



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-
CURSO DE DIREITO

MARCELA FRANCIS GONÇALVES FARINHA

**A CORRUPÇÃO FACILITADA PELA ATUAL LEGISLAÇÃO DE
LICITAÇÕES E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS HUMANOS
ATINENTES À SAÚDE PÚBLICA**

BRASÍLIA
UniCEUB
2017

MARCELA FRANCIS GONÇALVES FARINHA

**A CORRUPÇÃO FACILITADA PELA ATUAL LEGISLAÇÃO DE
LICITAÇÕES E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS HUMANOS
ATINENTES À SAÚDE PÚBLICA**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília–
UniCEUB.

Orientador: Prof. Ivan Cláudio
Pereira Borges

MARCELA FRANCIS GONÇALVES FARINHA

**A CORRUPÇÃO FACILITADA PELA ATUAL LEGISLAÇÃO DE
LICITAÇÕES E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS HUMANOS
ATINENTES À SAÚDE PÚBLICA**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília–
UniCEUB.

Brasília, ____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Ivan Cláudio Pereira Borges

Prof. José Pedro Brito da Costa

Profa. Mariana Barbosa Cirne

RESUMO

O objetivo desta investigação é analisar se a atual lei de licitações, n. 8.666/1993, facilita a ocorrência de corrupção, em especial na saúde pública. Como hipóteses de solução buscou-se demonstrar, num primeiro plano, como a corrupção na saúde pública penetra pela ineficiência da administração pública, como espaço fomentador da prática corruptora a arrastar também as lacunas normativas. No mesmo sentido, pela identificação destas lacunas ou fragilidades da lei, buscou-se demonstrar as brechas normativas para este tipo de corrupção. Por fim, buscou-se demonstrar pelos regimes diferenciados de contratação a necessidade de correção da referida lei. Justifica-se esta pesquisa em face da atual discussão doutrinária a respeito da atividade parlamentar no sentido de sua alteração para coibir a corrupção. O método utilizado foi o bibliográfico, com a utilização também de dados estatísticos consolidados. A conclusão é que se torna urgente uma nova Lei de Licitações para que haja significativa diminuição da corrupção em certames administrativos do serviço público, sobretudo o de saúde.

Palavras-Chave: Corrupção; Ineficiência Estatal; Lei de Licitações; Saúde Pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1: A CORRUPÇÃO COMO FATOR DE INIBIÇÃO AO GOZO DE DIREITOS.....	10
1.1 A INEFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS COMO ESPAÇO PARA A CORRUPÇÃO	16
1.2 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CORRUPÇÃO NA GOVERNABILIDADE	22
CAPÍTULO 2: O PARADOXO DA LEGISLAÇÃO: A CORRUPÇÃO LEGALIZADA	26
2.1 FRAGILIDADES DA LEGISLAÇÃO, IRREGULARIDADES E IMPROBRIDADE ADMINISTRATIVA	28
2.2 DAS FRAUDES LICITATÓRIAS NA SAÚDE PÚBLICA	38
2.3 ALTERAÇÕES EM PONTOS SENSÍVEIS DA LEI 8.666 COMO SUSPEITA DE SUA FRAGILIDADE	42
CAPÍTULO 3: O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DESESTIMULADOR AO COMETIMENTO DE CORRUPÇÃO	48
3.1 DOS ASPECTOS POLÊMICOS DO RDC	52
3.2 O RDC COMO NORMA ANTIBUROCRATIZANTE	67
3.3 A CONDENAÇÃO DE OBRAS REALIZADAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.....	69
3.4 O PL 559/13 COMO ATUALIZADOR DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES	70
CONCLUSÃO.....	73

INTRODUÇÃO

A relação entre eficiência na administração de recursos públicos e corrupção parece ser estreita. E mais, esta relação pode ter a lei como um de seus fatores de indução, que é o que se tentará demonstrar nesta dissertação. Percebeu-se na análise das dificuldades do Estado garantir os direitos humanos fundamentais, sobretudo aqueles relacionados à saúde pública, que um dos fatores fomentadores da corrupção nesta área tão sensível da governança, ou seja, a própria legislação, que deveria facilitar a aquisição de bens duráveis e não duráveis e de serviços para a saúde pública, servia como foco de surgimento de corrupção, a prejudicar a preservação de direitos.

A Administração Pública exerce um papel fundamental para preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Dela depende a concretização de direitos sociais fundamentais. Nesse sentido, a concretização de tais direitos é incompatível com uma administração desonesta e negligente.

Foi o fato de o homem reconhecer a sua humanidade, no que tange à sua capacidade de pensar, sentir, fazer e dialogar, que gerou o início pela busca por direitos, nas mais diferentes formas e contextos¹.

O surgimento dos direitos sociais² se deu por ocasião da Revolução Industrial no séc. XIX e do desenvolvimento do capitalismo na Europa na mesma época, e se referem, sobretudo, às condições de trabalho da classe proletária em oposição ao desenvolvimento econômico. Nesse contexto, importante papel cumpriu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) ao estabelecer direitos trabalhistas supranacionais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³ (1789) também apontou para importantes avanços sociais ao garantir a igualdade de direitos a todos os cidadãos e permitir a participação da população na política, servindo de inspiração para a formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>

² ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhador*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25>

³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Artigo 2º**: O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Mas foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ que essa categoria de direitos foi realmente consolidada.

Para Bonavides⁵, os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade” e são os que mais se aproximam do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pois visam a reduzir as desigualdades entre as pessoas, proporcionando aos indivíduos melhores condições de vida.

Essa pesquisa, dentro dos direitos sociais, terá por ênfase o tema da saúde, pelo fato de o direito à saúde ser um direito social diretamente ligado à dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde foi reconhecido como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, presente em diversos artigos da nossa atual Constituição⁶, bem como resguardado pelo próprio preâmbulo, que

embora não seja um elemento obrigatório ou mesmo necessário para que o texto constitucional produza seus efeitos, é comum que as constituições sejam acompanhadas de um preâmbulo, até por se tratar de uma oportunidade privilegiada para o constituinte originário, na qual pode apresentar uma síntese da reflexão acerca do Direito e da sociedade que pautou os trabalhos desenvolvidos e culminou na Constituição que terá

⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Artigo II:** 1- **Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.** 2- Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outrelimitação de soberania. **Artigo XXII:** **Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização** pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos **direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade** e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. **Artigo XXV:** 1- **Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e à sua família, saúde e bem-estar,** inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2- A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 808

⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Art. 6º:** São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. **Art. 24:** Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e **defesa da saúde;** (...) **Art. 30:** Compete aos Municípios: **VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. Art. 194:** A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, **destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde,** à previdência e à assistência social. (...) **Art. 196:** **A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

vigência a partir de então. Conterá este documento, em regra, as principais motivações, intenções, valores e fins que inspiram os constituintes⁷.

Portanto, deve-se pensar o direito à saúde como eixo central ao direito à vida, pois não se pode pensar em vida sem saúde, e por isso o seu caráter de essencialidade, e a necessidade de assegurá-lo como direito fundamental no texto constitucional, garantindo-o de maneira igualitária e universal a todos que deste direito necessitem.

Com a administração pública infestada e infectada com práticas desonestas, o acesso dos cidadãos a serviços considerados essenciais é inviabilizado, vez que os efeitos da malversação de fundos públicos transcendem os limites da eficácia da prestação do serviço administrativo e comprometem a vida e a saúde, especialmente dos grupos mais vulneráveis da sociedade.

No Brasil, os casos de corrupção no sistema de saúde geram bilhões de reais em prejuízos, diminuindo a eficiência dos dispêndios públicos e causando a má qualidade de vida da população. De acordo com dados do IPEA⁸ (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), o custo da corrupção constitui uma parcela de cerca de 40% do orçamento público da saúde. Ainda no mesmo relatório, o orçamento do SUS em 2007 foi de aproximadamente R\$ 41,3 bilhões. Com este montante o SUS mantinha 367,4 mil leitos de internação. Se o montante médio anual gasto com a corrupção no Brasil fosse aplicado à saúde, seria possível manter mais 327 mil leitos, chegando a um total de quase 700 mil leitos de internação.

A corrupção na esfera Pública, muitas vezes, parece ser fruto de fraudes licitatórias, permitidas justamente pela própria Lei geral que rege o processo de aquisição e venda de produtos e serviços realizado pela Administração Pública. Esse aparente paradoxo vêm recebendo muitas críticas de doutrinadores e políticos citados ao longo da pesquisa com o intuito de que se elaborem novas normas que visam à inibição de tais práticas, como se abordará mais adiante.

Assim, a estrutura do trabalho divide-se da seguinte forma: O primeiro capítulo trata de demonstrar as consequências causadas pela corrupção ao direito à saúde pública; no capítulo 2, o objetivo é apresentar que a atual legislação que rege a celebração de contratações públicas possibilita a corrupção, tanto por meio de fraudes,

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil. 1ª edição*. Saraiva, 2013. pag. 105

⁸ TD 1295 - Custo da violência para o Sistema Público de Saúde no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4854>

quanto pela improbidade administrativa; e no último capítulo, o terceiro, analisar-se-á se a proposta de um novo regime, substituidor da Lei 8.666/93, está sendo eficaz para coibir tais práticas corruptivas.

Por se tratar de um assunto tão presente no cotidiano, e dada a sua abstração e abrangência, ante a dificuldade de se estabelecer limites para o estudo, na medida em que cada tópico parece abrir outro leque de possibilidades, tem-se que não se pretende esgotar o tema.

O método utilizado foi o bibliográfico, com a utilização também de dados estatísticos consolidados.

Pretende-se concluir que se torna urgente uma nova Lei de Licitações, para que haja significativa diminuição da corrupção em certames administrativos do serviço público, sobretudo o de saúde.

Para pesquisas futuras, sugere-se uma melhor construção de bases de dados sobre a corrupção e seus efeitos, bem como sobre a eficiência do RDC em inibi-la, pois, por se tratar de um instrumento de emprego recente, ainda não há posicionamento formado sobre o tema.

CAPÍTULO 1

A CORRUPÇÃO COMO FATOR DE INIBIÇÃO AO GOZO DE DIREITOS

Neste primeiro capítulo a intenção é demonstrar como a prática da corrupção provoca prejuízos de forma variada e, principalmente, para o usufruto de direitos constitucionais como o da saúde no Brasil. Para tanto, num primeiro momento, tentou-se desmistificar a corrupção como fenômeno contemporâneo e, sim, como prática inerente às relações sociais e de poder. Em seguida, procurou-se demonstrar, por meio de gráficos gerados pela própria Administração Pública e outras fontes, o descompasso entre a destinação de recursos para a saúde, por causa da ineficiência estatal provocada pela corrupção, e o crescimento do número de usuários do SUS. No item seguinte, o esforço foi no sentido de demonstrar os efeitos negativos do não repasse eficiente de recursos públicos à concretização do direito à saúde.

A corrupção não é fenômeno criado na sociedade moderna, tão pouco, expediente criado no Brasil, eis que sua prática remonta a épocas passadas da história, existindo desde a organização da polis na Grécia Antiga até os tempos atuais, o que pode ser confirmado pela literatura a respeito desse assunto. Segundo Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior⁹, a corrupção pública configura fenômeno que, inclusive, já encontrava previsão na Lei das XII Tábuas, lei que punia severamente condutas desonestas dos juízes, aplicando àqueles que recebiam pecúnia a pena capital, destacando que a severidade da punição era comum entre os povos da antiguidade.

Padre Antônio Vieira¹⁰, em observação que continua atual, já asseverava:

Não são só os ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os reis encomendam os exercícios e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos: os

⁹ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 98. Destacam os citados autores que “Entre os povos da Antiguidade a severidade não era menor. A lei mosaica punia o juiz corrupto com a flagelação, e a grega, com a morte. Heródoto recorda que Cambises mandou esfolar vivo um juiz corrupto, utilizando sua própria pele para recobrir a cadeira que iria ser ocupada por seu sucessor. Recordam, ainda, os historiadores que Dario fez pregar numa cruz um juiz julgado corrupto”. No mesmo sentido, destacando que a corrupção remonta aos tempos bíblicos: RIBEIRO, Antonio Silva Magalhães. *Corrupção e Controle na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21.

¹⁰VIEIRA, Antonio. *In Sermões – Sermão do bom Ladrão*. Ob. Completa, Lello & Irmão Editores, vol. V, p. 69.

outros furtam debaixo do seu risco, estes sem temor, nem perigo: os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam.

Para Zinini¹¹, o registro mais primitivo de legislação para combate à corrupção, tratando-a como suborno, se deu no antigo Egito, em 1300 a.C., pelo Decreto de Horemheb. O decreto previa, para os juízes que aceitassem suborno, a punição com a morte.

O Império Romano registra diversos exemplos de corrupção¹², não somente no governo, mas na própria conduta da população.

Com a criação do Estado¹³, a corrupção invadiu a esfera administrativa, lato sensu, por meio de atos dos agentes públicos e políticos (ajuntados ou não com outras pessoas físicas ou jurídicas) contrários ao interesse comum da sociedade e ao que legalmente foi estabelecido. Tais atos são cometidos para buscarem vantagens pessoais e/ou alheias, apartando-se do ideal do bem público ou da moral convencionada. É um problema movido pela ambição ou manutenção de poder, egoísmo e busca de felicidade ou manutenção de facilidades.

Observa-se que, no Brasil, as práticas corruptas remontam ao período colonial. Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁴, o explorador tinha um único objetivo: auferir riqueza a qualquer custo, subjugando a colônia que só tinha utilidade para satisfazer os interesses da classe que ascendeu ao poder. Desde então, os padrões sociais desvirtuados estiveram ligados à forma de colonização e se tornaram uma cultura arraigada em nosso país.

O Fundo Monetário Internacional¹⁵ (FMI) considera que o impacto da corrupção sobre a capacidade do Estado de realizar suas funções aumenta à medida que ela se torna sistêmica e mais aguda. Em situações de corrupção sistêmica, “a capacidade do

¹¹ ZANINI, Juliano Cesar. *Corrupção administrativa e mecanismos de controle externo: discussão doutrinária principiológica*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, SC, 2014. Acessado em 17/08/2017.

¹² CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. *A corrupção no Brasil*. Em tal obra, cita, como exemplo, o caso ocorrido em 74 a.C., com um sujeito chamado Statius Albinus Oppianicus que “comprou” dez jurados num processo em que era acusado de assassinar seu enteado por questões de herança, identificando-se aí a presença do que se chama hoje de suborno. Comenta Priscila Gorzoni que no Império Romano existia até uma tabela paralela de corrupção, feita pelo próprio Senado para burlar as leis.

¹³ ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da Globalização*. Curitiba: Juruá Editora. 2008. p. 39.

¹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

¹⁵ 44 FMI, F. M. (2016), Traduzido de. *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*. Washington: FMI. Versão original: The impact of corruption on the ability of the state to carry out its functions increases as it becomes more systemic and acute. (...)the state’s ability to carry out its basic functions—such as raising revenue, supplying public goods and services

Estado de desempenhar as suas funções básicas, regulamentar mercados e atuar como agente distributivo, pode ser prejudicada a ponto de promover impacto significativo sobre o desempenho econômico, como aumentar a receita e ofertar bens e serviços.

Com efeito, enquanto a corrupção se agrava cada vez mais, no Brasil e no mundo, segundo Relatório de Desenvolvimento Humano¹⁶ de 2001 das Nações Unidas, 22% da população (mais de 35 milhões de pessoas) vive abaixo da linha de pobreza (US\$ 2/dia); praticamente 50% da população urbana nacional está lançada à periferia das capitais; o índice de analfabetismo atinge 20%; falta água em 7 dentre 30 dias no mês; apenas 30% das casas são atendidas por sistemas de esgotos, e a água encanada decorre de ligações clandestinas, não se vislumbrando melhores perspectivas para os anos seguintes.

Percebe-se, pelo sucinto aparato histórico e registros bibliográficos de épocas distintas, que a corrupção sempre existiu. E, com a solidificação da democracia e formulação do Estado, seus prejuízos à ordem social mostraram-se mais relevantes. Por isso se faz tão discutida e mencionada nos dias atuais.

Visto isso, tem-se que a corrupção¹⁷ é um termo que inclui uma diversidade enorme de atos. Tal fenômeno pode ser observado numa gradação quase infinita. Vai de pequenos desvios de comportamento à total impunidade do crime organizado, por parte das várias áreas e níveis governamentais.

Para essa pesquisa, se faz importante a delimitação acerca do tipo de corrupção a ser analisada. Duas definições são muito relevantes, a definição centrada no interesse público e a definição centrada na lei e em outras regulamentações.

A primeira linha de conceituação se baseia em fundamentos estritamente ético-morais. Assenta-se sobre juízo de bem que implica juízo de finalidade: algo é bom na medida em que foi feito ou instituído para tal fim e realiza de fato este fim. Órgãos e funcionários públicos são bons na medida em que cumprem com sua missão e suas funções.

Já o termo corrupção, previsto no Código Penal (artigos 313 a 374-A), geralmente é utilizado para designar o mau uso da função pública com o objetivo de obter uma vantagem. A Lei de Improbidade Administrativa, a Lei 8.429/92, também elucida os conceitos do crime de corrupção, bem como os de Administração Pública e

¹⁶ SECCO, Alexandre e SQUEFF, Larissa. *A Explosão da periferia*. publicada na Revista VEJA, a. 34, n. 3, ed. 1684, de 24/01/01, São Paulo, Abril, p. 86-93.

¹⁷ BREI, Zani Andrade. *Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso*. Artigo recebido em jul.1.1994 e aceito em ago.1995. RIO DE JANEIRO 30 (1) 64-77. JAN./FEV. 1996.

dos delitos contra ela impostos, previstos no Código Penal e define improbidade, classificando-a em três espécies: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII); atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10, I a XIII); e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11, I a VII).

Partir do conceito legal sobre corrupção demonstra que a lei pode sim ser uma ferramenta hábil a favorecer a sua ocorrência, como se verá ao longo da pesquisa.

Hoje, a Constituição Federal¹⁸ prevê a existência de direitos fundamentais e especifica seu conteúdo e forma de prestação. Em que pese a garantia constitucional, é cada vez mais frequente o reclamo da sociedade por destinação mais eficiente de recursos públicos para garantia de direitos sociais, em particular para a saúde, frente à incapacidade do estado de atender às necessidades básicas da população.

Segundo Johnston¹⁹, uma das dificuldades de se medir os efeitos da corrupção reside no fato de que eles devem ser “aferidos não com base em resultados políticos e econômicos ideais, mas naquilo que teria acontecido se não tivesse havido corrupção”.

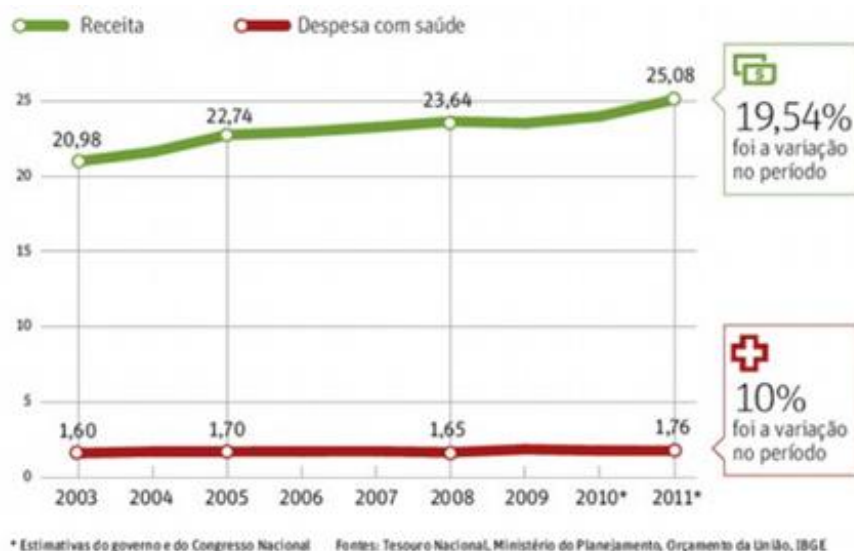
Nesse sentido, o Gráfico I mostra que apesar de a receita da União ter crescido nos anos de 2003 a 2011, a destinação de recursos para a área da saúde não acompanhou esse crescimento, não atendendo as reais necessidades da população²⁰.

Gráfico I- A evolução da receita e do gasto federal com saúde (em % do PIB)

¹⁸ CF: Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁹ Johnston, M. Agentes Públicos, Interesses Particulares e Democracia Sustentável: quando Política e Corrupção se Unem. In: K. A. (Organizadora), *A Corrupção e a Economia Global*. Brasília: Editora UnB. 2002. p. 104.

²⁰ GESTÃO EM FOCO: *Gastos Públicos crescem no governo. A saúde ainda é um dos setores menos beneficiados*. Disponível em: < <http://gestaoemfocoudf.blogspot.com.br/2011/05/gastos-publicos-crescem-no-governo.html>>



Esse quadro implicaria em considerar que se o que se produz no país fosse bem aplicado, dever-se-ia ter um dos melhores sistemas de prestações de serviços públicos do mundo, ou seja, o acesso básico a saúde deveria ser garantido à população.

