. A partir da edição desta nova Lei, houve uma mudança no trato da informação pública, sendo que efetivamente coube a Administração Pública fornecer uma informação realmente transparente, em uma linguagem clara e de fácil compreensão, de forma

rápida e objetiva (conforme art. 5º da Lei Federal nº 12.527/2011), bem como, a fim de assegurar o direito fundamental ao acesso à informação pública, a observância dos seguintes princípios básicos e suas diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública (conforme art. 3º da referida Lei).

A partir da edição desta Lei, verificou-se a busca por uma nova relação entre Estado e sociedade civil, sendo que a publicidade dos atos públicos torna-se prerrogativa do Estado Democrático de Direito.¹²

A necessária participação do cidadão na burocracia estatal de forma direta e intensiva surge com essa nova relação entre Estado e sociedade civil, que possibilitou um maior exercício de uma responsabilidade social e ética, por parte da sociedade civil, através do controle das decisões da Administração Pública (GEBRAN NETO, 2007, s.p).

Para fins analíticos, define Santos (1996) que a capacidade governativa¹³ do Estado é a capacidade de englobar tanto os aspectos operacionais do aparelho estatal como suas dimensões econômica e política, permitindo que o mesmo analise sua eficácia e eficiência em ajustar a economia nacional, redefinir sua dimensão e funções, bem como manter-se em um ambiente democrático, dentre outros. Em razão dessa relação orgânica entre governabilidade e governança, dentro do conceito de capacidade governativa, as mesmas se relacionam, tanto na busca pela reforma do aparelho do Estado, respectivamente, na redefinição das relações entre Estado e sociedade – como também na relação entre Estado e mercado e entre os poderes ou funções do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) –, como na melhor formulação/implementação das políticas públicas (ARAÚJO, 2002).

Nesse contexto, auxiliando na busca desta nova relação, o tema transparência na Administração Pública aparece como condição fundamental para que o país continue

¹² Como comenta Gonçalves (2003, p. 40): “Os regimes democráticos foram [...] reconhecendo aos cidadãos o direito a tomarem conhecimentos dos documentos e da informação detidos pelas administrações públicas, tendo alguns estados consagrado, constitucional ou legalmente, os princípios da administração aberta e do livre acesso aos documentos administrativos”.

¹³ O autor utiliza o termo em razão da cada vez mais imprecisa distinção entre governança e governabilidade: “Para evitar as ambigüidades e a pouca clareza com que vêm sendo distinguidos os conceitos de governabilidade e *governance* (governança) na literatura atual proponho a utilização do termo capacidade governativa” (SANTOS, 1996, p. 10).

avançando no combate a corrupção, bem como na consolidação da democracia (JOHNSTON, 2002, s.p).

A transparência do Estado se efetiva por meio do acesso do cidadão à informação governamental, o que torna mais democráticas as relações entre o Estado e a sociedade civil. Assim, tem-se como principal objetivo evidenciar e aprofundar o debate sobre os principais aspectos que envolvem o tema Estado e corrupção. Quanto aos objetivos específicos, tem-se o propósito de tornar mais perceptível que a corrupção no Brasil, além de ser um problema moral ou político, é também um problema social. Busca-se contribuir, também, ao aprofundamento do debate sobre as estratégias mais adequadas para a adoção de um programa de controle da corrupção no país (PEREIRA, 2005, p. 04).

Foi graças ao surgimento de alguns escândalos envolvendo o fenômeno corrupção no Brasil a partir dos anos 2000¹⁴ que iniciou-se um movimento buscando maior eficiência no combate à corrupção no país. Graças à evolução das mídias de difusão de informação, bem como nos mecanismos de controle e fiscalização dos atos administrativos, a corrupção cada vez mais tem sido evidenciada e sua enorme influencia nas relações sociais e institucionais, sejam elas públicas e/ou privadas, estão sendo publicizadas (LEAL, 2013, p. 14).

O princípio constitucional da publicidade dos atos da administração, por óbvio, não pode representar uma letra morta, muito menos ser autorizador da divulgação de políticas pessoais dos administradores (até porque feriria de morte ao princípio da impessoalidade). A publicidade a que alude o art. 37 da Carta Magna deve ser interpretada em consonância com os fundamentos do Estado Brasileiro (art. 1º, da Constituição), de modo a atender os princípios da democracia e do exercício da cidadania pelos administrados (GEBRAN NETO, 2007, s.p.).