Ademais, a restrição orçamentária analisada no período de 2013 a 2015 (vide Gráfico II) em contraponto ao crescimento de usuários do sistema nacional de saúde pública (vide Gráfico III) evidencia a inibição desse acesso. O fato é que menos recursos foram destinados à saúde pública, em razão do percentual de destinação a ela ter caído de 4,3% do PIB para apenas 3,5%, enquanto que o número de usuários passou de 42% para 52% da população (vide Gráfico III). Assim, o fato de não se ter recursos adequados que possibilitem o acesso da população à saúde, faz com que esse direito seja desrespeitado.

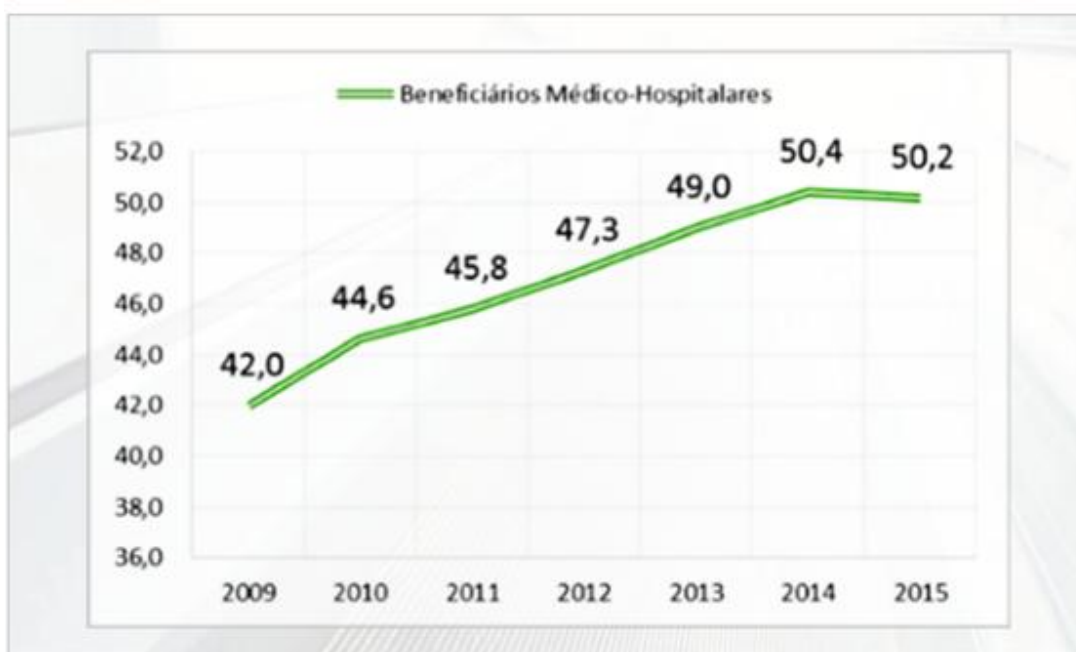
Ademais, o repasse insuficiente, e com atrasos, de recursos para a saúde²¹ culmina em fechamento de unidades de saúde, restrição ao atendimento em hospitais de referência, salários atrasados de funcionários públicos e, desabastecimento de medicamentos e materiais médico-hospitalares.

Gráfico II – Orçamento Geral da União 2013-2015 (Destinação de recursos em percentual do PIB)

²¹ Folha de São Paulo - Falta de recursos na saúde fecha serviços e ameaça programas. Publicado em Agosto de 2017. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1770643-falta-de-recursos-na-saude-fecha-servicos-e-ameaca-programas.shtml>>. Acesso em 12/08/2017>
CORREIO BRASILIENSE. Dossiê sobre abandono do SUS aponta redução de leitos e falta de remédios. Publicado em Julho de 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/07/25/internas_polbraeco,612181/como-e-o-atendimento-medico-no-sus.shtml>



Gráfico III – Número de beneficiários médico-hospitalares entre setembro de 2009 a setembro de 2015 em % da população



Fonte: ANS

Percebe-se também que, ainda que o legislador tenha se preocupado com o estabelecimento de percentuais mínimos de recursos a serem destinados pelo Estado anualmente em ações e serviços públicos de saúde, o que o fez por meio da Emenda Constitucional nº 29²² de 2000, regulamentada pela Lei Complementar 141/2012, há a obstrução da concretização do acesso social à saúde, vez que esses percentuais mínimos de repasse não foram atendidos nos anos contemplados.

²² A Emenda Constitucional 29/00 estabelece que o governo federal mantenha seus gastos em ações de saúde crescendo à mesma taxa do PIB e define mínimos de aplicação em saúde pelos governos estaduais e municipais, especificando com mais clareza as despesas passíveis de serem contabilizadas como ações de saúde e objetivando eliminar brechas utilizadas pelos estados e municípios para cumprir estes mínimos, como a inclusão de gastos de aposentadorias ou obras de saneamento básico.

Diante desses dados, é possível entender que os direitos têm custos, mesmo que indiretos, e a escassez de recursos suficientes para concretizá-los é uma triste realidade. “A saúde não tem preço, mas tem custo”. A questão é saber se efetivamente essa falta de recursos advém de ausência fática, se é resultado de escolhas, ou, ainda, se advém da má gestão dos recursos públicos, incluindo-se aqui a presença de atos de corrupção.

1.1 A INEFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS COMO ESPAÇO PARA A CORRUPÇÃO

Leal²³, comparando a corrupção com a ineficiência estatal decorrente de desvios de recursos públicos, menciona que as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos da corrupção, quando ela se encontra dispersa em todo o corpo político e quando é tolerada pela comunidade, pois as estruturas dos poderes instituídos preferem se ocupar com os temas que lhes rendem vantagens, a temas de interesse público vital. O autor exemplifica que:

[...] hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programa sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

Ribeiro²⁴ avaliou o desempenho dos gastos públicos do Brasil com relação a países da América Latina no período de 1998 a 2002. A partir de suas pesquisas, baseadas na mensuração do desempenho e da eficiência relativa da despesa pública por meio da análise com base nos serviços ofertados ou nos resultados atingidos, concluiu que o Brasil possui uma alta carga tributária, maior que nos demais países vizinhos, mas um investimento pessimamente avaliado. Por este ponto de vista é possível dizer,

²³ LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013, p.33.

²⁴ RIBEIRO, Márcio Bruno. *Eficiência do gasto público na América Latina: uma análise comparativa a partir do modelo semi-paramétrico com estimativa em dois estágios*. CEPAL - Serie Gestión Pública N° 67. Nações Unidas, abril de 2008.

inicialmente, que a Administração Pública é ineficiente. Mas se buscarem-se maiores esclarecimentos sobre este fato, certamente encontrar-se-ia a corrupção como um dos principais fatores causadores dessa ineficiência.

Tabela I- Carga tributária e gastos públicos: total e principais componentes – média no período 1998-2002 (Valores em % do PIB)

Países	Carga Tributária	Total de gastos	Gasto com pessoal	Gastos com previdência	Gastos com juros	Gastos com investimentos
Argentina	20,9	21,1	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
Bolívia	15,2	26,3	9,5	4,1	1,8	7,4
Brasil	32,7	37,5	13,5	6,0	6,8	1,9
Chile	19,3	24,1	5,9	5,5	1,2	2,9
Costa Rica	19,1	23,5	8,4	-	3,8	1,4
Uruguai	26	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.

Fontes: elaboração de Ribeiro.

1. Carga tributária – Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (Ilpes)/Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) (Estatísticas de Finanças Públicas).

2. Gastos (total e componentes) – Argentina: OCDE (Moodys); Brasil: Secretaria do Tesouro Nacional (STN) (Resultado Nominal do Governo Geral); e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): Sistema de Contas Nacionais 2000; demais países: Ilpes/Cepal) (Estatísticas de Finanças Públicas).

n.d. = não-disponível.

Tabela II- Gasto do governo geral nos países da amostra: total, consumo final, educação e saúde – média no período 1998-2002 (Em % do PIB)

Países	Total	Consumo Final	Educação	Saúde
Argentina	21,06	13,28	4,60	4,85
Bolívia	26,29	15,04	5,98	3,67
Brasil	37,54	19,33	4,38	3,30
Chile	24,14	12,35	4,13	2,83
Colômbia	-	21,52	4,68	6,47
Costa Rica	23,54	13,58	5,10	5,10
Equador	-	11,14	2,30	1,67
El Salvador	-	10,15	3,14	3,48
Guatemala	-	6,73	2,53	2,11
Honduras	-	12,34	5,36	3,35
México	18,64	11,29	5,05	2,63
Nicaragua	25,15	11,13	3,85	3,62
Paraguai	-	11,99	4,70	3,06
Peru	20,38	10,51	3,20	2,39
República Dominicana	-	7,92	2,92	2,14
Uruguai	-	13,06	3,37	3,62
Venezuela	-	13,10	4,92	2,84
Média	24,59	12,62	4,13	3,36
Máximo	37,54	21,52	5,98	6,47
Mínimo	18,64	6,73	2,30	1,67

Fontes: elaboração de Ribeiro.

1. Argentina e México: OCDE (Moodys); Brasil: STN (Resultado Nominal do Governo Geral) e IBGE (Sistema de Contas Nacionais 2000); demais países: Ilpes/Cepal (Estatísticas de Finanças Públicas).

2. Cepal (Anuário Estatístico da América Latina e Caribe 2005).

3. Unesco Institute for Statistics (UIS); e Cepal (base de dados do gasto social).

4. OMS (2006).

Notas: (1) abrange gastos correntes, incluindo os juros sobre a dívida pública e de capital.; (3) relativo ao período 1999-2002

Marinho, Cardoso e Almeida avaliaram a eficiência no investimento monetário em serviços de saúde entre o Brasil e alguns países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no ano de 2004, e chegaram à conclusão de que o investimento precário na saúde pública reflete no fato de o Brasil alcançar os piores índices de eficiência na provisão de recursos destinados à saúde, tendo, por

consequência, um baixo índice de expectativa de vida da população e uma alta taxa de mortalidade infantil em comparação aos outros países analisados. É o que se extrai do gráfico e da tabela a seguir contemplados.

Gráfico IV- Eficiência dos países no investimento monetário em serviços de saúde (em %)

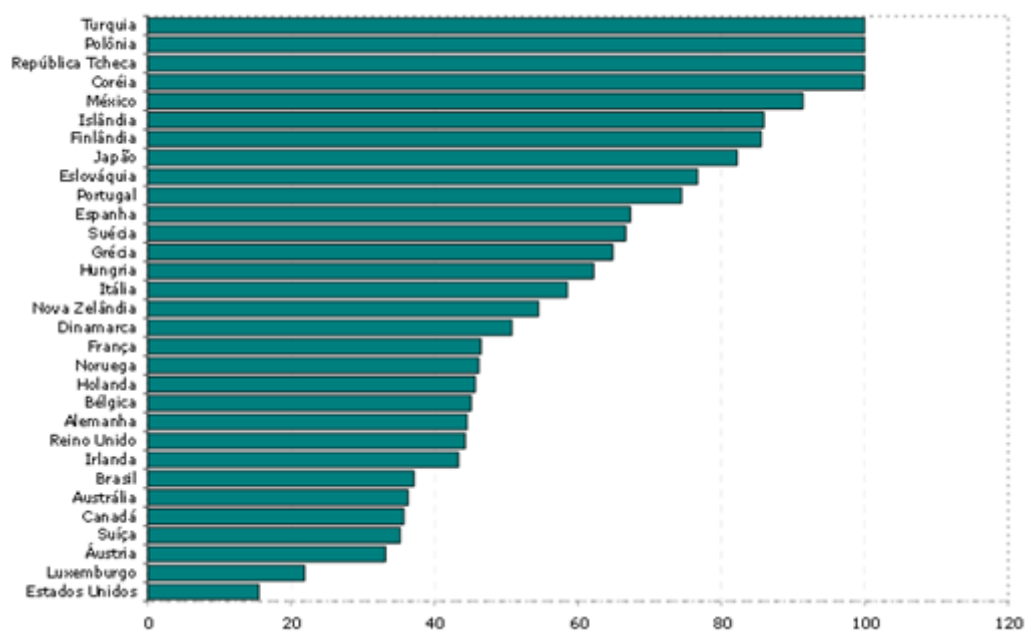


Tabela III - Eficiência dos países no investimento monetário em serviços de saúde (em %)

Países	Eficiência	Países	Eficiência
Estados Unidos	15,55	Itália	58,57
Luxemburgo	21,91	Hungria	62,20
Áustria	33,19	Grécia	64,87
Suíça	35,25	Suécia	66,66
Canadá	35,77	Espanha	67,34
Austrália	36,34	Portugal	74,49
Brasil	37,14	Eslováquia	76,73
Irlanda	43,32	Japão	82,22
Reino Unido	44,32	Finlândia	85,59
Alemanha	44,57	Islândia	85,92
Bélgica	45,10	México	91,43
Holanda	45,72	Coreia	99,90
Noruega	46,20	República Tcheca	100,00
França	46,50	Polónia	100,00
Dinamarca	50,84	Turquia	100,00
Nova Zelândia	54,53		

Proite e Sampaio²⁵, analisando a eficiência dos hospitais da rede SUS no ano de 2002, por meio de dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, perceberam que os hospitais brasileiros, administrados diretamente pelo Poder Público, não utilizam de maneira ótima²⁶, os recursos disponíveis. Isso se dá pelo fato de a corrupção na saúde pública comprometer o orçamento público e implicar na insuficiente destinação de recursos para essa área, influenciando diretamente na vida da população, especialmente as mais carentes, as quais registram sequelas muitas vezes irreversíveis decorrentes de ausência de infraestrutura.

Também com relação à ineficiência da destinação dos recursos públicos à saúde, o *Comunicado IPEA n° 122*²⁷ lançou um diagnóstico afirmando que o governo federal vem aumentando os gastos públicos, mas que, porém, isso não implica melhoria da qualidade dos serviços oferecidos à população, pelo fato de persistirem inúmeras iniquidades no âmbito da distribuição social e regional da renda nacional do país.

Tal comunicado afirma que durante o período analisado, as transferências intergovernamentais ligadas a programas de saúde, dentre as quais se situam os repasses para o SUS, cresceram, de acordo com ele, de 5,1% para 5,8% do PIB, respondendo pela maior parte do avanço das transferências intergovernamentais, sendo que as transferências constitucionais e legais aumentaram em 0,35% do PIB, e as vinculadas aos programas de saúde, em 0,51%.

Isso pode ser explicado por Vishny e Shleifer²⁸, que defendem que em estágios iniciais de desenvolvimento, quando a economia cresce e fica mais complexa, agentes públicos vislumbram mais possibilidades para ganhar dinheiro de maneiras ilícitas, pelo fato dos mercados ainda serem incipientes e pela oportunidade de garantir alguns monopólios a agentes privados, e por suas funções públicas exigirem uma maior complexidade de tarefas. Tem-se aí a corrupção, mais uma vez, relacionada com a ineficiência estatal.

²⁵ PROITE, A.; SAMPAIO DE SOUZA, M. C. Eficiência técnica, economias de escala, estrutura da propriedade e tipo de gestão no sistema hospitalar brasileiro. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CENTROS DE PÓS - GRADUAÇÃO EM ECONOMIA, 32., Anais...-ANPEC, 2004.

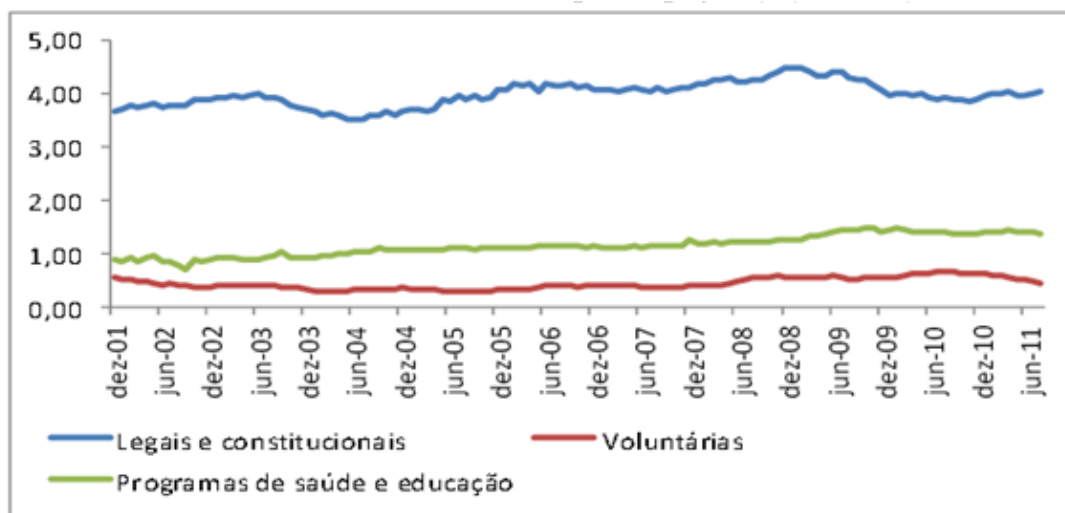
²⁶ Para Pareto, esse juízo de valor ótimo, se refere ao “conjunto de soluções de equilíbrio, denominados eficientes”. É quando “o que é produzido numa economia é distribuído de forma eficiente pelos agentes econômicos”. Disponível em: <<http://dicionario.sensagent.com/Efici%C3%Aancia%20de%20Pareto/pt/>>

²⁷ IPEA: Comunicado n° 122: *Governo gastador ou transferidor? - um macrodiagnóstico das despesas federais (2001-2011)*. Publicado em 2011. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/111202_comunicadoipea122.pdf>

²⁸ VISHNY, R. W.; SHLEIFER, A. *Corruption. The Quarterly Journal of Economics*. Cambridge, Volume 108, No. 3. 1993. p. 599-617.

Os dados do gráfico V abaixo mostram que apesar do avanço das transferências governamentais constitucionais e legais, o emprego desses recursos não vem se dando de maneira a coibir as precariedades do sistema público de saúde.

Gráfico V- Transferências intergovernamentais do governo federal (Valores acumulados em 12 meses, em participação (%) no PIB)



Fontes: Sjaif e Banco Central. Elaboração: Ipea.

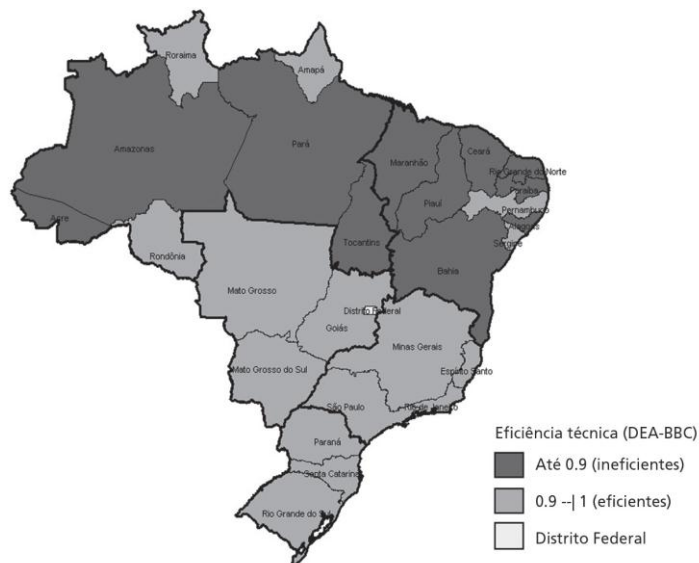
Conforme Sarlet²⁹, para atingir a máxima efetividade dos direitos fundamentais depender-se-ia de uma boa administração pública. E, uma boa administração pública vincula-se à eficiente utilização dos valores arrecadados, em prol do benefício da população. Não podendo o Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculos que inviabilizem a realização dos direitos dos cidadãos, percebendo-se, portanto, que a tal ineficiência pode ser dolosa, de modo que a intenção seja mesmo a permissão de ocorrência de corrupção.

Para demonstrar o impacto da corrupção na eficiência das políticas de saúde, o estudo feito por Luckas Sabioni e Silvia Toyoshima³⁰ definiu que a eficiência média estadual dos gastos com saúde foi de 0,92, com 0,08 de desvio-padrão e que dos 26 estados, dez obtiveram escore máximo, isto é, 38% deles, como mostra a figura I a seguir. Isso decorre do fato de, apesar dos gastos com a saúde pública, a população ser atendida de forma precária.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 362.

³⁰ SABIONI, Luckas; TOYOSHIMA, Silvia. *Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros*. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/265/313>>

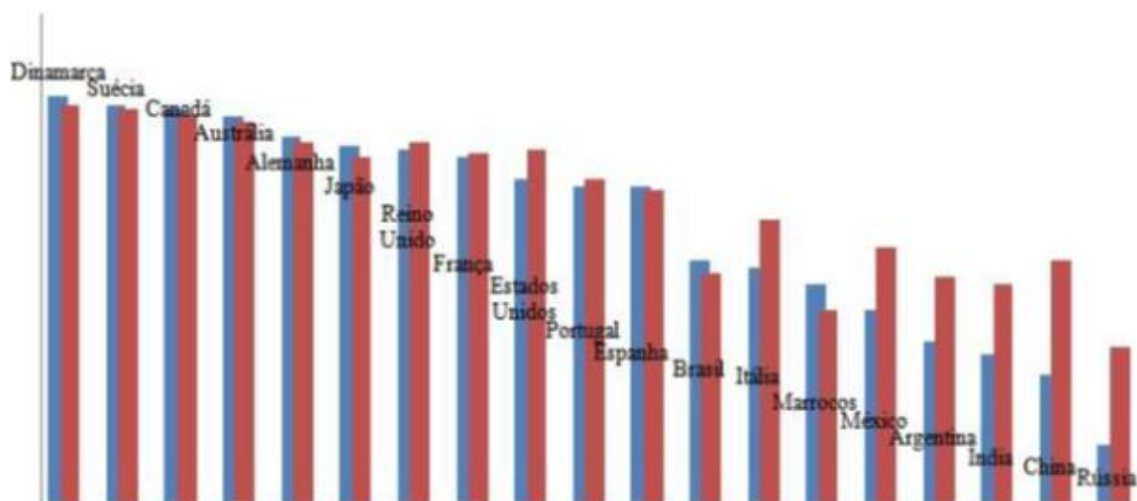
Figura I- Distribuição espacial da eficiência técnica governamental nos setores saúde e educação no Brasil



Ghignone³¹, com o gráfico VI, confirma a relação negativa entre corrupção e ineficiência administrativa. Em sua análise entre os dez países com maior Produto Interno Bruto (Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, França, Japão, Índia, Itália, Reino Unido e Rússia), bem como em outros nove países que apresentam entre si significativa diferença socioeconômica (Argentina, Austrália, Canadá, Dinamarca, Espanha, Marrocos, México, Portugal e Suécia), percebe-se a tendência geral no sentido da equiparação entre o baixo índice de corrupção e a eficiência da gestão governamental.

Gráfico VI – Qualidade no Combate à Corrupção e Eficiência Administrativa

³¹ Elaborado a partir de dados do Banco Mundial extraídos do Worldwide Governance Indicators (Kaufmann D., A. Kraay, & M. Mastruzzi (2010)), relativos ao ano de 2010. O cruzamento entre os dados concernentes ao controle da corrupção e os respeitantes à efetividade governamental é de responsabilidade de Luciano Taques Ghignone. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/02/2013_02_01187_01276.pdf>



Os dados confrontados dizem respeito à qualidade do combate à corrupção (coluna azul) e à eficiência administrativa (coluna vermelha).

Ainda nos casos em que há uma discrepância significativa entre os níveis de corrupção e os de eficiência administrativa, é possível extrair outra conclusão, no sentido de que se verifica que não há nenhum caso em que um governo seja, ao mesmo tempo, pouco corrupto e muito ineficiente. De forma simplificada, pode-se dizer que, embora governos desonestos possam ser relativamente eficientes, nenhum governo honesto é ineficiente.

1.2 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CORRUPÇÃO NA GOVERNABILIDADE

Na visão do Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan³², em seu discurso sobre a adoção da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a corrupção mina a democracia e o domínio da lei, leva a violações dos direitos humanos, distorce mercados, erode a qualidade de vida, e permite que o crime organizado, o terrorismo e outras ameaças à segurança humana floresçam. Ele entende que a corrupção afeta os pobres desproporcionalmente, na medida em que desvia verbas que serviriam para o desenvolvimento, comprometendo, assim, a habilidade governamental de prover serviços essenciais, alimentando a desigualdade e injustiça, e desencorajando investimentos e apoio externos.

³² ANNAN, Kofi. Statement on the adoption by The General Assembly of the United Nations Convention Against Corruption. In: Convenção contra Corrupção. Nova York: Outubro de 2003. Disponível em: <http://www.unode.org/unode/em/speech_2003-10-31_1.html>

Na seguinte fala da Ministra Carmen Lúcia fica evidente que o desvio de dinheiro que deveria ser revertido ao benefício social afeta diretamente a destinação dos recursos à saúde pública: “Corrupção significa não que alguém foi furtado de alguma coisa, mas que uma sociedade inteira foi furtada pela escola que não chega, pelo posto de saúde que não se tem”.

Nas visões de Nobbio, Matteucci e Pasquino³³, a corrupção é o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Para eles, a corrupção não está ligada somente ao grau de institucionalização, à amplitude do setor público ou ao ritmo das mudanças sociais, está também relacionada com a cultura das elites e das massas.

Nesse diapasão, Marco Aurélio Nogueira³⁴ defende que a corrupção é sistêmica e está enraizada na cultura do brasileiro, sendo, portanto, um defeito ético que anda junto com o poder.

Primeiro, não há monopólio da corrupção por parte desse ou daquele grupo, partido político ou entidade; todos estão sujeitos a ela, passiva ou ativamente, e todos podem vir a praticá-la, ativa ou passivamente. Não reconhecer isso é partir de uma posição exclusivamente ideológica. Nada mais infenso e gratuito do que a acusação de corrupção que partidos de oposição dirigem ao governo, nada mais inconsequente do que o governo que acusa as oposições de desejarem inflamar a opinião pública mediante a descoberta e a publicização de irregularidades e atos de corrupção. Segundo, não há prevalência de atos corruptos num dado ponto da estrutura federativa nacional; o covil, o centro dirigente, não está em Brasília ou nas capitais. Não há nenhum centro desse tipo e o fenômeno está disseminado, podendo se manifestar com força maior onde menos se espera. Terceiro, se quisermos enfrentar a sério o problema, vale a pena dilatar o conceito, para nele incluir, além dos crimes financeiros, uma série sem-fim de procedimentos e atos que produzem menos frisson, mas são igualmente graves.

Um estudo divulgado pela entidade Transparência Internacional³⁵ aponta que o Brasil fechou o ano de 2016 em 79º lugar entre 176 países em ranking sobre a percepção de corrupção no mundo, três posições abaixo do 76º lugar alcançado em 2015. O ranking leva em consideração a percepção que a população tem sobre a corrupção entre servidores públicos e políticos e quanto melhor um país está situado no

³³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giovanni. *Dicionário de política. Corrupção*. 5. ed. Brasília: UnB, 2000, p. 291-293

³⁴ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Política Democrática – Revista de Política e Cultura. *A chaga da corrupção*. – Brasília/DF: Fundação Astrojildo Pereira, 2012. N°33. p. 13 e 14.

³⁵ Globo: Brasil está em 79º lugar entre 176 países, aponta Ranking da corrupção de 2016. Publicado em janeiro de 2017. <http://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-esta-em-79-lugar-entre-176-paises-aponta-ranking-da-corrupcao-de-2016.ghtml>>. acessado em 02/06/2017.

ranking, menor é a percepção da corrupção por seus cidadãos. É o que mostra a figura a II a seguir, elaborada pelo jornal divulgador da notícia.

Figura II- Ranking da Corrupção 2016



Outro estudo, realizado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia (DECOMTEC)³⁶, da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), revelou os prejuízos econômicos e sociais que a corrupção causa ao país. O valor chega a R\$ 69 bilhões de reais por ano. A pesquisa mostra o quanto poderia ser investido do dinheiro gasto em corrupção no Brasil: Educação – O número de matriculados na rede pública do ensino fundamental saltaria de 34,5 milhões para 51 milhões de alunos. Um aumento de 47%, que incluiria mais de 16 milhões de jovens e crianças; Saúde – Nos hospitais públicos do SUS, a quantidade de leitos para internação, que hoje é de 367.397, poderia crescer 89%, que significariam 327.012 leitos a mais para os pacientes; Habitação – O número de moradias populares cresceria consideravelmente.

A perspectiva do PAC³⁷ é atender 3.960.000 famílias; sem a corrupção, outras 2.940.371 poderiam entrar nessa meta, ou seja, aumentaria 74,3%; Saneamento – A

³⁶ Fiesp: O custo da corrupção no Brasil chega a R\$69bi no Brasil. Publicada em 2010 e atualizada em 2013. Disponível em <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corruptao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>>

³⁷ Programa de Aceleração do Crescimento lançado pelo Governo Federal em 2007.

quantidade de domicílios atendidos, segundo a estimativa atual do PAC, é de 22.500.000. O serviço poderia crescer em 103,8%, somando mais 23.347.547 casas com esgotos. Isso diminuiria os riscos de saúde na população e a mortalidade infantil; Infraestrutura – Os 2.518 km de ferrovias, conforme as metas do PAC, seriam acrescidos de 13.230km, aumento de 525% para escoamento de produção. Os portos também sentiriam a diferença, os 12 que o País possui poderiam saltar para 184, um incremento de 1537%. Além disso, o montante absorvido pela corrupção poderia ser utilizado para a construção de 277 novos aeroportos, um crescimento de 1383%.

Levantamento elaborado dentro do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal com base em 160 trabalhos sobre vários municípios nos anos 2006 e 2007 aponta um número surpreendente: a cada R\$ 3 investigados em obras, R\$ 1 tem desvio comprovado. Ou seja: o equivalente a R\$ 2,621 bilhões apresenta irregularidades.³⁸ Preço acima do mercado nos projetos (sobrepço), superfaturamento (pagamento de valores acima do contrato) e obras pagas, mas jamais executadas, são os principais problemas.

As áreas de saúde e educação foram alvo de quase 70% dos esquemas de corrupção e fraude desvendados em operações policiais e de fiscalização do uso de verba federal pelos municípios nos últimos 13 anos³⁹. Os desvios descobertos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), em parceria com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, evidenciam como recursos destinados a essas duas áreas são especialmente visados por gestores municipais corruptos.

Feita a análise da relação entre a corrupção e a ineficiência do Estado, e constatados que eles causam a nulificação, ou até mesmo a aniquilação, de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade, resta analisar como a Lei de Licitações pode permitir a ocorrência da corrupção e contribuir para ineficiência da distribuição de recursos, principalmente aos destinados à área de saúde.

³⁸ UOL: A má gestão no Brasil: R\$ 1 de cada R\$ 3 tem irregularidades Publicada em Dez de 2007. Disponível em < <http://rollingstone.uol.com.br/edicao/15/a-ma-gestao-no-brasil-r-1-de-cada-r-3-tem-irregularidades#imagem0>> Acessado em Agosto de 2017.

³⁹ Estadão: 70% dos desvios nas cidades afetam a saúde e a educação. Publicada em Dez de 2016. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>> Acesso em jul. de 2017.

CAPÍTULO 2

O PARADOXO DA LEGISLAÇÃO: A CORRUPÇÃO LEGALIZADA

Se no capítulo anterior demonstrou-se que a corrupção está relacionada à ineficiência da administração dos recursos públicos e seus impactos na concretização dos direitos sociais, neste, o objetivo é confirmar que a atual legislação que rege a celebração de contratações públicas possibilita a corrupção, tanto por meio de fraudes, quanto pela improbidade administrativa.

Fazendo-se um apanhado histórico sobre o surgimento das licitações no Brasil, tendo como referência um artigo sobre “*A evolução da Licitação*”⁴⁰, temos que ela foi introduzida no direito público brasileiro há 155 anos, pelo Decreto nº 2.926 de 1862, que regulamentava as arrematações e alienações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Com o advento de diversas outras leis que trataram, de forma singela, do assunto, o procedimento licitatório veio, afinal, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 536, de 1922, que organizou o Código de Contabilidade da União, tendo sua sistematização com o Decreto-Lei nº 200/1962, que estabeleceu a reforma administrativa no âmbito federal, estendida à administração estadual e municipal pela Lei nº 545/1968.

A licitação é um processo administrativo, isonômico, na qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, menos onerosa e com melhor qualidade possível, para a contratação de uma obra, de um serviço, da compra de um produto, locação ou alienação.

Pela Constituição Federal⁴¹ de 1988, em seu art. 37, XXI, foi determinada a obrigatoriedade da realização de licitação, ressalvados os casos especificados na legislação.

⁴⁰ RIBEIRO, Geraldo Luiz Viera. *A evolução da Licitação*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>>

⁴¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A exigência da realização de licitações antes da celebração de contratações públicas possui três finalidades, conforme análise do artigo 3º da Lei nº 12.349/2010, uma das leis que altera a atual Lei de Licitações visando ao desenvolvimento sustentável: possibilitar aos entes públicos a realização do melhor negócio, promovendo a livre concorrência e instalando a competição entre aqueles que preencherem os requisitos necessários para com ele contratar; garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, assegurando a oportunidade de contratar com essas pessoas estatais; e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

São 5⁴² as modalidades de licitações previstas na Lei 8.666/93: concorrência, tomada de preços, concurso, convite e leilão, lembrando que o pregão⁴³ é a 6ª modalidade criada pela Lei 10.520/02.

As modalidades de licitações não podem ser confundidas com o tipo⁴⁴ de licitação, que é o critério de julgamento utilizado pela Administração para seleção da proposta mais vantajosa, sendo eles: menor preço, melhor técnica e técnica e preço.

⁴² A Carta Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao objeto licitado, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pelo órgão licitante que deverá fixar em local público cópia do instrumento convocatório para estender aos demais interessados cadastrados na correspondente especialidade; Tomada de Preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação". Essa modalidade de licitação é utilizada para as compras/contratações cujo valor estimado esteja entre o valor mínimo de R\$80.000,01 e o valor máximo de R\$650.000,00; Concorrência é a modalidade mais ampla de licitação existente, pois permite a participação de qualquer licitante interessado na realização de obras e serviços e na aquisição de qualquer tipo de produto. Justamente por permitir a participação de qualquer licitante interessado é a modalidade que apresenta exigências mais rígidas para a fase de habilitação. Limites para compras: Obras e serviços de Engenharia acima de R\$ 1.500.000,00. Obras, produtos e Serviços Comuns acima de R\$ 650.000,00; Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes do edital. Nesta modalidade não existe a fase competitiva de disputa por preço, pois o valor a ser pago pela Administração já está definido previamente no ato convocatório; O leilão é a modalidade de licitação na qual podem participar quaisquer interessados e deverá ser utilizada predominantemente para a venda de bens móveis inservíveis, ou seja, são aqueles bens que não têm destinação pública definida (bens dominicais) e por isso podem ser colocados à venda pela Administração Pública para a obtenção de renda. Um fato curioso de se destacar sobre esse assunto é que, para comprar, o governo tem à disposição diversas modalidades de licitação, mas para vender algo ele é obrigado a realizar uma licitação por leilão, ou se preferir, um leilão público.

⁴³ Pregão: É uma modalidade de licitação do tipo menor preço, para aquisição de bens e de serviços comuns, sem maiores complexidade e cuja especificação é facilmente reconhecida pelo mercado, qualquer que seja o valor estimado, e a disputa é feita por propostas e lances sucessivos, em sessão pública, presencial ou eletrônica.

⁴⁴ Menor preço: Critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é a de menor preço. É utilizado para compras e serviços de modo geral; Melhor técnica: Critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base em fatores de ordem técnica. É usado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento de engenharia consultiva em geral, e em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos; Técnica e preço: Critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base na maior média ponderada, considerando-se as

Atualmente, a Licitação é regida por uma norma geral, a Lei 8.666/93. Desde sua edição, a Lei Geral de Licitações sofreu quase 20 modificações: Lei nº 9.032/95; Lei nº 9.648/98; Lei nº 9.854/99; Lei nº 10.438/02; Lei nº 10.973/04; Lei nº 11.079/04; Lei nº 11.107/05; Lei nº 11.196/05; MPV nº 292/06; Lei nº 11.445/07; Lei nº 11.481/07; Lei nº 11.484/07; Lei nº 11.763/08; Lei nº 11.783/08; Lei nº 11.952/09; Lei nº 12.188/10; Lei nº 12.349/10; Lei nº 12.440/11; Lei nº 12.715/12. Tais modificações foram (e ainda vem sendo) propostas com o intuito de atualizar e melhor resguardar os interesses da Administração Pública.

À Administração Pública compete a gestão eficiente dos recursos públicos e assim garantir que a sociedade possa usufruir de maneira adequada de todos os seus direitos tutelados pela Magna Carta. Justamente para otimizar os recursos públicos, Carvalho⁴⁵ entende não ser possível a lei deixar a critério do administrador a escolha das empresas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo.

A relevância da realização de licitação consiste no fato dela ser muito mais que um procedimento administrativo, de ela ser um mecanismo previsto pela Constituição Federal para que o Estado tenha a melhor eficiência possível na aplicação dos recursos públicos, de forma a garantir a máxima satisfação dos direitos sociais.

No entanto, há controvérsias sobre a aptidão da Lei geral de Licitações em continuar gerindo os procedimentos licitatórios, o que pode constatar-se em levantamento de dados realizado pelo Tribunal de Contas da União⁴⁶, que aponta que o sistema de licitações do Governo Federal tem uma série de irregularidades que abrem brechas para possíveis fraudes e podem acarretar em prejuízo ao erário.

É o que se analisará no tópico seguinte.

2.1 FRAGILIDADES DA LEGISLAÇÃO, IRREGULARIDADES E IMPROBRIDADE ADMINISTRATIVA

notas obtidas nas propostas de preços e de técnica. É obrigatório na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades tomada de preços e concorrência.

⁴⁵ CARVALHO, Mateus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador, BA: Editora Jus Podivm. 2014.

⁴⁶ GAZETA DO POVO. TCU aponta 18 irregularidades no sistema de licitações. Publicada em: Jul de 2011. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/tcu-aponta-18-irregularidades-no-sistema-de-licitacoes-bf5vbyxu09ww9pl6cy3q827ny>>

Tendo por significado qualquer ato arditoso, enganoso, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever, a fraude, espécie de corrupção administrativa⁴⁷, é causadora de lesão ao erário, como institui o art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.492/92.

Fraudar⁴⁸ licitação é violar mais que uma norma de direito constitucional e administrativo e ir contra os importantes princípios estabelecidos no art. 37, caput, da Constituição Federal e esperados dos agentes públicos e dos licitantes concorrentes. É ir contra o atendimento das necessidades da sociedade.

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da resolução nº 836/99⁴⁹, especifica fraude como: a) manipulação, falsificação, ou alteração de registros ou documentos de modo a modificar os registros de ativos, passivos e resultados; b) apropriação indébita de ativos; c) suspensão ou omissão de transações nos registros contábeis; d) registro de transações sem comprovação; e e) aplicação de práticas contábeis indevidas.

Alguns exemplos de fraude são listados por Fazzio⁵⁰, em seu livro *Fundamentos de direito administrativo*: 1. Firmar em contrato condições essenciais não estampadas no procedimento licitatório, caracterizando ilegalidade, pelo fato de essa conduta inibir e restringir a participação de concorrentes. 2. O fato de a licitante declarada vencedora desatender às condições de habilitação e apresentação da proposta. 3. Quando a

⁴⁷ CNJ. *Entenda os conceitos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e corrupção*. Publicada em Fev. de 2015. 1) Os atos que importam em improbidade administrativa estão previstos na Lei n. 8.429/1992. Caracterizam-se por dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos. A Lei de Improbidade Administrativa define enriquecimento ilícito o ato de “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas”. 2) Enquanto as ações de improbidade administrativa correm na esfera cível, os crimes contra a administração pública pertencem à esfera criminal. Entre os crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal, podemos citar, por exemplo, o exercício arbitrário ou abuso de poder, a falsificação de papéis públicos, a má-gestão praticada por administradores públicos, a apropriação indébita previdenciária, a lavagem ou ocultação de bens oriundos de corrupção, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, contrabando ou descaminho, a corrupção ativa, entre outros. 3) O termo corrupção, previsto no Código Penal, geralmente é utilizado para designar o mau uso da função pública com o objetivo de obter uma vantagem. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contra-a-administracao-publica-e-corrupcao>>

⁴⁸ JUS. *Fraudes nas licitações públicas*. Publicado em: Jan. de 2016. A fraude à licitação nada mais é do que burlar o processo da competição com a finalidade de benefício próprio ou alheio. Por isso a mesma se torna uma espécie de improbidade administrativa, porque contraria os princípios fundamentais da Administração Pública. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46228/fraudes-nas-licitacoes-publicas>>

⁴⁹ Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_17409_RESOLUCAO_N_836_DE_22_DE_FEVEREIRO_DE_1999.aspx>

⁵⁰ FAZZIO, Júnior, Waldo *Fundamentos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

publicação de mudança do endereço para a entrega dos envelopes de habilitação e proposta ocorrer em veículo não adequado ao alcance dos eventuais interessados.

Várias são as situações de irregularidades nos processos de licitação, tendo sido criminalizadas na própria Lei 8.666/93, como se vê a seguir na análise de cada uma das previsões de seus artigos.