Importante salientar que o atual estado da arte da Administração Pública brasileira está longe do conceito – normativo e teórico – de Boa Administração, pois em regra, esta opera em círculos de poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário) fechados, sendo estes, os únicos espaços legítimos utilizados de deliberação e de execução do interesse público (LEAL; FRIEDRICH, 2014).

Por esta razão, talvez uma democracia mais participativa e deliberativa venha a responder de forma mais legítima ao problema que está envolvendo o país, transformando a

¹⁴ Como por exemplo: “Escândalo da Quebra do Sítio do Pánel do Senado (envolvendo os presidentes do Senado, Antônio Carlos Magalhães e Jader Barbalho); Caso Celso Daniel, Caso Lunus (ou Caso Roseana Sarney), Operação Anaconda, Escândalo do Propinoduto, Escândalo dos Bingos (ou Caso Waldomiro Diniz), Caso Kroll, Escândalo dos Correios (também conhecido como Caso Maurício Marinho), Escândalo do Mensalão, Máfia do Lixo, Escândalo da Brasil Telecom, Escândalo das Sanguessugas (Inicialmente conhecida como Operação Sanguessuga e Escândalo das Ambulâncias), Operação Hurricane (também conhecida Operação Furacão), Operação Navalha, Caso Renan Calheiros ou Renagate, Caso Joaquim Roriz (ou Operação Aquarela), Escândalo do Corinthians (ou caso MSI), Caso de Fraudes em Exames da OAB, dentre outras” (LEAL, 2013, p. 133).

sociedade civil como legítima protagonista de enfrentamento ao fenômeno corruptivo. No entanto, como comenta Leal (2013), a história demonstra uma tendência do país a acomodar-se com o fenômeno corruptivo, haja vista ser considerado um elemento intrínseco da política e das instituições. Porém, salienta o autor, não devemos nos acomodar com esta hipótese, sendo necessária profundas mudanças – que não devem ser tratadas como passíveis de soluções mágicas, imediatas e midiáticas – nos hábitos e costumes – culturais, políticos e institucionais.¹⁵

4 O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEICOAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPATIVAS

O procedimento licitatório¹⁶ tem por guia as disposições da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e às disposições Constitucionais, sendo que é por estas orientações legais que todo o processo se desenvolverá. Dependendo da necessidade que motivou a abertura do processo de licitação, a Administração poderá se socorrer dos institutos previstos na Lei 8.666/93 – concorrência, tomada de preço, convite, concurso, leilão, consulta, pregão (eletrônico) – para alcançar sua pretensão. Uma vez enquadrada à necessidade em um destes institutos, estarão presentes nesta os procedimentos a serem adotados, as condições de participação dos interessados e os critérios de seleção da proposta mais vantajosa. Tais estipulações devem estar presentes na proposta de licitação – ato convocatório – em razão do princípio da vinculação ao edital e ao procedimento editalício, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

[...] 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculadas aos termos do edital (art. 37, XXI, da CF/1988 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/1993), *sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas*, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo,

¹⁵ Algumas iniciativas já estão vigentes na legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei Federal nº 8.987/95, que a participação dos usuários na execução da prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias; Lei Federal nº 9.427/96, que exige audiência pública para a tomada de decisões que afetem consumidores e mesmo agentes econômicos envolvidos, nas questões do setor elétrico; Lei Federal nº 9.472/97, que trata das Telecomunicações e que requer consulta pública para o debate dos regulamentos que gestão de tais serviços; Lei Federal nº 9.472/97, que exige audiência pública para quaisquer ações ou decisões que atinjam consumidores da Agência Nacional de Petróleo; Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que cria uma série de instrumentos e espaços de participação social (LEAL, 2013, p. 136).

¹⁶ Acerca do processo, procedimento, definições, princípios que o regem, dentre outros, ver os manuais de direito administrativo: DI PIETRO, 2011; MELLO, 2011; JUSTEN FILHO, 2005; MEIRELLES, 2005; dentre outros.

presumem-se validas até a realização de novo pleito (RMS-AgR 24.555/DF, 1.ªT., rel. Min. Eros Grau, j. 21.02.2006, DJ de 31.03.2003) (Grifo nosso).

O procedimento licitatório inicia-se em sua fase interna (denominada também de preparatória), que tem início com a instauração do processo administrativo de licitação, descrita no artigo 38 da Lei nº 8.666, com a descrição sucinta do objeto a ser licitado e do recurso próprio para a despesa. Nessa fase preparatória poucos são os casos onde o controle social é possibilitado, concomitantemente ao procedimento – através de audiências públicas, por exemplo¹⁷ – sendo que tal controle só será possibilitado através da análise jurídica – por parte da própria Administração – e através de instrumentos legais utilizados perante o Poder Judiciário, que na sua maioria são adotados posteriormente ao procedimento.