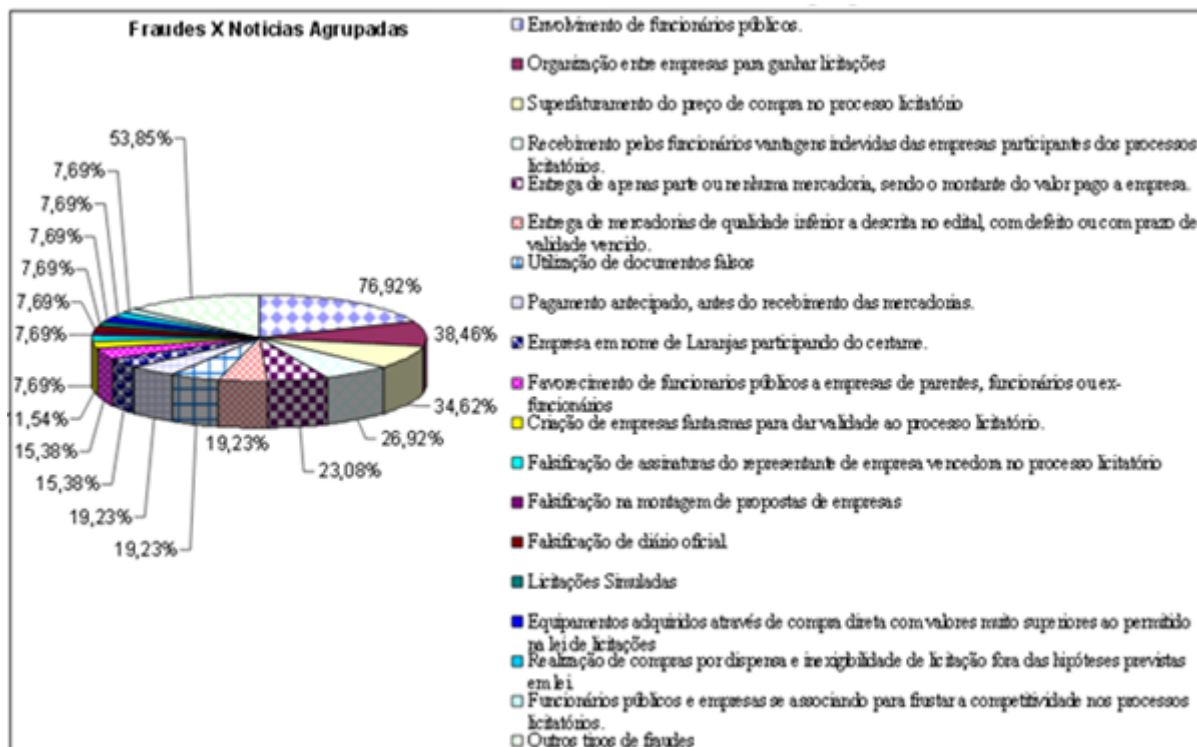
Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, são atos causadores de dano aos cofres públicos, crimes previstos no art. 89 da lei 8.666/93, bem como os atos de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, como traz o art. 90 da referida lei.

As condutas previstas no art. 91 ao art. 98 da mesma lei, também fazem parte do rol de condutas tipificadas como crime, sendo algumas delas: patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório; devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente elevando arbitrariamente os preços, vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada, entregando uma mercadoria por outra, alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida, tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato; admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo; obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito.

Em análise feita por Anderson de Oliveira⁵¹, em sua tese de monografia, foram selecionadas várias reportagens sobre corrupção licitatória, visando à verificação de como ela ocorre e quem a pratica.

⁵¹ OLIVEIRA, Anderson de. *Licitações: fraudes comuns nas aquisições de bens, enquadramento legal e procedimentos preventivos*. Publicado em 2011. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis291246.pdf>>

Gráfico VII - Fraudes x notícias agrupadas



Partindo do gráfico, podemos inferir que a maior parte das fraudes licitatórias ocorre com a participação de funcionários públicos, tendo atingido percentual de 76,92% das notícias coletadas. Esse percentual demonstra uma falha bem contraditória, pelo fato de que quem mais deveria ser habilitado e preparado para combater a corrupção é quem dela participa de forma mais frequente. Outro aspecto interessante a ser observado é o da organização entre empresas para ganharem as licitações. Nota-se que este aparece na amostra em 38,46% das notícias pesquisadas. Outro caso que demanda maior ênfase é a relação entre empresas e funcionários públicos que ocasiona o superfaturamento de preços, o que se percebe em 34,62% das notícias, com o recebimento, pelos funcionários, de vantagens indevidas pagas pelas empresas participantes dos certames, previstas em 26,92%.

De acordo com Speck e Ferreira⁵², o nível de corrupção está atrelado à discricionariedade do agente público e à competitividade do certame. Eles entendem que o risco de ocorrência de fraudes será menor à medida que a discricionariedade for

⁵² Speck, B. W.; Ferreira, V. M. Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. Sistemas de Integridade nos Estados Brasileiros. 1ª ed. São Paulo: Instituto Ethos, 2012. p. 15-24. Disponível em em: <http://www3.ethos.org.br/cedoc/sistemadeintegridadenos estadosbrasileiromarco2012/#.VfII_NJViko>. Acesso Jul de 2017

menor e a competitividade for maior. Atribuindo níveis de riscos de corrupção para cada modalidade licitatória, eles defendem que a modalidade adotada pode cooperar com o desvio dos recursos públicos, tendo menores riscos as que detêm procedimentos mais rígidos, maior transparência e concorrência entre os fornecedores. Em contrapartida, as mais flexíveis, menos transparentes e de menor concorrência possuem riscos mais altos.

Foi com o intuito de reduzir a discricionariedade dos agentes públicos e, conseqüentemente, aumentar a competitividade entre os fornecedores, que foram definidas, na atual Lei geral de Licitações, várias modalidades de compra: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. Entretanto, ainda que tenha havido essa preocupação do legislador em impedir a ocorrência de atos fraudulentos, é possível que haja, na referida lei, brechas que permitem o desvirtuamento do interesse público, o que será explicitado ao longo desta dissertação.

Cabe analisar as práticas licitatórias que mais dão abertura para a ocorrência da improbidade administrativa, sendo elas, na visão da ONG Cartas Abertas⁵³, que realizou um estudo para identificar os tipos de fraudes mais costumeiras nas licitações realizadas em nosso país: 1) a dispensa de licitação; 2) a inexigibilidade de licitação; 3) o convite e a tomada de preços; 4) o pregão. Situações que podem envolver o superfaturamento, o direcionamento da licitação e a contratação de serviços fantasmas, lesando o patrimônio público e impedindo que os recursos sejam destinados em sua totalidade para a área que lhes convêm.

O superfaturamento existe quando é cobrado preço superior ilegal, ou seja, a Administração Pública paga pela obra ou serviço mais do que realmente deve. Fato esse que pode ser comprovado quando se compara o valor pago e os valores concorrentes no mercado. O superfaturamento, na grande maioria das vezes, está acompanhado da dispensa de licitação, prevista no art. 24⁵⁴, da Lei de Licitações, que tem por objetivo evitar o processo licitatório quando os custos necessários para realizá-lo ultrapassam os benefícios que dele podem advir. Também é comum no superfaturamento, o direcionamento. Por meio dele é usada como estratégia a exigência de qualificações técnicas muito específicas para a compra do produto ou serviço que será prestado. Dessa

⁵³ PORTAL DAS LICITAÇÕES. *As principais modalidades de fraude*. Publicado em 2012. Disponível em: <<http://portaldaslicitacoes.blogspot.com.br/2012/11/as-principais-Modalidades-de-fraude-em.html>>

⁵⁴ BRASIL. LEI 8.666/93, art. 24, Anexo 1.

forma, beneficia-se apenas um dos concorrentes, aquele que propositadamente possui tais especificidades.

O constituinte, ao estabelecer a ressalva de licitação para qualquer despesa estatal, conferiu ao legislador competência para, por meio de lei ordinária, definir as hipóteses capazes de excluir o dever de licitar (ou seja, criar as exceções), surgindo, portanto, o instituto da contratação direta. A dispensa de licitação, um dos tipos mais costumeiros de fraude licitatória, pode ocorrer somente nos casos previstos no artigo 24 da Lei 8.666/93, pois seu rol é taxativo, como por exemplo, nos casos emergenciais, previstos em seu inciso IV.

Ocorre que, em vez de ser utilizada em situações que realmente exijam a urgência no atendimento para evitar algum dano à sociedade ou à Administração Pública, este dispositivo tem sido, não raras vezes, mal interpretado ou deturpado pelos gestores públicos, posto que, na prática, vem-se desprezando um ou alguns dos requisitos ensejadores de tal hipótese, transformando-o em uma verdadeira ferramenta para a contratação imoral e personalista. As compras de pequeno valor, previstas no inciso II do referido dispositivo, é um aspecto que facilita a realização de fraudes em licitações, pois o responsável pela aquisição tem o direito de escolher sempre as mesmas empresas.

Sobre isso, há também a questão da interpretação⁵⁵, que pode ser subjetiva, interferindo nas respostas a serem dadas aos problemas, sobretudo aos casos em que não se há uma resposta predeterminada pelo ordenamento jurídico. No entanto, essa subjetividade não pode ser maculada pela corrupção, devendo a Administração Pública ser imparcial.

Com relação à dispensa de licitação do art. 24 da referida lei, por exemplo, a jurisprudência do STJ⁵⁶ é no sentido de que a consumação do crime de dispensa ou da

⁵⁵ Culturalismo de Reale: intersubjetividade e a pluralização da subjetividade jurídica. Ver texto *Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil* de Judith Martins-Costa.

⁵⁶ AP 214, relator ministro Luiz Fux: ementa se afirma que o “tipo previsto no artigo 89 e seu parágrafo único reclama dolo específico, inadmitindo culpa ou dolo eventual, uma vez que tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não aos supostamente inábeis. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou simular a presença dos mesmos são elementos do tipo”. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7065878/acao-penal-apn-214-sp-2002-0039645-6-stj> >

AP 480: “Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1195034>>

inexigibilidade irregularmente operada exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário⁵⁷, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com a conduta. Ou seja, para que o crime ocorra, não basta não fazer a licitação, mas se deve ter consciência de que o não cumprimento dessa formalidade é uma violação da lei.

Entretanto, julgados⁵⁸ da 3ª Seção do STJ sobre esse aspecto começaram a adotar entendimento contrário, concluindo que o crime do artigo 89 da Lei 8.666/93 é de mera conduta, não se exigindo a demonstração do efetivo prejuízo para sua consumação.

Assim, decorrência dessa interpretação, encontram-se, de um lado, aqueles que gozam dos benefícios do dinheiro público mal empregado sem serem responsabilizados; e, de outro, aqueles que são a consequência da malversação do dinheiro público, isto é, aquela enorme parcela da população brasileira que não sabe nada a respeito da lei de licitações, mas ao mesmo tempo não tem onde morar, não encontra médico ou remédio no posto de saúde; não tem escola com estrutura adequada; enfim, não tem condições mínimas de vida digna, mesmo que paradoxalmente sejam considerados cidadãos da nona maior economia do mundo.

O STF⁵⁹ entende que para haver esse crime deve haver a existência de dano ao patrimônio público, no sentido originalmente assentado pelo STJ.

Ainda sobre a dispensa de licitação, analisando o acórdão paradigma da Ação Penal originária nº 480-MG, verifica-se que o Tribunal acaba desviando o foco de seu importante lema ao consolidar o entendimento de que os administradores da coisa pública podem dispensar a licitação toda vez que suas empresas “parceiras” não exagerem nos preços cobrados. A livre concorrência e a impessoalidade no trato da coisa pública ficaram em segundo plano.

⁵⁷ AP 261, relatora ministra Eliana Calmon: “2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público”.

⁵⁸ Exemplos: *HC 139.946/PR*, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011. “O tipo do art. 89 se concretizaria independentemente da verificação de qualquer resultado naturalístico”; *REsp 991.880/RS*, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 28/02/2008, DJe 28/04/2008. “o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo)”; *AgRg no Ag 1367169/PR*, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012. “O delito do art. 89 se consubstanciaria com a mera declaração do agente de que o certame seria inviável, sendo irrelevante a inexistência de dolo específico em causar lesão ao erário”.

⁵⁹ Inq 2.648, relatora ministra Cármen Lúcia. A questão foi assim registrada na ementa do julgado, na parte que aqui interessa: “2. Inviabilidade do Recurso em Sentido Estrito: a configuração do crime de dispensa irregular de licitação exige a demonstração da efetiva intenção de burlar o procedimento licitatório, o que não se demonstrou na espécie vertente”. <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7182590/acao-penal-apn-261-pb-2003-0026108-2-stj>>

Já os serviços fantasmas são aqueles existentes apenas no papel, como é o caso da contratação de obra que já se encontra concluída ou de uma que nunca será realizada, sendo, tanto o contrato quanto as respectivas despesas, ilegais, uma vez que a obra ou só existe no documento ou já se encontra finalizada.

Em estudo realizado no XVI Congresso USP Controladoria e Contabilidade⁶⁰, foram analisados 152 relatórios do Controle Interno da Controladoria Geral da União (CGU) relativos ao Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos, no período de 2004 a 2014, em Municípios baianos, verificou-se 1.790 irregularidades, sendo que 12 dos 152 relatórios não apresentaram nenhuma irregularidade licitatória.

Tabela IV – Tipos de irregularidades evidenciadas

	Frequência	%
Simulação de licitação	690	38,55
Fracionamento ou direcionamento	462	25,81
Restrição à competitividade	76	4,25
Dispensa ou inexigibilidade sem fundamentação legal	48	2,68
Empresas licitantes inabilitadas	39	2,18
Superfaturamento	44	2,46
Simulação de competição	25	1,40
Conluio	14	0,78
Outros (Ex.: subcontratação irregular de contrato, alterações indevidas nos projetos, ausência de publicação de extrato contratual, inexistência do mínimo de propostas válidas)	392	21,90
Total	1790	100,00

Do total de irregularidades, 72,46% foram evidenciadas como fraude e apenas 27,54% foram caracterizadas como outras impropriedades. Isso corrobora o fato de que a maioria das irregularidades apresenta fortes indícios de ocorrência de fraude nos processos licitatórios. A maior parte das irregularidades está relacionada à prática de simulação de licitação (38,55%). O segundo maior percentual de irregularidades (25,81%) ocorreu com indícios de fracionamento ou direcionamento de licitação, uma contratação que, pelo valor, deveria ser realizada por meio de Tomada de Preços era realizada pela Carta Convite, ou que deveria ser feita por meio de Carta Convite e era

⁶⁰ CONGRESSO USP. Modalidades licitatórias e o risco de ocorrência de fraudes nos municípios baianos fiscalizados pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/anais/artigos162016/63.pdf>>

realizada através de Dispensa, e em boa parte dos casos os vencedores das licitações eram sempre os mesmos.

No mesmo estudo, a partir da tabela IV, é possível inferir a relação de cada modalidade com as incongruências ocorridas. Pela tabela consegue-se perceber as modalidades que mais contribuem para a ocorrência de fraudes licitatórias. A Carta convite apresentou mais de 50% das irregularidades, seguida da Tomada de Preços e da Dispensa de Licitação. A tomada de preços é a modalidade de médio valor, onde todos os interessados devem estar devidamente cadastrados, e os que ainda não forem cadastrados poderão se inscrever em até 3 dias antes das apresentações das propostas atestando a qualificação do interessado para participar da licitação. Atente-se que sempre o que o licitante ficar em dúvida quanto aplicar a modalidade de tomada de preços ele deve adotar a modalidade de concorrência.

Tabela V – Irregularidades por tipo de modalidade

Modalidade	Frequência	%
Carta Convite	1131	63,18
Concorrência	37	2,07
Concurso	0	0,00
Dispensa de Licitação	220	12,29
Inexigibilidade de Licitação	24	1,34
Leilão	0	0,00
Pregão	146	8,16
Tomada de Preços	232	12,96
Total	1790	100,00

Com relação ao fracionamento de despesas, esse tipo de fraude ocorre quando a administração fraciona uma compra de grande volume, que deveria ser realizada por meio das modalidades Concorrência ou Tomada de Preços, em várias compras menores, de maneira que possa ser realizada pela modalidade Convite. Esta modalidade é menos exigente e rigorosa do que aquelas e permite aos agentes fraudar mais facilmente o processo licitatório.

O artigo 25⁶¹, da lei 8.666/93, é taxativo em exemplificar as formas de licitações inexigíveis, dispositivo que só deve ser aplicado quando houver inviabilidade de

⁶¹ BRASIL. LEI 8.666/93. **Art 25:** É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por

competição, principalmente: 1) para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; 2) para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação e 3) para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O Tribunal de Contas da União elencou, na Decisão nº 613/96, três requisitos legais para que se vislumbre a hipótese de inexigibilidade de licitação “o serviço técnico profissional especializado, a notória especialização e a natureza singular”.

A sua falha é deixar à margem do interpretador qual seria a especialização técnica para oferecimento do serviço, no que consistiria a notória especialização e como se definiria a natureza singular do bem ou serviço a ser contratado pela Administração Pública.

A modalidade pregão também abre brechas para irregularidades. Em pregões presenciais, por exemplo, pode ser feito um acordo antecipado entre os participantes. Já nos eletrônicos, foram verificadas situações em que um ou dois participantes oferecem lances muito baixos para forçar a desistência de empresas com preços maiores e de acordo com o mercado.

De acordo com o professor Sérgio Guerra⁶² da FGV, no caso do pregão on-line, a exigência de retirada física dos editais nos órgãos possibilita que se tenha acesso aos

produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

⁶² LEITÃO, Thaís. *Especialista da FGV cobra punição dos servidores públicos que ajudam a fraudar licitações*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-20/especialista-da-fgv-cobra-punicao-dos-servidores-publicos-que-ajudam-fraudar-licitacoes>> Acesso em: Jul. de 2017.

nomes das empresas que estão concorrendo à disputa. Assim, possibilita-se a organização entre elas e a ocorrência de fraudes.

Por isso, o pregão on-line, regulamentado pelo Decreto Nº 5.450/05, facilita a ocorrência de fraudes. Assim, deve-se zelar pelo princípio da impessoalidade, uma vez que, ao divulgar o nome de quem está concorrendo, abre-se a porta para a corrupção e fraude.

A prática desses atos fraudulentos contra a licitação pode ser identificada também em estudo sobre a verificação das irregularidades mais recorrentes em licitações da secretaria municipal da fazenda no período de 2013 a 2015 no Município de Espigão D'Oeste/RO, realizado por Jacielli Ferreira⁶³, em que dos 25 processos de licitações referentes às aquisições de bens e serviços, 7 foram processos na modalidade pregão eletrônico e 18 no pregão presencial.

2.2 DAS FRAUDES LICITATÓRIAS NA SAÚDE PÚBLICA

No período de 2003 a 2016, foram deflagradas 247 operações envolvendo desvios de verbas federais repassadas aos municípios. O levantamento feito pelo jornal *O Estado de S. Paulo* com base em dados do governo federal mostra que houve fraude no uso de verbas federais em pelo menos 729 municípios – o que corresponde a 13% do total de cidades do País. Do Oiapoque ao Chuí, o prejuízo causado pela corrupção no período foi estimado em R\$ 4 bilhões pela Controladoria Geral da União. De acordo com dados Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o custo da corrupção constitui uma parcela de cerca de 40% do orçamento público da saúde.

De 2008 a 2013, apurou-se que cerca de R\$ 502 milhões de recursos públicos do SUS foram aplicados irregularmente por prefeituras, governos e instituições públicas e particulares. Só com esse valor, por exemplo, poderiam ser construídas 227 novas Unidades de Pronto Atendimento (UPA's) ou, ainda, 1.228 novas UBS Unidades Básicas de Saúde (UBS)⁶⁴.

⁶³ FERREIRA, Jacielli. Trabalho de Conclusão de curso. *Verificação das irregularidades mais recorrentes em licitações da secretaria municipal da fazenda no período de 2013 a 2015 no município de Espigão d'Oeste/RO*. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1761/1/ACC%20-%20JACIELLI%20SCHLIWE%20FERREIRA.pdf>>

⁶⁴ UOL. *Corrupção na saúde é a pior, diz colonista. Veja casos de desvios milionários do SUS*. Publicada em out. de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1359587-corrupcao-na-saude-e-a-pior-diz-colonista-veja-casos-de-desvios-milionarios-do-sus.shtml>> Acesso em: 02/06/2017

Em 2016 foram deflagradas pela Polícia Federal 53 operações com o objetivo de combater atos de corrupção envolvendo recursos públicos federais em todas as esferas da Administração Pública, sendo que 17 foram movidas por conta do desvio de verbas destinadas ao sistema de saúde⁶⁵.

Ainda assim, o cometimento de fraudes contra a saúde pública continua acontecendo, como mostram os dados atuais, pois em 2017 foram deflagradas outras 25 operações da Polícia Federal, sendo 7 delas movidas por conta do desvio das verbas destinadas ao sistema público de saúde e 3 ocorridas em razão de fraudes licitatórias, quais sejam: as operações Abaçai, Couraça e Cosa Nostra⁶⁶.

A operação Abaçai teve por objetivo desarticular organização criminosa responsável por desviar verbas federais da saúde indígena no Acre. Os desvios eram cometidos mediante a prática de superfaturamento por sobrepreço e por pagamento de serviços não realizados. Também foram encontrados indícios de conluio entre empresas para direcionar o resultado de licitação. Os valores envolvidos são da ordem de R\$ 9,5 milhões.

A operação Couraça visou à desarticulação de organização criminosa envolvida em desvio de recursos públicos federais aplicados nos municípios de Itapetim e Brejinho, no sertão pernambucano. O esquema criminoso consistia na utilização de empresas de fachada - que sequer existiam nos endereços informados como suas sedes e/ou possuíam empregados registrados - contratadas por meio de certames licitatórios fraudulentos e direcionados para a execução de obras com recursos federais provenientes das áreas de educação, saúde e infraestrutura urbana.

A operação Cosa Nostra, com o objetivo de apurar diversas irregularidades envolvendo a contratação de empresas e a execução de obras no município de Agrestina, em Pernambuco, aponta para a ocorrência de favorecimento a determinado cartel de empresas composto por "sócios-laranjas" que, de forma reiterada, vem se sagrando vencedoras em licitações, especialmente nas áreas de saúde e educação.

Em todas as licitações analisadas na operação Cosa Nostra verificou-se a existência de empresas vinculadas e administradas pelo Secretário de Articulação Política, o que denota frustração do caráter competitivo do certame. Em exame das movimentações financeiras, foram descobertos pagamentos de valores entre os sócios

⁶⁵ Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/acoes-investigativas/operacoes-especiais>>

⁶⁶ Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/acoes-investigativas/operacoes-especiais>>

das empresas contratadas, entre as próprias empresas e também ao Prefeito, fatos que, em cognição sumária, caracterizam crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro.

Esses fatos levam a crer que não se trata apenas de apuração da eficiência da administração dos recursos públicos, mas de possíveis crimes de corrupção por desvio e apropriação indébita dos recursos destinados à saúde.

A fraude licitatória nos processos que envolvem a saúde pública tem sido objeto de análise pelo poder judiciário, como se verá no elenco de jurisprudência abaixo. Há tipos de licitação que permitem maior incidência de corrupção, como o caso da carta convite e da dispensa/inexigência de licitação.

No TRF, na Apelação Cível nº 200982010029413⁶⁷, tivemos a procedência do pedido de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada em desfavor do ex-Prefeito e membros da Comissão de Licitação do Município de Ingá/PB, por graves irregularidades em procedimentos licitatórios - notadamente, direcionamento dos certames com frustração da concorrência (simulação) e superfaturamento-, destinados à aquisição dos bens objeto dos Convênios nº 551/2004 e 554/2004 (unidades móveis de saúde equipadas, uma delas com equipamentos odontológicos), firmados entre a Edilidade e a União/Ministério da Saúde para o fortalecimento do SUS.

No TJ do Paraná, no Habeas Data nº 1117203-5⁶⁸, foi recebida a denúncia de que o prefeito do Município de Tamboara/PR, e seu pai, Diretor do Departamento de Administração e também responsável pelo Departamento de Compras do município à época dos fatos, ambos ajustados entre si e agindo de forma livre e consciente da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, dispensaram a realização de procedimento licitatório fora das hipóteses previstas em lei (artigo 24 da Lei nº 8.666/93), e assim durante dez meses adquiriram diretamente das empresas CLASSMED - Produtos Hospitalares Ltda, LARISMED - Com. de Materiais Médico e Hospitalar Ltda e A.G. KIENEN & CIA LTDA - Comércio de Produtos Hospitalares e Farmacêuticos, vários itens de medicamentos e materiais hospitalares em valores totais à época que somam a quantia de R\$46.121,74, para serem utilizados no hospital e posto de saúde do Município de Tamboara. Essas aquisições foram realizadas mediante a utilização do expediente fraudulento de fracionamento indevido das despesas, visando à subtração da

⁶⁷ TRF- Apelação Cível nº 200982010029413. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25204996/ac-apelacao-civel-ac-200982010029413-trf5>>

⁶⁸ TJ/Paraná- Habeas Data 1117203-5. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25276948/habeas-data-hd-11172035-pr-1117203-5-acordao-tjpr/inteiro-teor-25276949>>

licitação, quando na verdade o valor das compras na sua totalidade e o demonstrado fornecimento regular exigiam a realização de licitação, nos termos do art. 23, II, a, combinado com o art. 24, I, da Lei nº 8.666/93. Além disso, eles, durante sete meses, adquiriram diretamente das empresas CLASSMED e LARISMED vários itens de medicamentos em valores totais à época que somam a quantia de R\$27.982,29. Assim, além de não ter sido realizado o procedimento licitatório exigível, também se deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa das respectivas licitações, visto que nenhuma das mencionadas compras foi submetida à realização de procedimento de dispensa de licitação exigido pelo art. 26 e parágrafo único da Lei nº 8.666/93, o que causou prejuízo ao erário.

No mesmo sentido, no acórdão nº 6097/17⁶⁹, da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, verificou-se indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da *Saúde* de Goiás – SES/GO por meio do Pregão 01/2003, destinado à contratação de empresas para fornecimento de medicamentos de alto custo. Além disso, constatou-se que as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e ML Operações Logísticas Ltda. estavam acrescentando o ICMS ao valor das vendas, sendo que ele deveria ser descontado em razão de isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/2002 Confaz) e às compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênios 26/2003 Confaz), para reembolsarem a diferença.

A colaboração dos agentes públicos para a ocorrência de fraudes fica evidente na medida em que eles, além de permitirem a permanência das empresas no certame, mesmo descumprindo regras do edital, executaram os pagamentos de valores que não estavam coerentes com os editais, portanto, ordenaram e permitiram a realização de despesas que não poderiam ter sido realizadas, ante a existência de irregularidades. Nesse sentido:

O entendimento firmado nos outros processos, em que as práticas foram idênticas, foi no sentido de que as participações do secretário de *saúde* e do superintendente de administração e finanças foram decisivas para a ocorrência dos danos, independentemente de terem sido beneficiados diretamente com os valores pagos a maior. A solidariedade no débito nesse caso é devida conforme já decidido pelo TCU em outros processos que tratam do mesmo assunto.” Pois “É esperado do titular daquele órgão o exercício da administração na área de sua competência, notadamente os

⁶⁹ TCU- AC-6097-23/17-2. Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478446048/tomada-de-contas-especial-tce-2004520158/inteiro-teor-478446068>>

relacionados com a orientação, coordenação e supervisão das atividades a cargo das unidades administrativas integrantes do órgão sob sua gestão. Como bem disseram os Ministérios Públicos, o secretário ordenou despesas, homologou e adjudicou os processos licitatórios, assinou os contratos, autorizou a realização dos pagamentos às contratadas.

Assim, visto que os casos parecem apontar tanto a ocorrência de fraudes que têm raízes nas imperfeições da Lei de Licitações, quanto a colaboração dos agentes públicos para a ocorrência desses atos ilícitos, tem-se que a área da saúde vem sofrendo desvios de seus recursos públicos em face das brechas da referida lei.

2.3 ALTERAÇÕES EM PONTOS SENSÍVEIS DA LEI 8.666 COMO SUSPEITA DE SUA FRAGILIDADE

A constatação de inúmeros casos de desvios de verbas em processos licitatórios e a associação desses atos de improbidade administrativa com as fragilidades da legislação de regência dos processos de compras e contratações pela administração pública estimula movimentos que pretendem alterar e modernizar o atual arcabouço legal.

Na Câmara Federal, 239 projetos tramitam na Casa propondo alterações à Lei de Licitações⁷⁰.

Luis Roberto Ponte e Marcos Villela Sant'Anna⁷¹, ex-presidentes da CBIC (Câmara Brasileira da Indústria da Construção) e participantes do 84º ENIC (Encontro Nacional da Indústria da Construção), que aconteceu em junho de 2012, defendem a aplicação da Lei 8666/93, dizendo que ela contém princípios moralizadores a serem aplicados, da forma mais adequada e clara, nas contratações. Isso pelo fato de essa lei exigir nas contratações os seguintes aspectos: 1) a existência de projeto com nível suficiente de especificação e detalhamento de modo a permitir uma real determinação dos custos; 2) o fornecimento prévio e a publicidade de correto e detalhado orçamento; 3) a eliminação de qualquer possibilidade de preços abusivos mediante a obrigatoria desclassificação das propostas com valor superior ao teto estabelecido pela administração contratante; 4) a proibição de exigências desnecessárias e

⁷⁰ CONLICITAÇÃO. Lei de Licitações ainda gera divergências sobre a burocracia. Publicada em Dez. de 2013. Disponível em: <<https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/lei-de-licitacoes-ainda-gera-divergencias-sobre-burocracia/>>

⁷¹ PONTE, Luis Roberto.; SANT'ANNA, Marcos Villela. *Análises e testemunhos sobre a Lei de Licitações, 8666, e sobre a sua deformação, o mistificador RDC, Regime diferenciado de Contratação*. Publicado em Jun. de 2012. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/wp-content/uploads/2015/04/AP-08-04-15-Luis-Ponte-2-Analise-e-testemunhos-sobre-a-Lei-de-Licitacoes.pdf>>

discriminatórias para a habilitação dos proponentes; 5) o julgamento das propostas pelo critério objetivo do preço mínimo exequível; 6) a existência de recursos financeiros/orçamentários para poder dar ordem de início dos trabalhos; 7) a determinação de prazo máximo de 30 dias para o pagamento das tarefas contratadas e executadas; 8) o respeito à ordem cronológica nos pagamentos; 9) o direito do contratante rescindir imediatamente o contrato no caso de descumprimento de obrigações pelo contratado, inclusive a dos prazos de execução dos trabalhos; 10) a manutenção das condições iniciais da proposta; 11) o direito do contratado rescindir o contrato em caso de atraso de pagamento superior a 90 dias, além de vários outros mecanismos inibidores de direcionamento das obras e da prática de privilégios ou perseguições aos contratados.

Ainda assim, o próprio autor da Lei 8.666/93 entende necessárias algumas mudanças na referida lei para coibir a corrupção, conforme documento elaborado por ele e enviado à Comissão Especial da Câmara dos Deputados criado para aprimorar tal lei.⁷²

Os participantes do "VI Fórum de Debates sobre Licitações Públicas"⁷³, coordenados por Isabel Calmon, entre eles, técnicos do governo, executivos de compras públicas, estudiosos, advogados especializados, técnicos em licitações e administradores públicos, sugeriram ao final do debate: a) Excluir o parágrafo primeiro e segundo do anteprojeto, do artigo 94, que dá poderes ao Chefe de Governo de proibir a participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil, quando convier. O grupo entendeu que essa proibição é inconstitucional. Na lei n. 8.666/93 o artigo 3º, parágrafo 2º, disciplina que em igualdade de condições, como critério de desempate, fica assegurada preferência a empresas brasileiras, o que entende Isabel, ser o equilíbrio necessário ao interesse público e à abertura do mercado; b) Flexibilizar o cadastro de fornecedores, de forma que os documentos vencidos possam ser apresentados na própria licitação, excluindo qualquer possibilidade do participante vir a ser inabilitado ou ter o seu cadastro suspenso, no intervalo de tempo da revalidação do documento; c) Substituir a frase "é obrigatória a possibilidade de consórcio em todas as licitações", por "poderá ser permitida a participação de empresas em consórcio, desde que as empresas possuam condições financeiras e técnicas", excluindo a possibilidade de permitir que apenas 01

⁷² PONTE, Luis. *Sugestões para aprimoramento de alguns dispositivos da lei nº 8.666 para evitar as distorções atuais na sua aplicação, oriundas de lacunas pelos vetos presidenciais, de má interpretação, ou de maus desejos. Anexo 2*

⁷³ UOL. *O que deve mudar na nova Lei de Licitações*. Disponível em: <<http://licitacao.uol.com.br/apoio-juridico/artigos/6-o-que-deve-mudar-na-nova-lei-de-licitacoes.html?showall=&start=1>>

empresa consorciada possua a capacidade técnica e financeira, evitando a participação de empresas aventureiras, ou seja, as que não tenham executado serviços anteriores similares ao objeto contratado e as que não estejam financeiramente regulares, utilizem-se de outra empresa fornecedora como "âncora" de participação e contratação. De acordo com a advogada, caso persista, a obrigatoriedade de consórcio propiciaria a formação de cartéis; d) Absorver o Artigo 113 da lei 8666/93 pelo Anteprojeto para que fosse prevista a interposição de Representação perante o Tribunal de Contas da União para melhor fiscalização do processo administrativo; e) Atribuir um prazo de duração para o mandato dos integrantes do Comitê Técnico para evitar a perpetuação no cargo.

Di Pietro⁷⁴ já entende que a Lei 8.666 foi elaborada com excesso de formalismo e teve como grande objetivo moralizar os processos de licitações públicas e tentar acabar com a corrupção. Mas, na opinião dessa doutrinadora, o intuito foi inteiramente frustrado, pois as licitações e as contratações são os institutos que mais têm as portas abertas para a corrupção. “Essa lei tem muitas falhas, além do excesso de formalismo que não existe em outros países, é um procedimento que peca pela falta de transparência, sempre achei errada a realização da fase de habilitação antes da fase de julgamento”.

Para ela, a lei de licitações além do excesso de formalismo, é um procedimento que peca pela falta de transparência. Ademais, ela acredita que burocracia afasta licitantes do processo por falhas irrisórias e lista outros problemas da norma de licitações, como por exemplo: a preferência pelo critério do preço em detrimento da técnica e a adoção de um regime jurídico idêntico em todas as entidades da administração pública, inclusive para empresas estatais.

Segundo a ministra Eliana Calmon⁷⁵, o excesso de detalhamento da lei tem sido um dos fatores para a corrupção. “Ela é muito detalhada, muito minuciosa e esse formalismo tem prejudicado a própria execução da lei. Nesses últimos anos, temos verificado a proliferação dos contratos emergenciais, do continuísmo de contratos com preços superfaturados pela urgência e, dessa forma, as empresas se locupletam com esses *plus* dados pelo governo que desfalcam os nossos serviços”, disse.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. Publicada em Mar de 2017. Disponível em: < <http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/professora-maria-sylvia-aponta-falhas-na-lei-8-66693-e-afirma-que-licitacoes-sao-portas-abertas-para-a-corrupcao/>>

⁷⁵ EBC. Eliana Calmon defende revisão da Lei de Licitações para diminuir fraudes. Publicado em: Out. de 2012. Disponível em: < <http://www.ebc.com.br/2012/10/eliana-calmon-defende-revisao-da-lei-de-licitacoes-para-diminuir-fraudes>>

Essa Lei é caracterizada por Rosilho⁷⁶ como maximalista por tentar detalhar exaustivamente todo o processo de contratação e criticada por Sunfeld⁷⁷ (2015) por ser exagerada e distorcida, amarrando demais a Administração a soluções legais prévias.

Rafael Oliveira e Rafael de Freitas⁷⁸ analisam que o exagero nos procedimentos burocráticos da Lei 8.666 surtiu efeitos contrários àqueles idealizados por quem a compôs, no sentido de “diminuir a corrupção no bojo dos procedimentos licitatórios, por meio da redução da discricionariedade do administrador e da ampliação do mecanismo de controle”.

Segundo eles, é possível identificar ao menos três consequências indesejáveis trazidas por este procedimento licitatório burocrático: “(i) o Estado acaba pagando preços superiores ao de mercado, tendo em vista que os licitantes embutem o custo de participar desta procedimentalização - permeada por exigências, cada vez mais complexas e detalhistas, sendo, muitas vezes, restritivas da competitividade - o que gerou um incremento nos custos de transação nas contratações com o poder público; (ii) a morosidade tem sido a tônica desses procedimentos, na medida em que são intermináveis as contendas entre os licitantes – tanto em sede administrativa, como no âmbito do Poder Judiciário- , principalmente nas fases de habilitação e julgamento; (iii) toda essa lógica do processo pelo processo, considerando o procedimento licitatório como um fim em si mesmo, contribuiu para a onerosidade de todo o procedimento, acarretando contratações antieconômicas para o Estado.

Nesse diapasão, Marcos Juruena⁷⁹ destacou quatro elementos que afastam a Lei 8.666/93 como parâmetro para adoção de medidas condizentes com a eficiência administrativa - a generalidade, a burocracia, a morosidade e a onerosidade:

“Nesse contexto, impunha-se a apresentação de respostas às críticas quanto ao formato das licitações da Lei nº 8666/93, a saber, a generalidade, já que a mesma lei destinava tanto a compra de clipes quanto para construção de uma usina nuclear; a burocracia, eis que a lei estava pensada para um rigoroso exame de documentos, cada vez mais complexos e detalhistas; instituiu - se um “campeonato de papelada” – vencia quem sabia melhor cumprir a burocracia; a morosidade, eis que como visto o processo centrado na papelada e não nas propostas se tornava demasiado lento, sem o necessário

⁷⁶ ROSILHO, André Janjácómo. *Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no Sistema de contratações públicas*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2011.

⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁷⁸ REZENDE OLIVEIRA, R. e VÉRA S. DE FREITAS, R. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados*, in *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 35. Belo Horizonte: Ed. Fórum. p. 9-10.

⁷⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”!* In: ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 560 e 561.

proveito em termos de qualidade e preço; e a onerosidade tanto para a Administração como para o particular”.

O secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará⁸⁰, Francisco Queiroz, diz que a Lei 8.666 trouxe avanços para a administração pública. “Ela tem bons princípios, agrega isonomia, formalidade, publicidade (das informações). Isso traz um custo em tempo, dinheiro e recursos humanos para acompanhar a licitação”, avalia. Entretanto, aponta brechas na legislação. “Virou um procedimento muito formal, oneroso, rígido e não totalmente protegido contra as fraudes”, pondera.

Na visão do procurador da República, do Ministério Público Federal (MPF), Fabrício Caser⁸¹, a Lei das Licitações deve ser aperfeiçoada constantemente à medida que novas práticas criminosas surgem. “Há alguns pontos que deveriam estar mais claros e creio também que deveria haver punição maior. Dificilmente o réu é condenado à pena máxima.”

Em outra linha, o jurista Modesto Carvalhosa⁸², sócio do Carvalhosa e Eizirik Advogados e autor de livros sobre direito econômico, acredita que a melhor forma de resolver de vez o problema das licitações e contratos públicos é a criação de seguros nos contratos, garantindo o ente público contra o risco de inadimplência do contrato de obras ou de fornecimento de serviços e produtos.

Em que pese a licitação se apresentar como a forma mais segura e viável para que a Administração Pública adquira bens e contrate serviços, garantindo uma administração justa e legal, que propicie o bem geral e as melhores condições para toda a comunidade, as frequentes manipulações, as constantes fraudes e todo o aproveitamento ilegal do dinheiro público colocam em dúvida os procedimentos licitatórios até agora adotados.

Como se denota do que foi abordado neste capítulo, a realidade se apresenta farta em exemplos de utilização pelo agente público de fragilidades do arcabouço legal para desvio do processo de compra e contratação, quer para favorecer alguma empresa fornecedora, quer para própria apropriação indevida, situações corriqueiras que vêm gerando prejuízo ao Erário.

⁸⁰ CONLICITAÇÃO: Lei de Licitações ainda gera divergências sobre a burocracia. Publicada em Dez. de 2013. Disponível em: <<https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/lei-de-licitacoes-ainda-gera-divergencias-sobre-burocracia/>>

⁸¹ GAZETA ONLINE: Licitações: onde nasce a corrupção. Publicada em Ago. de 2011. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/08/noticias/a_gazeta/politica/923163-licitacoes-onde-nasce-a-corrupcao.html>

⁸² O GLOBO. *Nas licitações, a lei ainda é falha*. Publicada em Maio de 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/nas-licitacoes-lei-ainda-falha-16152630>>

Por esse fato, tem-se que a Lei 8.666/93 deve ser revisada urgentemente, com o intuito de impedir que a corrupção continue a ocorrer, fazendo jus ao objetivo da realização de licitação, em que os recursos públicos, oriundos dos impostos da coletividade, com um fim público, sejam utilizados na contratação mais vantajosa para o Estado e que o montante do dinheiro não desperdiçado com a corrupção licitatória se reverta para atender às necessidades da sociedade.

CAPÍTULO 3

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DESESTIMULADOR AO COMETIMENTO DE CORRUPÇÃO

Comprovado no capítulo antecedente que a lei 8.666/93 apresenta brechas que possibilitam a ocorrência de fraudes licitatórias, a atual análise do Regime Diferenciado de Contratação ou RDC servirá como instrumento adicional de comprovação desta suspeita, pois foi inicialmente utilizado como meio de reparação das brechas normativas de corrupção existentes na lei n. 8.666/93. Contudo, como se verá também a própria RDC já tem sido objeto de reformulação recente, uma vez que ela mesma está a permitir atos corruptos pelas lacunas de suas disposições. Resta, portanto, analisar se a proposta de um novo regime, que a substitui, está sendo eficaz para coibir tais práticas.

A partir de dados e tabelas, ver-se-á que apesar de o Regime Diferenciado de Contratações ter se apresentado como um regime mais célere e mais econômico nas contratações realizadas pela Infraero, ele possibilitou rombos milionários aos cofres públicos, havendo, novamente, previsões de novos meios licitatórios que trazem a inibição de práticas fraudulentas como principal objetivo.

Por fim, se propõe analisar a proposta do novo Projeto de Lei 559/13 que tem por intuito revogar tanto a atual Lei geral das Licitações, quanto o RDC e o Pregão, consolidando suas melhores regras em um único objeto.

O regime diferenciado de contratação (RDC), previsto na Lei 12.462/11, aprovado pelo Senado por meio do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011, originário da Medida Provisória nº 527-B/2011, em apertada síntese, consiste em num procedimento licitatório que visa a ser um regime de contratação mais eficiente, econômico e célere, afastando o regime geral de licitação.

Ele teve por inspiração regras de contratação da União Europeia⁸³, dos EUA⁸⁴ e nas diretrizes da OCDE⁸⁵, como também na legislação que disciplina no Brasil as contratações por meio do pregão⁸⁶.

⁸³ Diretiva 2004/18 do Parlamento Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0018>>

⁸⁴ Item 36.2 do Regulamento Federal de Aquisições Públicas dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://www.acquisition.gov/?q=browsefar>>

⁸⁵ Documento disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>

⁸⁶ 10ª semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. Disponível em: <<http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Oficina-38-Semana-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.pdf>>

Importante também destacar que a Lei nº 12.462/11 possui uma variedade de normas bastante detalhadas, algumas exigindo conhecimentos técnicos especializados, tendo sido regulamentada pelo Decreto 7.581/2011, que institui o Regulamento do RDC, apresentando disposições ainda mais minuciosas.