Por sua vez, na fase externa do procedimento licitatório o controle social poderá incidir havendo ilicitudes. Nesta fase, a primeira etapa é a divulgação e a publicação do ato convocatório – visando dar publicidade ao ato –, do qual cabe impugnação, se algum interessado – o próprio Estado, por seus representantes, algum licitante ou um terceiro - tiver alguma objeção ao disposto no edital.

Posteriormente, na segunda etapa, ocorre tão somente a entrega dos envelopes e o julgamento da habilitação, sendo que dentro do prazo do edital, deve ocorrer a entrega dos documentos para habilitação do procedimento, bem como sua proposta comercial. Uma vez que os documentos sejam examinados e estiverem de acordo, são considerados habilitados os licitantes que observaram às exigências descritas no edital.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

¹⁷ A Lei 8.666, em seu artigo 39 possibilita, obrigatoriamente, que o procedimento licitatório tenha início por meio de audiência pública somente nos casos onde a monta envolvida supere os R\$150.000.000,00 / pouco mais de 30 milhões de euros (na cotação de hoje, 18 de setembro de 2015). Conforme: “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”.

Na terceira etapa caberá a Administração Pública efetivar a publicidade da decisão que julgou a habilitação dos interessados, bem como a possibilidade de exaurimento dos recursos dos mesmos.

Inquérito – Publicidade. Norteia a Administração Pública – gênero – o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual. (HC 102.819, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-4-2011, Primeira Turma, *DJE* de 30-5-2011).

A quarta etapa é a etapa de julgamento e classificação das propostas dos licitantes habilitados, onde poderá ocorrer a desclassificação por inexequibilidade: “Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei” (Lei nº 8.666).¹⁸

Realizada esta etapa, a próxima é dar publicidade a decisão de julgamento e classificação das propostas, com o novamente exaurimento dos recursos desta etapa.

Na sexta e penúltima etapa, caberá dar efetividade às providências complementares descritas no artigo 49, a saber:

A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Aa autoridade superior poderá anular (total ou parcial) o certame por ilegalidade no procedimento. Revogar, se não houver atos nulos, mas se entender que é inconveniente o resultado, bem como homologar a decisão do certame;

[...] a homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização (Acórdão 4.791/2013, 2.ª C., rel. Min. Ana Arraes).

¹⁸ Art. 45. “O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

O que se entende é que a autoridade competente deve examinar todos os atos praticados durante o procedimento licitatório e verificar sua conformidade, primeiramente com a lei, e posteriormente com o edital, não cabendo qualquer tipo de juízo discricionário, somente observância do princípio da legalidade.

50. Há que ser lembrado que o procedimento em questão encontra-se na fase de homologação, em que a autoridade competente ao receber o processo da comissão de licitação deve examinar todos os atos praticados para verificar a conformidade com a lei e o edital. A esta autoridade não é atribuída discricionariedade, pois somente lhe resta juízo de legalidade. Contudo, diante de vício apurado, a autoridade deve anular os procedimentos do processo de licitação.

[...]

51. Nessa fase do procedimento, a única margem de discricionariedade possível é quando analisa a presença da oportunidade e da conveniência de celebrar o contrato, que irá nascer com a homologação, pois situações supervenientes à abertura da licitação podem modificar o juízo inicial da conveniência e da oportunidade do certame licitatório.

52. Segundo, ainda, a moderna doutrina, nessa fase do procedimento, ou seja, com a escolha da empresa vencedora que apresentou proposta mais vantajosa, é possível ao órgão ou entidade licitante “negociar” com a empresa vencedora do certame, no sentido de buscar maior vantagem para a administração. Entretanto, essa mesma doutrina defende que a busca de maior vantajosidade não deve ferir princípios inerentes à licitação (Acórdão 592/2009, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Realizada esta etapa, na sétima e última etapa do procedimento licitatório, caberá à Administração Pública, a adjudicação do objeto licitado ao vencedor.¹⁹

O procedimento licitatório tem seu fim com a adjudicação do objeto licitado.

O que se percebe na licitação é que a mesma visa dar uma maior publicidade/transparência dos atos do procedimento, visando dar, diretamente, uma maior credibilidade ao processo e, indiretamente, propiciando uma maior fiscalização, por parte de quem o interessar. Uma vez que seja detectado algum erro ou irregularidade no ato, sanáveis ou insanáveis, aquele que o detectou poderá se utilizar os mecanismos legais disponíveis – por exemplo, ação popular, ação civil pública, dentre outros – para levar ao conhecimento da Administração Pública ou do regente republicano das liberdades positivas essa questão, visando a perfectibilização do ato impugnado e auxiliando nos próximos contratos, pois “[...] a jurisprudência do STF assentou ser possível o controle de legalidade dos atos

¹⁹ “1. O procedimento licitatório encerra-se com a homologação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame.

2. A contratação não é negócio jurídico que compõe os atos procedimentais da licitação, embora deles seja decorrente” (REsp 579.043/PR, 2.^a T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.08.2014, Dj de 27.09.2003).

administrativos pelo Poder Judiciário (AI 796.832-AgR, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 23-2-2011)”²⁰

Com tal amplitude de possibilidades de participação cidadã na gestão do seu cotidiano, inclusive em termos de controle dos atos da Administração Pública, somadas às facilidades processuais que se oportunizam na espécie (dentre outros institutos), não se pode mais falar em ausência de instrumentos e mecanismos jurídicoprocessuais que viabilizem a luta contra a corrupção (LEAL, 2013, p. 148).

Isso porque,

Art. 4º - Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, *podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento*, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (Lei nº 8.666) (Grifo nosso).²¹

Assim, acerca do controle nos atos da Administração Pública, três são as formas – que abordaremos sucintamente –, nos quais poderá ocorrer controle: através de um controle político, administrativo ou judicial.

O poder político é aquela prerrogativa fiscalizatória que é conferido à Casa Legislativa para analisar aspectos de legalidade dos demais poderes – atribuídos restritivamente pela Constituição Federal. Através desse poder e com o auxílio do Tribunal de Contas, a Casa pode – através do controle parlamentar – realizar a fiscalização de atos sob o aspecto político e financeiro, e com o auxílio do Judiciário, até mesmo a discricionariedade desses atos.

Já o controle administrativo é aquele poder de revogação da licitação pela autoridade competente para a aprovação do procedimento quando houver um fato superveniente devidamente comprovado que atente ao interesse público - poder-dever de autotutela (artigo 49 da Lei 8.666).²²

²⁰ Sobre o assunto, ver também: RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, *DJ* de 1-7-2005.

²¹ Comenta Leal (2013, p. 147) que “Por tais razões é que se tem afirmado que para além de instrumento processual, a Ação Popular consubstancia verdadeiro direito material fundamental de participação política, fundada que está também nos princípios informadores do regime democrático da República brasileira, notadamente no que diz com a *fonte primária do poder político (art.1o, paragrafo único, da Constituição)*, dos quais defluiu a idéia de que vivemos num Estado Democrático de Direito, onde ao cidadão cabe o poder fiscalizador da gestão dos negócios públicos e coletivos”.

²² Menciona o referido artigo: “A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmula 473 do STF).²³

Aliado a este controle está a possibilidade do cidadão exercer seu direito público subjetivo de fiscalizar os atos da Administração Pública. O mesmo poderá fazê-lo mediante pedido administrativo perante a Administração Pública, que fará uma análise do ato administrativo e emanará resultado acerca da possibilidade ou não da revogação do ato por conveniência ou oportunidade, e/ou por ilegalidade ou ilegitimidade.

Assim, mesmo com o fim do procedimento licitatório, com a consequente adjudicação do bem licitado, pode, qualquer interessado - O Tribunal de Contas, o Ministério Público, a Administração Pública, o Poder Legislativo e os cidadãos -, propor a revisão - perante a própria Administração Pública ou perante o Poder Judiciário - do ato licitatório em decorrência de ilegalidade no procedimento que viole o interesse público decorrente de um fato pré-existente, concomitante ou superveniente que deverá ser devidamente comprovado.

É preciso ter-se em conta que a própria cidadania não mais se presta à condição de expectadora, pois exaurida diante de tantos desmandos e silêncios frente às demandas que se avolumam, deixando pouca margem de escolha à satisfação lícita dos problemas causados, quiçá fomentando comportamentos de autopreservação e autotutela que beiram mesmo a cenários e instâncias de ilicitude (LEAL; FRIEDRICH, 2014, p. 478).