Qualquer análise do RDC ainda deve ser feita com cuidado, dado que não há uma quantidade significativa de contratações. O Ministro Bruno Dantas alertou quanto a isso no voto condutor do Acórdão⁸⁷:

“Embora este processo tenha cumprido seu objetivo, e a presente solicitação possa ser considerada integralmente atendida, entendo que os resultados das análises e o caráter ainda incipiente do instituto da contratação integrada recomendam que o Tribunal revise o tema em outra oportunidade, quando dispuser de uma amostra composta de mais dados empíricos, provenientes de maior quantidade de contratações”.

O projeto original previa a aplicação do RDC exclusivamente às licitações e contratos referentes às Olimpíadas, à Copa das Confederações e à Copa do Mundo, às obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos.

Em Dezembro de 2012, a Lei nº 12.745 estendeu a aplicação do RDC também às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, por meio da inclusão do inciso V.

Tais hipóteses de incidência do referido regime constituem rol taxativo, uma vez que o caput do Art. 1º da supracitada lei delimita as situações nas quais o RDC irá incidir⁸⁸.

⁸⁷ ACÓRDÃO Nº 306/2017 – TCU – Plenário Processo nº TC 033.102/2015-5. Apenso: 034.974/2015-6. Relator: Ministro Bruno Dantas. Disponível em: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY%3AACORDAO-COMPLETO-2235654/DTRELEVANCIA%20desc/false/1 >

⁸⁸ BRASIL. LEI 12.462/11. **Art. 1º**: É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; VII - das ações no âmbito da segurança pública; VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A; X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm >

Para Cardoso⁸⁹, a aplicação do RDC não só voltada para licitar obras de infraestrutura da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol em 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016, confirma a tendência de que ele passe a ser o modelo de licitação usualmente adotado pela Administração Pública.

Na mesma linha, Caio Junqueira e André Borges⁹⁰ avaliam que “a exceção virou regra”, pois depois de algumas experiências bem avaliadas pelo governo no setor aeroportuário, “*o RDC simplesmente passou a dominar as principais compras públicas federais, colocando em xeque o futuro da atual Lei de Licitações*”.

O RDC prevê diversas inovações em relação ao regime jurídico instituído pela Lei 8.666/1993. Em se tratando dos princípios norteadores de tal regime, comparando-os aos da Lei 8.666, tem-se que foram adicionados, em seu art. 3º⁹¹, dois novos princípios a serem, obrigatoriamente, seguidos na licitação: os princípios da eficiência e da economicidade. Quanto às modalidades⁹² de licitação, foram extintas as modalidades da carta convite e tomada de preços, restando o pregão, a concorrência, o concurso e o leilão.

E em relação aos tipos (ou critérios de julgamento) de licitação, na Lei 8.666 são previstos, em rol taxativo presente do art. 45, quatro: o menor preço, a melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance ou oferta. Já na Lei do RDC, são previstos seis: o menor preço, o maior desconto, a técnica e preço, o maior lance, o maior retorno econômico e a melhor técnica. Tendo sido adicionados, portanto, os tipos de maior desconto e de maior retorno econômico.

Outra alteração consiste na previsão de um novo regime de execução contratual – a contratação integrada. Além disso, a Lei do RDC traz também a utilização do

⁸⁹ TELLO, Diana Carolina Valencia. *Críticas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. Publicado em: Fev. de 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2016000200005>

⁹⁰ BLOG DO FERNANDO NOGUEIRA DA COSTA. *RDC x Lei das Licitações*. Publicado em Jan. de 2013. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/01/02/rdc-regime-diferenciado-de-contratacao-x-lei-das-licitacoes/>>

⁹¹ BRASIL. LEI 12.462/11. **Art. 3º**: As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>

⁹² MIGALHAS. CHENISK, Diego. Publicada em: Ago. de 2008. “Muitas pessoas confundem, ao tratar de licitação, os termos modalidade e tipo de licitação. Entendemos por modalidade de licitação as formas em que o procedimento de seleção se apresenta. Para que se obtenha o melhor julgamento, para que saibamos como será escolhido o licitante vencedor, definimos o tipo de licitação, que pode ser melhor técnica, técnica e preço ou menor preço.” Ou seja, as modalidades são espécies de procedimentos licitatórios e quando falamos em *tipos*, estamos nos referindo a critérios de julgamento das propostas apresentadas em licitação pública.

orçamento sigiloso nas licitações com o objetivo de evitar práticas licitatórias fraudulentas. E esses são os dois pontos que mais geram divergência em relação à sua substituição à Lei 8.666.

Para o senador Ronaldo Caiado⁹³ (DEM-GO), o texto do RDC moderniza as licitações e traz novos métodos que podem permitir mais agilidade e diminuir a burocracia, sem perder garantias.

Para o líder do então governo Dilma, deputado Arlindo Chinaglia⁹⁴ (PT-SP), a contratação integrada diminuiria a corrupção porque a concentração dos serviços em um só certame obrigaria a contratada a fazer um projeto viável. "Não há nenhuma garantia de que a Lei de Licitações coíba a corrupção, ao contrário, ela cria condições. Um exemplo disso são os aditivos, que permitem que uma obra prevista para R\$ 100 mil custe dez vezes mais. Na contratação integrada, a mesma empresa vai fazer projeto e obra e não pode pedir aditivo alegando erro no projeto", afirmou.

O senador Reguffe⁹⁵ (sem partido-DF) reconheceu os avanços do projeto, mas criticou a ampliação das possibilidades de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações, por acreditar que essa flexibilização, para vários setores da economia, não seria o melhor para o contribuinte.

A avaliação do advogado Fernando Vernalha⁹⁶, que analisa a lei para a Associação Paulista de Obras Públicas (APEOP), é que a nova lei pode tornar as obras públicas mais caras, pois gera mais custos para quem disputa, sem retirar toda a insegurança de quem é contratado, por não reduzir o poder dos órgãos públicos de modificar ou não cumprir os contratos.

A despeito desta nova realidade legislativa, existem em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de Inconstitucionalidade, questionando os aspectos formal e material de certos dispositivos da Lei nº 12.462/11, que trata da RDC. Em relação ao aspecto formal, tem-se o questionamento em relação ao modo de

⁹³ SENADO. Senado aprova projeto que altera a Lei de Licitações. Publicado em: Dez. de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/senado-aprova-projeto-que-altera-a-lei-de-licitacoes/tablet>>

⁹⁴ CÂMARA. Oposição critica ampliação do RDC para todas as obras públicas. Publicado em: Abr. de 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/465744-OPOSICAO-CRITICA-AMPLIACAO-DO-RDC-PARA-TODAS-AS-OB-RAS-PUBLICAS.html>>

⁹⁵ SENADO. Senado aprova projeto que altera a Lei de Licitações. Publicado em: Dez. de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/senado-aprova-projeto-que-altera-a-lei-de-licitacoes/tablet>>

⁹⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. Nova Lei de Licitações passa no Senado com limitações ao TCU. Publicado em: Dez. de 2016. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/folha-de-spaulo/20161214/281973197292628>>

conversão da MPV nº 527 na Lei 12.462/11, que será tratada no item a do próximo tópico. Quanto ao aspecto material, importante se faz a análise de alguns dispositivos principais, quais sejam: os princípios estabelecidos no art. 37, XXI da Constituição Federal, a contratação integrada e o orçamento sigiloso.

Infere-se então, que as controvérsias sobre esse novo modelo licitatório giram em torno de 3 problemas: a sua inconstitucionalidade, a contratação integrada e o orçamento sigiloso, que serão apresentadas no item que se segue.

3.1 DOS ASPECTOS POLÊMICOS DO RDC

Quanto aos aspectos que estão gerando divergência com relação à utilização do RDC como medida inibidora da prática corruptiva, em pesquisa realizada por Ventura⁹⁷, buscou-se apresentar duas perspectivas sobre as inovações do RDC, as ideias utilizadas por políticos opositoristas para desqualificá-las, vistas na petição inicial da ADI nº 4.645 e as ideias empregadas por políticos governistas para defendê-las, presentes no Parecer nº 2.903/2011 da Subchefia de Assuntos Jurídicos (SAJ) da Casa Civil.

Primeiramente, na ADI 4645, argumenta-se contra o mérito do RDC, utilizando-se, de maneira geral, ideias de *moralidade* e *isonomia* para iniciar seus argumentos:

“[...] os novos instrumentos que institui **não são capazes de assegurar a moralidade administrativa e a garantia da isonomia** entre os participantes da licitação, que são elementos fundamentais do conceito constitucional de licitação”. (ADI nº 4.645, petição inicial, p. 26)

Contra as ideias de *flexibilidade* e *autonomia* do RDC, utiliza-se ideias de *rigidez*:

“Observa-se, assim, **verdadeira delegação de competência** a ente da Administração Pública para definir o regime licitatório aplicável ao caso. Ou seja, **na prática, o Executivo poderá escolher, caso a caso, o regime jurídico aplicável. A falha é grave [...]**”. (ADI nº 4.645, petição inicial, p. 28)

Os partidos criticam também a regra que permite que alguns atos sejam publicados apenas na *internet*, empregando ideias de *publicidade*, *moralidade* e *controle social*:

⁹⁷ VENTURA, Otávio. Rigidez ou flexibilidade governamental? Discursos anticorrupção e pró-eficiência sobre contratações com o orçamento sigiloso. Dissertação de mestrado publicada em 2016. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21095/1/2016_OtavioAugustoFerreiraVentura.pdf>

“[...] ao mitigar a **publicidade** dos atos a que se refere [...], põe em risco também a **moralidade** administrativa [...]. A supressão de instrumentos de publicidade, tal como a publicação pela imprensa oficial, reduz também a possibilidade de eficácia de **controle social**, enfraquecendo o princípio constitucional da moralidade”. (ADI nº 4.645, petição inicial, p. 44)

Para defender o RDC, ao tratar das questões de mérito sobre o RDC, a AGU aproveita as ideias empregadas pela SAJ/CC em seu parecer. Inicialmente, a Casa Civil busca enquadrar o RDC como uma das opções disponíveis para o gestor público, de forma paralela à Lei Geral e à Lei do Pregão, um argumento que valoriza as ideias de *flexibilidade e autonomia*:

“Afirma-se, portanto, que o regime diferenciado de contratações tratado pela Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, e a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, são modelos diferentes de contratação pública, **sendo facultado à Administração, motivadamente e dentro das balizas legais, optar por um deles** [...]. O mesmo ocorre com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que dispõe que para aquisição de bens e serviços comuns poderá ser adotada a modalidade pregão [...]. Assim como a Lei nº 10.520, de 2002, a Lei nº 12.462 de 2011 não revogou a Lei nº 8.666 de 1993, tão-somente estabeleceu um **procedimento alternativo**”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 9, §11, §12)

E argumenta-se também que o modelo do RDC valoriza as ideias de *eficiência e de gestão por resultados*:

“Dito isso, a Lei nº 12.462 de 2011 entra em vigência em um contexto de **concretização do princípio da eficiência nas contratações públicas e da gestão pública por resultados**, respeitados os demais princípios constitucionais, de forma a aproveitar as boas práticas já existentes na legislação brasileira, tais como o procedimento do pregão, e os casos internacionais bem-sucedidos”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 14)

De forma geral, a Casa Civil emprega as ideias de *celeridade, economicidade e competitividade* para defender inovações do RDC:

“[...] estímulo à informatização do processo licitatório, com vistas a **acelerar os procedimentos** [...]. A inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento como regra geral, **diminuindo a burocracia e reduzindo o custo** para os participantes [...]. A combinação dos modos de disputa, abertas ou fechadas, **estimulando a concorrência e aumentando os ganhos** da Administração [...]. A instituição de fase recursal única, **economizando tempo** [...]. A instituição da pré-qualificação permanente, do sistema de registro de preços e do catálogo eletrônico de padronização, **dando celeridade ao processo**”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 15)

Ela emprega ainda as ideias de *transparência* para defendê-las:

“[...] a Lei nº 12.462 de 2001 **eleva a transparência do processo de contratação e promove o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle**, uma vez que, ao estimular a ampla utilização de meios e procedimentos eletrônicos, conforme dispõe em seu artigo 13, possibilita aos órgãos de controle o acompanhamento das licitações em tempo real e acesso a todos os seus detalhes”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 16)

Ela também valoriza a ideia de *publicidade* ao defender a adoção da *internet* para a divulgação de certos atos licitatórios no âmbito do RDC:

“Vale destacar que a **concretização do princípio da publicidade é muito mais efetiva** com a divulgação dos atos públicos na rede mundial de computadores do que na publicação impressa via Diário Oficial”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 53)

Esse novo instrumento licitatório supostamente banaliza princípios fundamentais da contratação pública essenciais para o adequado funcionamento de Estados democráticos constitucionais, quais sejam: a legalidade, a publicidade e a isonomia juntamente com o julgamento objetivo, além de também ferirem o princípio da transparência.

Com relação à legalidade, esse princípio constitui um dos mais importantes fundamentos para a organização do exercício do poder no Estado, bem como constitui uma garantia fundamental do direito de todos os cidadãos, que devem ser tratados em igualdade de condições mediante o cumprimento do devido processo, vinculando todas as autoridades do Estado quanto aos direitos adquiridos e ao cumprimento dos procedimentos que limitam o exercício do poder público conforme estabelece o ordenamento jurídico. Dessa forma, os atos e as decisões das autoridades estão em todo momento subordinadas ao ordenamento jurídico.

No caso do RDC, esse princípio foi desrespeitado pelos legisladores tanto pelo fato de eles terem violado as normas de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, estabelecidas na LC 95, que dispõe sobre a necessidade de pertinência temática com o conteúdo inicial da medida provisória para a elaboração de leis, quanto por eles terem afrontado o devido processo legislativo e o princípio da separação dos poderes. O que gera a possibilidade de ter havido uma inconstitucionalidade formal na elaboração dessa nova lei.

Em se tratando da publicidade, Di Pietro⁹⁸ afirma que a publicidade representa o início de outras práticas democráticas, como controle, pois, logicamente, só se pode controlar, impugnar ou mesmo participar daquilo que se conhece. Além disso, mesmo que a informação seja desprovida de valor instrumental, a lógica republicana lhe atribui valor em si, pois o poder não emana do Estado, este apenas exerce-o em nome dos cidadãos, a quem cabe o direito de obter as informações de que o Estado é depositário.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 61.

Um dos dispositivos que mitigam o princípio da publicidade é artigo 6º § 3º⁹⁹, que estabelece o orçamento sigiloso. O mencionado artigo explica que o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público somente e de imediato após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das informações necessárias para a elaboração das propostas, observado que se não constar do instrumento convocatório, a informação para elaboração das propostas possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Na petição de inconstitucionalidade¹⁰⁰ do novo regime de contratação, os partidos políticos defendem que há uma inversão da regra constitucional, pois na Constituição Federal a publicidade e a transparência são regra e o sigilo não se presume, justifica-se. Já o referido artigo do RDC, é contrário ao que prega a Carta Magna.

Já com relação aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, de acordo com os impetrantes da ADI 4645, a contratação integrada os fere quando não permite definir com clareza qual será o seu objeto e suas dimensões, sem efetivo projeto básico e executivo.

Roberto Gurgel, impetrante da ADI 4655, afirma que o fato de haver a adoção preferencial ao regime de contratação integrada para obras e serviços, concentrando em um único contratante a elaboração do projeto e a execução das obras, fere a finalidade competitiva essencial de qualquer licitação.

a) DA INCONSTITUCIONALIDADE

O Ministério Público Federal, revestido na época pelo Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, fez coro à tese de inconstitucionalidade¹⁰¹, impetrando a

⁹⁹ Lei 12.462/11. **Art. 6º:** Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. **§ 3º:** Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>

¹⁰⁰ ADI nº 4.645, petição inicial, p. 46: “De acordo com tal disposição, se a informação não constar do instrumento convocatório, presume-se que seja sigilosa. Há nisso uma inversão da regra constitucional. Na Constituição Federal **a publicidade e a transparência são regra** [...]. De acordo com a Constituição, **o sigilo não se presume, justifica-se**”.

¹⁰¹ JUS. O regime diferenciado de contratação (RDC) frente à Lei nº 8.666/93 e o princípio da economicidade. Publicado em Mar. de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37516/o-regime-diferenciado-de-contratacao-rdc-frente-a-lei-n-8-666-93-e-o-principio-da-economicidade>>

ADI nº 4655, alegando grande ofensa ao Art. 37 da CF, que dispõe de condições gerais das licitações, pelo fato de a norma questionada ter resultado da conversão em lei da Medida Provisória 527/11, editada originalmente para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

Gurgel¹⁰² lembra que, de acordo com o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Segundo ele, essa regra não é respeitada na Lei 12.462/11 porque a norma não fixa parâmetros mínimos para identificar as obras, os serviços e as compras que deverão ser realizadas por meio do RDC. “Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Executivo”, conclui.

Ora, se há normas gerais na Lei nº 8.666, a Lei do RDC não poderia afastar de todo a sua aplicação, como o faz no § 2º de seu art. 1º¹⁰³. Visível, pois, a inconstitucionalidade da Lei nesse ponto.

Esse coro pela inconstitucionalidade do novo instrumento licitatório se deu tendo em vista a ausência de afinidade lógica ou pertinência temática entre o texto original da Medida Provisória nº 527 e a emenda parlamentar introduzida pelo Deputado Federal José Guimarães, que disciplinou em 47 artigos o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, violando, assim, o que prevê o art. 4º §1º da Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional, que diz que “É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”.

A presente ação direta de inconstitucionalidade, ADI nº 4655, cuja relatoria ficou sob a responsabilidade do Ministro Luiz Fux, ainda não recebeu uma palavra final do supremo e, infelizmente, apesar de ter sido interposta no longínquo ano de 2011, desde 2013 está conclusa esperando um parecer do relator, embora grandes eventos,

¹⁰² STF. *Ação do MPF questiona no Supremo regime de contratações públicas para obras da Copa*. Publicada em: 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=188758>>

¹⁰³ LEI 12.462/11. Art. 1º, § 2º: “A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

respaldados na legislação do RDC já tenham acontecido nesse interim (v.g. a copa das confederações e a copa do mundo).

Além disso, segundo os partidos¹⁰⁴ que ajuizaram a ação direta de inconstitucionalidade nº 4645, o PSDB, o DEM e o PPS, a Medida Provisória nº 527/11 não observou o art. 62 da Constituição da República, no tocante aos requisitos de relevância e urgência, necessários à sua edição. A análise desses pressupostos tem natureza política e cabe ao Chefe do Executivo realizar o juízo prévio, devendo o Legislativo, posteriormente, apreciá-lo. A inobservância deste rigor formal, por sua vez, permite o controle pelo Poder Judiciário¹⁰⁵.

Na ADI 4645 estão presentes argumentos¹⁰⁶ de que o texto original da MPV que recebeu o RDC via emenda parlamentar não atenderia os pressupostos de relevância e urgência exigidos pela Constituição:

“[...] originalmente, a medida provisória em exame tratava apenas da reorganização da Presidência da República e Ministérios, **tema ordinário que não autoriza o emprego de medidas provisórias**. Afinal, nada mais comum e ordinário do que a reestruturação de órgãos e reorganização da Administração Pública”. (ADI nº 4.645, petição inicial, p. 3)

Em seguida, argumentou-se que houve abuso no poder de emendar em duas dimensões. Primeiro pelo fato de que o RDC seria matéria estranha à MPV original:

“Em primeiro lugar, cumpre asseverar que a tramitação da Medida Provisória n. 527 e do respectivo Projeto de Lei de Conversão no Congresso Nacional **não observou o devido processo legislativo constitucional, tendo em vista a admissão de emendas absolutamente impertinentes** ao texto da Medida Provisória n. 527/2011”. (ADI nº 4.645, petição inicial)

¹⁰⁴ SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz das ADINS 4645 e 4655- análise crítica*. Publicado em: 2012. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:74QTY-RPtqWJ:bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10363/Gabriella%2520Marques%2520de%2520Azevedo%2520dos%2520Santos.pdf%3Fsequence%3D1+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>

¹⁰⁵ STF. ADI 2213 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013767&base=baseAcordaos>>.

“É cediço que esta Corte constitucional qualifica como político o juízo que se faz acerca dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, necessários à edição de medidas provisórias. Caberia ao Executivo o juízo prévio acerca dos pressupostos constitucionais e, ao depois, ao Legislativo, caberia, quando da análise do ato, confirmar ou infirmar o juízo político do Executivo. Entretanto, também se sabe que a orientação assentada no Supremo Tribunal Federal admite o controle dos pressupostos processuais da edição de medidas provisórias sempre que o Tribunal se vê diante de casos dos quais o Executivo abusa de sua competência constitucional e edita atos legislativos flagrantemente alheios às exigências constitucionais (...). De fato, negar de forma peremptória à Corte Constitucional a possibilidade de examinar o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência seria o mesmo que despir completamente de normatividade a disposição do art. 62, privar-lhe de qualquer possibilidade de eficácia jurídica (...)”.

¹⁰⁶ VENTURA. Otávio. *Rigidez ou flexibilidade governamental? Discursos anticorrupção e pró-eficiência sobre contratações com o orçamento sigiloso*. Dissertação de mestrado publicada em 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21095/1/2016_OtavioAugustoFerreiraVentura.pdf>

Segundo, que inserir matéria relevante como o RDC via emenda parlamentar retiraria a possibilidade de que o RDC sofra outras emendas, já que não é possível que um parlamentar emende matérias incluídas por relatores em plenário:

“[...] o direito de emendar, por sua vez, também resta impedido, por força das condições regimentais que impedem o oferecimento de emendas por parlamentares em matérias novas incluídas em plenário pelo relator da proposição”. (ADI nº 4.645, petição inicial, p. 20)

O intuito desse tópico não é discutir todas as possíveis inconstitucionalidades do novo regime pontuadas por essas ações. O que se pretende é apenas ilustrar que há divergências quanto à constitucionalidade do referido regime. Ademais, no item seguinte, demonstrar-se-á que o RDC apresenta pontos falhos que necessitam de aprimoramento.

b) DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

A contratação integrada é tratada no art. 9º da Lei n. 12.462/11 e regulada pelos artigos 73 a 76 do Decreto n. 7.581/11. Consiste no regime de execução contratual previsto para as obras e serviços de engenharia, onde: “[...] a contratada é responsável tanto pela elaboração do projeto básico, quanto do executivo, bem como pela execução e entrega da obra acabada, pronta para funcionar”.

Esse regime já havia sido previsto pelo Decreto Federal 2.745/97¹⁰⁷, responsável pela disciplina legal das licitações realizadas pela Petrobras, que em seu item 1.6 estabeleceu a possibilidade de contratação global.

Na Lei geral de Licitações, a contratação integrada é expressamente proibida. De acordo com o artigo 9º¹⁰⁸, inciso I, da Lei 8.666/93, o autor do projeto básico e do projeto executivo fica impedido de concorrer na licitação. Dessa forma, duas são as alternativas: ou a própria Administração Pública elabora os projetos básico e executivo

¹⁰⁷ Decreto n. 2.745/98, o qual aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRÁS, traz em seu item 1.9 a possibilidade de utilização da contratação integrada: **1.9.** Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

¹⁰⁸ BRASIL. LEI 8.666/93. **Art. 9º:** Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

e entrega-os ao vencedor da licitação, ou a Administração realiza licitação distinta apenas para escolher o mais qualificado à produção desses projetos.

A jurisprudência do TCU¹⁰⁹ informa que a aplicação do regime da contratação integrada não se justifica pura e simplesmente pelo fato de se tratar de obra ou serviço de engenharia, mas sim diante da complexidade da obra ou serviço de engenharia e dos riscos que advém para a Administração, não devendo ser utilizado para obras de baixa complexidade.

Assim, a transferência para o particular da elaboração do projeto básico e executivo se impõe diante de situações que extrapolam a experiência comum da Administração, quando esta não tem domínio do conhecimento necessário. Diante disso, aponta três requisitos para aplicação do regime da contratação integrada: a) a contratação integrada aplica-se tipicamente a obras mais complexas; b) a contratação integrada aplica-se tipicamente a ajustes do tipo “turn key”¹¹⁰; c) a contratação integrada aplica-se tipicamente quando se confere ao fornecedor ampla liberdade para conceber a solução técnica adequada, atribuindo-lhe, em contrapartida, os riscos inerentes de insucesso do empreendimento.

Argumenta-se uma maior eficiência ao contrato, quando se desburocratiza o sistema e se permite uma maior ligação do setor particular com o público. No entanto, a Casa Civil combina as ideias de *flexibilidade*, *inovação* e *eficiência* ao defender a modalidade de contratação integrada:

“Com **maior liberdade** no planejamento e execução das obras, o **contratante pode adotar soluções inovadoras**, incorporar métodos **mais eficientes** e emprestar à obra pública – e indiretamente à Administração – o know-how do setor privado”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 32)

Ela também emprega a ideia de *economicidade* para defende-la:

“**Há ainda mais segurança quanto aos custos**. Sob a Lei nº 8.666 de 1993, o valor contratado pode, muitas vezes, não corresponder à quantia paga ao fim do contrato, em razão dos sucessivos aditivos. **Pela contratação integrada, o preço inicial da contratação será o efetivamente desembolsado** pela Administração ao final do contrato. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 41)

¹⁰⁹ TCU. Acórdão n. 2242/2014 – Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Publicada em: Ago. de 2014. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY%3AACORDAO-COMPLETO-1320442/DTRELEVANCIA%20desc/false/1

¹¹⁰ BATISTA, Luis Olavo. *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 39. Turn key: A doutrina e a jurisprudência, pelas características da empreitada integral, costumam chamá-la de turn-key (“ligar a chave”). Isso porque o que a caracteriza é o fato de o contratado ter o dever de executar e entregar o empreendimento pronto, acabado e em plenas condições de funcionamento. O fundamental nesse tipo de contrato é que a obra, ao ser entregue, “esteja apta a funcionar sem mais formalidades – daí a expressão turn-key, que se refere a acionar uma chave ou controle para dar partida na produção”.

Relator de uma série de propostas de reformulação da Lei de Licitações, o deputado Fábio Trad¹¹¹ (PMDB-MS) criticou a contratação integrada. "O RDC nega o dever de planejamento do Estado, que perde a soberania ao transferir para um particular a definição do objeto contratual. Isso gera risco de sobrepreço, porque o Estado não tem parâmetros seguros de contratação", declarou.

Nesse mesmo diapasão, foi solicitada ao TCU, pelo Congresso Nacional, uma avaliação¹¹² dos resultados da introdução, na Administração Pública, da figura da contratação integrada, no âmbito do RDC. A avaliação se deu a partir da comparação de uma amostra significativa de contratações de obras similares sob esse regime com outra igualmente significativa que não o tenha utilizado. O escopo deste trabalho se restringiu às informações apresentadas pelo DNIT.

Essa análise compõe-se de 33 fiscalizações realizadas pelo TCU em obras e serviços que se valeram do emprego do RDC-Contratação Integrada.

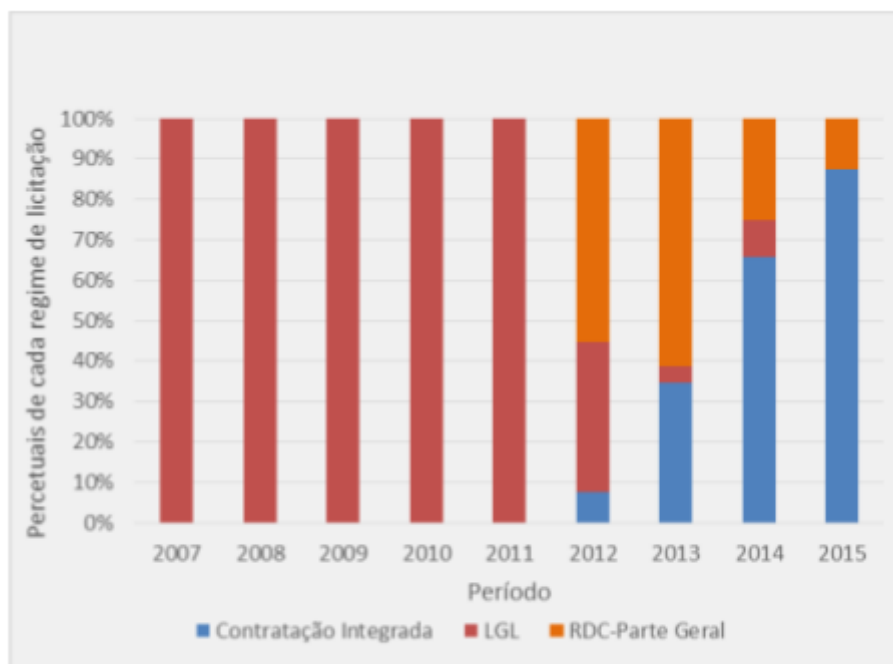
A primeira análise avaliou comparativamente o grau de utilização dos diversos regimes licitatórios, RDC-Contratação Integrada, RDC-Parte Geral e LGL, de modo a entender qual teria sido a opção predominante dos gestores durante os primeiros anos da Lei 12.462/2011.

Os dados do gráfico abaixo indicam a opção clara do DNIT pela adoção do RDC-Contratação Integrada em detrimento às demais modalidades licitatórias, sobretudo a partir do exercício de 2014.

Gráfico VIII: Distribuição das modalidades licitatórias

¹¹¹ Portal da Câmara dos Deputados. Oposição critica ampliação do RDC para todas as obras públicas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/465744-OPOSICAO-CRITICA-AMPLIACAO-DO-RDC-PARA-TODAS-AS-OBRAS-PUBLICAS.html>>

¹¹² ACÓRDÃO Nº 306/2017 – TCU – Plenário Processo nº TC 033.102/2015-5. Apenso: 034.974/2015-6. Relator: Ministro Bruno Dantas. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY%3AACORDAO-COMPLETO-2235654/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>



Fonte: Produção própria a partir de dados encaminhados pelo DNIT em cumprimento ao Ofício de Diligência 1065/2015-TCU-SetraRodovia

Essa opção majoritária pelo RDC-Contratação Integrada remontou para a possibilidade de descumprimento do inciso II, art. 9º da Lei 12.462/2011¹¹³, utilizado para justificar essas contratações. Em análise amostral, verificou-se que as justificativas registradas pelo DNIT para a adoção da Contratação Integrada, segundo o inciso II, art. 9º, da Lei 12.462/2011, são genéricas e padronizadas para todos os tipos de obras (Evidência 3). Essas citações de cunho geral não albergam a determinação da lei de justificar técnica e economicamente a utilização do RDC-Contratação Integrada.

Feito isso, fez-se uma compilação das irregularidades apontadas nessas auditorias e também de outros pontos úteis à caracterização dos fatos, como a avaliação da metodologia de aprovação do projeto básico no âmbito do DNIT.

a) Anteprojeto: Nesse grupamento são enquadrados os achados em que o anteprojeto apresenta indícios de irregularidades, tais como: a.1) orçamento, com eventual sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado; a.2) deficiência e/ou desatualização do anteprojeto de engenharia, sem os elementos necessários

¹¹³ BRASIL. LEI 12.462/11. Art. 9º, inciso II: Nas licitações de obras e serviços de engenharia no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: I - envolvam inovação tecnológica ou técnica; II - possam ser executados com diferentes metodologias; III - possibilidade de execução com tecnologia de domínio restrito. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>

técnicos para possibilitar a caracterização da obra ou serviço e/ou indicando deficiências no levantamento dos quantitativos dos serviços que compõem a obra, entre outros.

b) Processo de licitação: São exemplos desse conjunto as inadequações nos procedimentos do processo de licitação e dos erros identificados no edital ou minuta do contrato, tais como: b.1) adoção do RDC-Contratação Integrada sem que os objetos demandem diferentes metodologias/tecnologias de domínio restrito no mercado, em desacordo com o estabelecido na Lei 12.462/2011; b.2) edital com cláusulas restritivas à competitividade decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento; b.3) ausência de condicionantes suficientes para a garantia da execução de objeto com o nível de qualidade pretendido pela Administração; b.4) instrumento convocatório sem definição de parâmetros objetivos para o melhor julgamento da proposta técnica, etc.

c) Aprovação de projetos: Os indícios de irregularidades desse grupo decorrem, por exemplo, de divergência das soluções técnicas do projeto básico/executivo apresentada durante a aprovação dos projetos, em desconformidade com as premissas do anteprojeto.

d) Execução: As impropriedades que fazem parte desse grupo são os atrasos que podem comprometer o prazo de entrega do empreendimento; as obras que apresentam fiscalização ou supervisão deficiente ou omissa; e a deficiência na execução da obra em termos de qualidade.

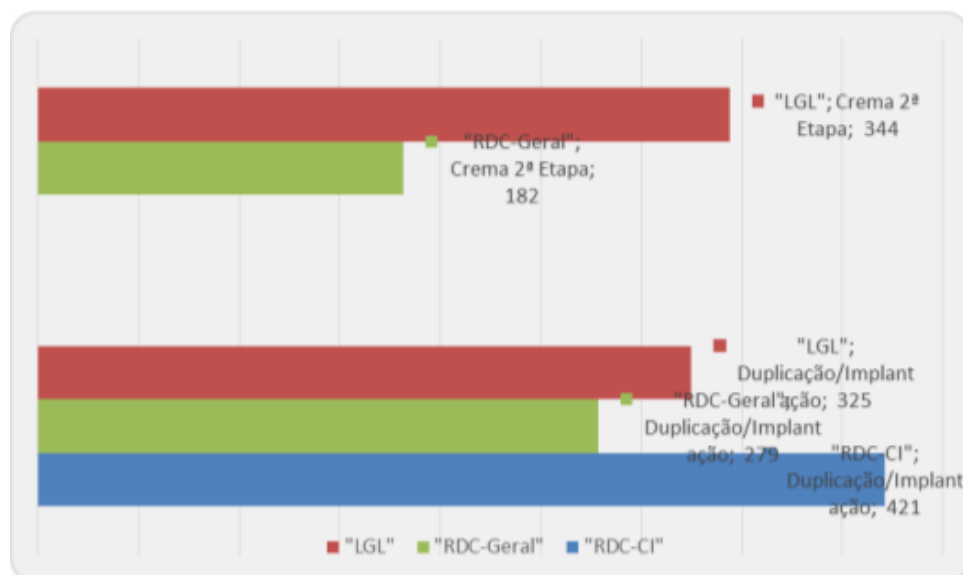
e) Outros: As demais situações encontradas que não se enquadram em nenhum dos grupos descritos anteriormente, como insuficiência de recursos aprovados na Lei Orçamentária Anual ou impropriedades no licenciamento ambiental do empreendimento.

O atendimento dessa questão foi possível a partir da compilação dos dados disponíveis em fiscalizações realizadas pelas unidades técnicas do TCU em objetos regidos pelo RDC-Contratação Integrada. No total, o TCU fiscalizou 33 empreendimentos culminando, segundo metodologia descrita nesta instrução, em 117 indícios de irregularidade, assim distribuídos: a) 51 irregularidades em anteprojetos; b) 44 irregularidades em processos de licitação; c) 14 irregularidades em execuções de obras; d) 5 irregularidades em aprovação de projetos; e) 3 irregularidades caracterizados como 'outros'.

Comparou-se também os prazos despendidos nos procedimentos licitatórios. Essas análises apontaram para a existência de vantagem na utilização do RDC-Parte Geral ante o LGL e o RDC-Contratação Integrada, sendo este (Contratação Integrada) o

regime que apresentou indícios de maiores prazos licitatórios. Como evidencia o gráfico IX.

Gráfico IX: Prazos licitatórios- fase externa e interna



Fonte: Produção própria a partir de dados encaminhados pelo DNIT em cumprimento ao Ofício de Diligência 1065/2015-TCU-SeinfraRodovia.

Avaliou-se também o índice de licitações malsucedidas. As licitações regidas pelo LGL e pelo RDC-Parte Geral apresentaram percentuais de fracasso similares, da ordem de 25%. Nas licitações regidas pelo RDC-Contratação Integrada, esse índice subiu para cerca de 40%. Como a diferença fundamental entre os três regimes é a não existência de projeto básico para o RDC-Contratação Integrada, avalia-se que esse fato pode estar contribuindo para a ocorrência de um percentual a maior de fracasso nos procedimentos licitatórios. É o que mostra a tabela VI.

Tabela VI: Índice de licitações mal sucedidas

Lei aplicável	Anulada	Deserta	Revogada	Suspensa	Número de licitações
RDC-Contratação Integrada	7,4%	1,1%	31,6%	0,0%	95
RDC-Parte Geral	5,6%	0,9%	20,4%	0,0%	108
LGL	4,1%	0,9%	21,3%	0,3%	342

Fonte: Produção própria a partir de dados encaminhados pelo DNIT em cumprimento ao Ofício de Diligência 1065/2015-TCU-SeinfraRodovia.

Três entidades apresentaram dois estudos correlacionados ao tema e cujos dados atendem aos requisitos desta auditoria, uma vez que utilizam uma amostra significativa de contratações de obras similares. O primeiro deles tem o seguinte título: *RDC-Regime Diferenciado de Contratações – Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil*¹¹⁴. São titulares desse estudo o Sindicato da Arquitetura e da Engenharia (Sinaenco) e Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU/BR). Trata de avaliação do RDC-Contratação Integrada tendo como base os dados disponibilizados pelo DNIT. O segundo trabalho foi elaborado pela Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias (Aneor)¹¹⁵ e trata de registro próprio de acompanhamento das licitações do DNIT com alguns posicionamentos da entidade sobre o RDC-Contratação Integrada.

As questões apontadas pelo Sinaenco/CAU reportam sobre as fragilidades do anteprojeto, às consequências desse fato, bem como aos conflitos de interesse na elaboração do projeto básico pela empresa responsável pela obra. A Aneor apontou o uso generalizado do RDC-Contratação Integrada, o extenso prazo entre a data definida para entrega das propostas e a data da assinatura do contrato, bem como ressaltou que a redução dos prazos totais do empreendimento não se concretizou na medida em que se faz necessária a elaboração do projeto básico anteriormente ao início das obras. Essas conclusões também guardam conformidade com as análises realizadas neste relatório.

Por essa razão, são desejáveis quaisquer medidas que propiciem maior estabilidade e confiabilidade ao procedimento licitatório como um todo, o que propicia um ambiente de maior segurança à participação das empresas. Nesse sentido, podem contribuir com o aprimoramento dos procedimentos licitatórios realizados mediante contratação integrada: melhores anteprojetos; melhores especificações acerca do objeto que será executado; maiores prazos para o oferecimento de propostas, os quais possibilitem o estudo do objeto por parte dos licitantes; clara e adequada distribuição de riscos entre as partes, entre outros.

O caráter ainda incipiente do instituto da contratação integrada recomenda que o Tribunal revise o tema em outra oportunidade, quando dispuser de uma amostra composta de mais dados empíricos, provenientes de maior quantidade de contratações.

¹¹⁴ SINAENCO. Regime Diferenciado de Contratações- Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil. Disponível em: <<http://sinaenco.com.br/wp-content/uploads/2015/01/DnitIneficienciaContratacaoIntegradaNoBrasil2015.pdf>>

¹¹⁵ CAU. *Contratação integrada encarece obras e é usada sem critério legal, revela TCU*. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/contratacao-integrada-encarece-obras-tcu/>>

c) DO ORÇAMENTO SIGILOSO

Primeiramente, o orçamento sigiloso surgiu em 1997 no regime próprio de contratações da Anatel¹¹⁶. Depois, apareceu no âmbito do Pregão, criado em 2000 na esfera federal e estendido em 2002 para todos os entes nacionais. Por último, ele surgiu em 2011 no âmbito do RDC.

A lógica do orçamento sigiloso é simples: em licitações cujo orçamento estimado é divulgado, a informação pode ser levada em consideração pelos interessados ao formular as suas propostas, de modo que é possível que isso acabe influenciando nos valores ofertados por eles. Já em contratações com orçamento sigiloso, os licitantes não sabem previamente o quanto a Administração pretende gastar no negócio, de modo que eles precisam formular as suas propostas sem essa informação.

O art. 6º¹¹⁷ da lei que instituiu o RDC determina que o orçamento estimado pela administração seja sigiloso até o encerramento da licitação, sendo fornecidas aos licitantes somente as informações relativas ao detalhamento dos quantitativos e demais informações necessárias para a elaboração das propostas. O artigo também determina que os órgãos de controle interno e externo deverão ser informados estrita e permanentemente sobre o orçamento sigiloso.

Para Moreira e Guimarães¹¹⁸, o orçamento sigiloso não ofende o princípio de publicidade porque ele é divulgado imediatamente após a disputa: “Trate-se, portanto, de impor apenas a restrição subjetiva e temporal à veiculação do orçamento, não se podendo falar em sigilo ou confidencialidade das informações”.

A Casa Civil emprega ideias de *competitividade* e *economicidade* para defender o orçamento sigiloso:

“A não divulgação do orçamento estimado para os participantes durante a licitação [...], **buscando evitar conluíus e outras práticas anti-concorrenciais**”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 15)

¹¹⁶ Resolução nº 1/97. **Art. 28:** Os procedimentos administrativos observarão, dentre outros, os critérios de: V- divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Disponível em: <

http://www.icmbio.gov.br/sisbio/images/stories/instrucoes_normativas/RN_CNImg_01_1997.pdf
¹¹⁷ BRASIL. Lei 12.462/11. Art. 6º: Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público **apenas e imediatamente após o encerramento da licitação**, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>

¹¹⁸ MOREIRA, E. B. & GUIMARÃES, F. V. (2012). *Licitação pública: a lei geral de licitações –LGL e o regime diferenciado de contratação RDC*. São Paulo: Malheiros. p. 160.