A facilitação do acesso à informação pública possibilita, além de que qualquer interessado apresente pedido de informação aos órgãos públicos - independente dos motivos -, a fiscalização dos atos praticados, bem como na falta desta publicização, a exigência de tal transparência, haja vista o ato ser praticado em nome do Estado enquanto gestor da máquina pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da transparência e acesso à informação dos atos da Administração Pública surge como condição fundamental para a consolidação da democracia e no combate a este fenômeno chamado corrupção. Enquanto protagonista legítima de controle e fiscalização dos atos administrativos, a participação social neste tema é de suma importância, haja vista os benefícios que esta participação poderá gerar para a democracia.

²³ Ver também a Súmula 346 do STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Talvez uma democracia mais participativa e deliberativa responda de forma mais legítima a este fenômeno, pois é esta mesma sociedade civil que possui legitimidade social para a criação de anticorpos eficientes para o combate às patologias corruptivas. Com o advento do Estado Democrático de Direito a sociedade civil ganha papel de protagonista central, pois além da efetiva descentralização do poder e da criação de mecanismos institucionais e legais de participação da população na Administração Pública, a real participação torna-se imprescindível para a legitimação do poder.

Dentro do conceito de boa administração da máquina pública, a transparência e o acesso à informação criam oportunidades no combate à corrupção, criando condições de acesso aos informes públicos por parte da sociedade civil, propiciando um maior monitoramento de todas as ações públicas, com o conseqüente exercício da responsabilidade por parte da sociedade das ações adotadas em seu nome.

Por esta razão, cabe a sociedade civil assumir seu papel como protagonista legítimo no combate aos atos corruptivos, cabendo ao Estado, cada vez mais, criar condições de acesso aos informes por parte da sociedade civil, bem como instituições e mecanismos de facilitação de participação e controle social dos atos da Administração Pública. No processo e no procedimento licitatório, esta participação gerará maior fiscalização, auxiliando no aperfeiçoamento e na conseqüente perfectibilização do ato administrativo, bem como no combate às patologias corruptivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. *A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho*. Brasília: ENAP, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral Da União. *Metodologia de Mapeamento dos Riscos de Corrupção*. Disponível em: http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc_corrupcao/cor_04.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, 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/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 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/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.
- CARRARO, André; HILLBRECHT, Ronald O. *Modelos Microeconômicos de Corrupção Burocrática e seus Determinantes Econômicos*. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/D36.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo; Atlas, 2011.
- FILGUEIRAS, Fernando. *A Corrupção na Política: Perspectivas Teóricas e Metodológicas*. Cadernos Cedes - IUPER, v. 5, 2006.
- GEBRAN NETO, João Pedro. A transparência Pública. In: *Revista Online Administração da Justiça*. Instituto brasileiro de administração do Sistema Judiciário, 2007. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=37>>. Acesso em: 02 set. 2020.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- JOHNSTON, M. Agentes públicos, interesses particulares e democracia sustentável: Quando política e corrupção se unem. In: ELLIOT, K. A. (Org.). *A corrupção e a economia mundial*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações públicas*. 11 ed. São Paulo. Dialética, 2005.
- _____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. In: *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. – ano 14, n. 55, (jan./mar.2014), p. 87-107– Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2013.
- _____; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. *Dimensões pragmáticas da Boa Administração Pública: algumas matrizes reflexivas*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=162c8a1cc0a8f18f>>. Acesso em: 02 set. 2020.
- _____; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. Fundamentos Interlocutivos da Boa Administração Pública: algumas matrizes reflexivas. In: CONPEDI/UFSC. *Direito e administração pública II*. Coordenadores: Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Gisela Maria Bester, Luiz Henrique Cademartori. Florianópolis: 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31 ed. São Paulo; Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo. Malheiros, 2006.
- PEREIRA, José Matias. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. In: *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-17, abril/junho 2005.
- ROSE-ACKERMAN, S. C. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, K. A. (Org.). *A corrupção e a economia mundial*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.
- SANTOS, Maria Helena de Castro. *Governabilidade, governança e capacidade governativa: algumas notas*. Brasília: MARE/ENAP, 1996.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 579.043/PR, Rel. Ministro JOAO OTAVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10.08.2004, DJ 27.09.2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS-AgR, 24.555/DF, 1.ªT., rel. Min. Eros Grau, j. 21.02.2006, DJ de 31.03.2003.

_____. *AI 796.832-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, DJE de 23-2-2011.*

_____. *HC 102.819, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-4-2011, Primeira Turma, DJE de 30-5-2011.*

_____. *RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 1-7-2005.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 346. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. *Súmula 473. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 02 set. 2020.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n. 592/2009, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz.

_____. *Acórdão n. 4.791/2013. TC 026.876/2010-8. Relatora: Min. Ana Arraes.*