“Conforme se observa na prática, quando os licitantes possuem a informação acerca do montante que a Administração Pública está disposta a gastar, o valor dos lances apresentados fica condicionado pelo orçamento divulgado, desestimulando a apresentação de suas melhores propostas. **Quando os licitantes não conhecem, de fato, o orçamento estimado, há tendência à apresentação de ofertas mais atrativas para a Administração**”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 59)

Em seguida argumenta que o orçamento sigiloso não afronta as ideias de *publicidade* e de *transparência*:

“[...] em **respeito aos princípios da publicidade e da transparência**, os órgãos de controle terão total acesso às informações durante o processo licitatório, inclusive aos valores estimados pela Administração. Imediatamente após a apresentação das propostas, os valores estimados serão divulgados normalmente”. (Parecer nº 2903/2011 da SAJ/CC, § 63)

Entende André Guskow Cardoso¹¹⁹ que não há qualquer prejuízo em que a divulgação do orçamento estimado ocorra logo após o encerramento da disputa. Afinal, a finalidade da postergação da publicidade do orçamento é precisamente influir no comportamento dos licitantes no momento da formulação de suas propostas e lances (quando for o caso) e também no momento da negociação com o licitante melhor classificado, fomentando a competitividade.

Para outros autores, as informações orçamentárias são relevantes para exercer efetivamente controle popular sobre os gastos públicos e a atividade da administração pública, especialmente no Brasil. Sobre isso, Marçal Justen Filho¹²⁰ aponta que a manutenção do segredo acerca do orçamento ou preço máximo produz o enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas antes da Lei 8.666. É que, se algum dos licitantes obtiver (ainda que indevidamente) informações acerca do referido valor, poderá manipular o certame, formulando proposta próxima ao mínimo admissível. O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a condutas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe.

¹¹⁹ CARDOSO, André Guskow. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado*. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). *O Regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 512.

Em vista desse risco, tem-se que o Tribunal de Contas da União¹²¹ reconheceu que não era obrigatório o sigilo do orçamento mesmo nas licitações sujeitas ao RDC, recomendando:

“9.9 recomendar à Infraero, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que em face do caráter optativo do orçamento fechado em licitações vigidas segundo o RDC, pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e cuja parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referencia explícita no Sinapi/Sicro, em face da real possibilidade de preços ofertados superiores aos orçados, decorrente da imponderabilidade da aferição dos custos dessa parcela da obra.”

Já o STF¹²² defende a total publicidade na Administração Pública.

3.2 O RDC COMO NORMA ANTIBUROCRATIZANTE

Em relatório¹²³ que reuniu uma grande compilação de dados coletados acerca das licitações realizadas pela INFRAERO utilizando o Regime Diferenciado de Contratações, como modalidade, em virtude da necessidade de expansão e readequação da infraestrutura aeroportuária capaz de suportar o incremento de tráfego aéreo e de passageiros decorrente dos megaeventos da Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016 foi possível analisar o desempenho do RDC segundo dois aspectos, a economia gerada para a administração pública bem como a maior celeridade dos processos de compra.

Tabela VII: RDC Infraero- desconto obtido

¹²¹ TCU. Acórdão 3011/12, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY%3AACORDAO-COMPLETO-1233820/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>

¹²² MS 24.872, voto do rel. min. **Marco Aurélio**, j. 30-6-2005, P, *DJ* de 30-9-2005. “A administração pública é norteada por princípios conducentes à segurança jurídica – da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A variação de enfoques, seja qual for a justificativa, não se coaduna com os citados princípios, sob pena de grassar a insegurança.”

¹²³ CHURGELIES, Vinicius. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas: avaliação e perspectivas*. Publicado em: 2014. Disponível em: <<http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/7104>>

<i>Aeroporto</i>	<i>Valor de referência</i>	<i>Valor Contratado</i>	<i>Desconto Total</i>	<i>Desconto %</i>
Manaus	R\$ 7.960.098,33	R\$ 6.825.000,00	R\$ 1.135.098,33	14,26%
Fortaleza	R\$ 391.668.018,34	R\$ 336.700.000,00	R\$ 54.968.018,34	14,03%
Confins	R\$ 9.538.078,71	R\$ 8.009.238,42	R\$ 1.528.840,29	16,03%
Santa Catarina	R\$ 4.079.131,38	R\$ 3.112.616,08	R\$ 966.515,30	23,69%
Fortaleza II	R\$ 26.975.744,01	R\$ 19.515.120,83	R\$ 7.460.623,18	27,66%
Santa Catarina II	R\$ 24.495.496,75	R\$ 12.228.392,58	R\$ 12.267.104,17	50,08%
Manaus II	R\$ 19.986.685,47	R\$ 19.138.000,00	R\$ 848.685,47	4,25%
Rio de Janeiro	R\$ 120.487.374,68	R\$ 59.500.000,00	R\$ 60.987.374,68	50,62%
Rio de Janeiro II	R\$ 15.671.557,86	R\$ 15.273.782,89	R\$ 397.774,97	2,54%
Cuiabá	R\$ 6.321.384,61	R\$ 5.956.562,68	R\$ 364.821,93	5,77%
Salvador	R\$ 1.863.064,02	R\$ 1.469.476,17	R\$ 393.587,85	21,13%
Salvador II	R\$ 420.802,64	R\$ 419.780,00	R\$ 1.022,64	0,24%
Salvador III	R\$ 16.661.992,10	R\$ 16.199.300,00	R\$ 462.692,10	2,78%
Salvador IV	R\$ 385.772,39	R\$ 383.925,71	R\$ 1.846,68	0,48%
Salvador V	R\$ 1.811.533,43	R\$ 1.284.437,09	R\$ 527.096,34	29,10%
Fortaleza III	R\$ 12.337.907,94	R\$ 12.000.000,00	R\$ 337.907,94	2,74%
Total	R\$ 660.664.642,66	R\$ 518.015.632,45	R\$ 142.649.010,21	21,59%

Fonte: Adaptado de SINAENCO (2012)

Ao se analisar os dados da tabela VII, é possível observar pelos resultados parciais obtidos que a edição do RDC tem proporcionado economias e ganhos de escala nos valores negociados que, segundo os dados levantados, alcançam mais do que 20% de desconto médio com base no preço de referência utilizado pela administração.

Tabela VIII: Licitações INFRAERO- prazo médio de dias

<i>Licitações</i>		<i>Prazo Médio (dias)</i>		<i>Recursos (%)</i>	
Realizadas	Homologadas	RDC	Concorrência	RDC	Concorrência
80	55	63	132	6%	45%

Fonte: Adaptado de Ministério do Planejamento (2013)

Já a tabela VIII apresenta uma redução de aproximadamente 48% do prazo médio para a contratação quando utilizada a modalidade do RDC. O mesmo ocorre com o número de recursos por tipo de modalidade. Em quase metade das licitações realizadas por concorrência há apresentação de recursos enquanto que em apenas 6% dos casos o mesmo ocorre quando a modalidade utilizada é o RDC.

A análise dos aspectos redução de tempo de contratação e economia mediante comparação com os preços de referência da administração indica que o RDC conseguiu promover até agora os mesmos ganhos obtidos pelo pregão no início de sua utilização. Os ganhos obtidos são indicativos que, em boa medida, o RDC tem condições de trazer avanços para redução da burocracia, agilidade processual, ampliação da concorrência e controle social.

3.3 A CONDENAÇÃO DE OBRAS REALIZADAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

O Brasil passou longe de cumprir a previsão de gastos para a construção e reforma dos estádios a serem utilizados para a Copa das Confederações e para a Copa do Mundo. A conta para a adequação das arenas do Mundial saltou de R\$ 2,2 bilhões para R\$ 8,005 bilhões, um aumento de 263% - ainda com as contas abertas¹²⁴.

Houve muitas alterações de valores de custo dos estádios, como podemos ver no gráfico X.

Gráfico X - Alterações dos valores de custo dos estádios da Copa do Mundo



¹²⁴ ESTADÃO. Custo das obras dos estádios da Copa do Mundo salta 263% em seis anos. Publicado em: Mar. de 2014. Disponível em: < <http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,custo-das-obras-dos-estadios-da-copa-do-mundo-salta-263-em-seis-anos,1140010>>

Há suspeitas de que pelo menos metade dos estádios utilizados na Copa do Mundo de 2014 está envolvida em suspeitas de irregularidades, segundo os delatores da construtora Odebrecht¹²⁵.

Assim como há indícios de suposto cartel no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas destinadas à Copa do Mundo do Brasil de 2014¹²⁶.

A revista VEJA¹²⁷ publicou uma reportagem mostrando que, até o momento de sua publicação, foram identificados sobrepreços nas arenas que somam 1,5 bilhão de reais, fraude que tem como protagonistas as mesmas empreiteiras, os mesmos políticos e os mesmos métodos de corrupção revelados pela operação da Polícia Federal.

As auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas¹²⁸ identificaram problemas como duplicidade de custos alguns equipamentos estão sendo alugados mensalmente; lentidão do detalhamento dos custos relacionados à mobilização e desmobilização; utilização indevida de encargos trabalhistas; valor de vale transporte superdimensionado; pagamento indevido de serviços não executados e sobrepreço em alguns itens; entre outros.

Assim, percebe-se que o RDC não foi um instrumento capaz de impedir o acontecimento de fraudes em licitações. Por isso o PL 559/13 surgiu com medidas mais eficazes para o combate à corrupção.

3.4 O PL 559/13 COMO ATUALIZADOR DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES

O Projeto de Lei do Senado nº 559/2013 versa sobre a atualização e modernização da Lei 8.666/93. Na condição de Lei Geral, ele estabelece normas gerais

¹²⁵ GLOBO. Metade dos estádios da Copa tem suspeitas de irregularidades, segundo delações da Odebrecht. Publicada em: Abr. de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lavajato/noticia/metade-dos-estadios-da-copa-tem-suspeitas-de-irregularidades-segundo-delacoes-da-odebrecht.ghtml>>

¹²⁶ CADE. Cade investiga cartel em licitações de estádios da Copa do Mundo de 2014; Publicado em: Dez. de 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-licitacoes-de-estadios-da-copa-do-mundo-de-2014>>

¹²⁷ VEJA. Arenas da propina: a corrupção em cinco estádios da Copa. Publicada em: Nov. de 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/arenas-da-propina-a-corrupcao-em-cinco-estadios-da-copa/>>

¹²⁸ TJ-DF - Apelação Cível : APC 20130110639590 DF 0016818-04.2013.8.07.0001. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157964666/apelacao-civel-apc-20130110719195-df-0018676-7020138070001/inteiro-teor-157964683?ref=juris-tabs>>

de licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Federal direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em Dezembro de 2013, a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e contratos (CTLICON), instalada pelo Senado Federal, apresentou relatório final do projeto de lei que revogará expressamente não apenas a Lei 8. 666/93, mas também a Lei 10.520/2002, que criou o pregão, e a Lei 12.462/11, que instituiu o RDC.

Em Dezembro de 2016, esse projeto de lei foi aprovado pelo Plenário do Senado. Além de o texto aprovado prever inúmeras e significativas mudanças, ele consolida regras presentes em diferentes leis que tratam das licitações, do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratação.

No PLS 559/13 estão previstas quatro modalidades de licitação: o pregão; a concorrência; o concurso e o leilão, sendo extintas as modalidades da carta-convite e tomada de preços. Seguindo a mesma linha do RDC.

Além disso, ele estabelece, como regra, a inversão de fases, passando o julgamento das propostas a ser realizado antes da habilitação dos proponentes.

Ele reformula o conceito e os limites de aplicação da contratação integrada, que somente poderá ser adotada para a contratação de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, provavelmente superiores a R\$ 100 milhões¹²⁹.

O projeto ainda trata da responsabilização solidária da empresa ou prestador de serviços pelo dano causado ao erário na contratação direta indevida, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Além disso, o projeto estabelece como crime a omissão de dados ou informações e estimula a administração a recorrer ao pregão e à concorrência e aumenta a pena para fraudes em licitações para até oito anos de prisão, o dobro do máximo previsto hoje.

A tendência do PLS é tornar as licitações mais restritivas, direcionadas e favorecer o conluio e outros tipos de fraude¹³⁰.

A maior crítica¹³¹ é que ele perpetua os equívocos da Lei 8.666/93, consegue ser ainda mais burocratizante do que a Lei anterior e contém diversos pontos que foram

¹²⁹ SINICECSP. *Nova proposta promete mudança radical na Lei de Licitações*. Publicada em: Set. de 2016. Disponível em: < <http://www.sinicesp.com.br/materias/2016/sm14a.htm> >

¹³⁰ BAETA, André Pachioni; JÚNIOR, Frederico Júlio Goepfert. *A revisão da lei 8.666/93- PL 559/13. O que pode mudar?* Publicado em: Set. de 2014. Disponível em: <https://www.auditar.org.br/public/web_disk/lei8666_oquepodemudar.pdf>

¹³¹ Op. Cit.

escritos em claro confronto com a jurisprudência do TCU¹³², como por exemplo, por manter a tradicional atribuição do risco à Administração na maioria dos regimes e ao particular, na contratação integrada.

Até o momento foram apresentadas 91 emendas¹³³ ao PLS 559/2013, algumas com grande impacto na atuação do TCU, pelo fato de restringirem a fiscalização do Tribunal de Contas, fazendo com que o órgão tenha que comprovar tecnicamente a vantagem de parar uma obra. Além disso, só poderá paralisar uma concorrência por, no máximo, 30 dias.

O Jota¹³⁴ publicou uma nota sobre as mudanças na nova Lei de Licitações e Contratos, e concluiu que o PLS 559/2013 não parte de uma desconstrução legislativa, mas da consolidação de práticas testadas ao longo da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial dos temas convergentes às contratações públicas. Caberá agora à Câmara de Deputados apreciar o texto votado pelos senadores, produzindo as alterações que julgar pertinentes.

No entanto, na visão de doutrinadores, a tendência do PLS 559/13 é tornar as licitações mais restritivas, direcionadas e favorecer o conluio e outros tipos de fraude.

Assim, como se pode observar, há a busca constante por uma legislação mais atual, moderna, simples e efetivamente menos suscetível às investidas de agentes públicos e de mercado dispostos a obterem vantagens indevidas à custa da erosão de recursos do erário público.

¹³² Tem havido o reforço da relevância da inclusão da Matriz de Risco nos casos de adoção de contratação integrada, tema que tem sido enfatizado pelo TCU em recentes decisões, das quais se menciona, o Acórdão 1.310/2013 e o Acórdão 1465/2013, ambos do Plenário.

¹³³ CAU. Projeto de Lei do Senado nº. 559, de 2013 (nova lei de licitações): Quadro comparativo entre versões do relatório do senador Fernando Bezerra - PSB/PE. Publicado em: Nov. de 2016. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/relatoriocomparativopls559/>>

¹³⁴ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. “As mudanças na nova Lei de Licitações e Contrato”. Publicada em: Dez. de 2016. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/mudancas-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-19122016>>

CONCLUSÃO

Ao final desta investigação observou-se que a inibição da corrupção na Administração Pública não é somente uma missão de identificação de omissões ou comissões de agentes públicos, mas que também deve ser por meio de uma fiscalização constante dos instrumentos de operação da governança, como é o caso da legislação que trata das licitações. Observou-se, ainda, que há quase que um conluio de intenções entre quem elabora a lei e quem promove os certames de contratação de serviços e aquisição de bens. No caso da administração da saúde pública parece ser evidente esta transação entre legislação e práticas de corrupção.

A partir dos dados apresentados ao longo do trabalho, foi possível verificar que os prejuízos causados pela corrupção são inúmeros: a evasão de receitas públicas, a diminuição do crescimento econômico, o comprometimento da legitimidade política, o enfraquecimento das instituições democráticas, o descrédito nos serviços públicos, o avanço do crime organizado, o agravamento dos problemas sociais, a redução de investimentos públicos e privados, nacionais e internacionais, prejudicando, de uma maneira geral o desenvolvimento econômico brasileiro.

A área da saúde é afetada de maneira brutal por essas práticas corruptoras, fazendo com que não haja a destinação adequada dos recursos para a ampliação e melhoramento do acesso à saúde, havendo, assim, a violação aos direitos humanos.

Conforme demonstrado, apesar das vedações legais nos normativos nacionais e internacionais, comete-se corrupção, como também fraudes e improbidades administrativas nas contratações públicas. De modo que é fácil a percepção de que a Lei de Licitações permite, mesmo que involuntariamente, a ocorrência de desvios de recursos públicos, o que impacta a eficiência da gestão pública.

Na busca de obter vantagem indevida para si ou para outrem, o agente público adota expedientes como dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Eis um paradoxo relevante. Justamente o agente público, de quem se espera a atitude, o preparo e a habilidade para combater a corrupção é quem participa de forma mais frequente das fraudes.

Foi também possível registrar que a discricionariedade do processo influencia o nível de risco de corrupção, sendo menores os riscos de desvio de recursos públicos para processos que detêm procedimentos mais rígidos, maior transparência e concorrência entre os fornecedores. Em contrapartida, processos mais flexíveis, menos transparentes e de menor concorrência, possuem riscos mais altos.

Nesse sentido, as modalidades licitatórias que mais conferem abertura à prática da improbidade administrativa são a dispensa de licitação, a inexigibilidade de licitação, o convite e a tomada de preços, e o pregão. Situações que podem envolver o superfaturamento, o direcionamento da licitação e a contratação de serviços fantasmas, lesando o erário e erodindo as bases para destinação de recursos às áreas da gestão pública em que são mais necessários.

Por meio dos órgãos da administração pública de controle interno e externo, como o Tribunal de Contas da União e a Controladoria Geral da União, demonstrou-se, exemplificativamente, flagrantes casos de improbidade cometida nas licitações públicas, no tocante à comprovação de superfaturamento e fraude da competitividade licitatória, ocasionando significativos desvios de recursos públicos. Ademais, constatou-se que o sistema de licitações dos Governos Federal, Estadual e municipais apresenta um número expressivo de irregularidades que abrem brechas para possíveis fraudes que acabam por acarretar em prejuízo ao erário.

Na busca de se corrigir as fragilidades da lei de licitações é que surgiu em 2011 o RDC como uma proposta de regime de contratação mais eficiente, econômico e célere que o regime geral de licitação. Já em 2012 teve sua abrangência estendida para obras e serviços de engenharia o âmbito do SUS.

Dentre as inovações trazidas pelo RDC, destaca-se um novo regime de execução contratual – a contratação integrada e o orçamento sigiloso nas licitações, justamente os dois pontos que mais geram divergência em relação à sua aplicação.

Embora concebido para modernizar o processo de licitações mediante aplicação de novos métodos que permitam mais agilidade e menos burocracia, não há evidências de que o RDC coíba a corrupção. Ao contrário, há críticas no sentido de que ela propicia ação ilegal do agente público.

Assim, tem-se que nem mesmo o RDC foi capaz de suprimir as brechas da Lei 8.666/93, pois o uso desse novo instrumento na construção dos Estádios para a Copa do Mundo no Brasil ainda permitiu a ocorrência de corrupção. Ao contrário, há críticas no sentido de que ela propicia ação ilegal do agente público.

Apesar de resultados parciais recolhidos de licitações realizadas pela Infraero indicaram que a utilização do RDC terem demonstrado que esse novo regime propiciou economias e ganhos de escala nos valores negociados na ordem de 20% de desconto médio com base no preço de referência utilizado pela administração e indicarem também uma redução de aproximadamente 48% do prazo médio para a contratação, bem como redução no número de recursos por tipo de modalidade, há suspeitas de irregularidades na conta para a adequação dos estádios do Mundial, que saltaram de R\$ 2,2 bilhões para R\$ 8,005 bilhões, um aumento de 263% (números ainda parciais).

Ademais, de pronto, já se evidenciou suposta afronta ao princípio da publicidade e também ao da legalidade, previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.645 e ADI nº 4655), em decorrência do modo como ocorreu a sua criação.

Com o intuito de inibir as práticas corruptas e unificar a regulamentação licitatória, há em julgamento um novo Projeto de Lei que visa à extinção da Lei 8.666/93, da Lei que instituiu o Pregão e da Lei do RDC.

No entanto, na visão de doutrinadores, a tendência do PLS 559/13 é tornar as licitações mais restritivas, direcionadas e favorecer o conluio e outros tipos de fraude. Sendo a maior crítica a esse Projeto a de que ele perpetua os equívocos das outras leis, conseguindo ser ainda mais burocrático do que eles, além de ele conter diversos pontos que foram escritos em claro confronto com a jurisprudência do TCU.

Como se pode observar, o País segue na busca por uma legislação mais atual, moderna, simples e efetivamente menos suscetível às investidas de agentes públicos e de mercado dispostos a obterem vantagens indevidas às custas da erosão de recursos do erário público.

O caráter ainda incipiente do RDC recomenda que futuros trabalhos de pesquisa versem sobre o tema mediante utilização de amostra enriquecida com maior número de compras e contratações. Na mesma linha, novos estudos podem abranger o PLS 559, e discussões legislativas em curso no Senado.

No tocante à necessidade de atualização e modernização do marco legal que trata de contratações, parece clara a necessidade de esforço legislativo nesse sentido.

Por outro lado, é razoável inferir que por mais robusta que seja uma nova legislação sobre a matéria, somente a lei não será capaz de evitar desvios de conduta do agente público e do mercado. A eficiência da gestão de recursos duramente arrecadados junto à sociedade exige o imprescindível controle e monitoramento social.

ANEXO 1

BRASIL. LEI 8.666/93. **Art. 24:** É dispensável a licitação: I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento; VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48); VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade; XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei; XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do caput do art. 23; XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado,

segundo as normas da legislação específica; XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão; XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida; XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força; XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal; XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes; XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica; XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água; XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. § 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. § 2º O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS. § 3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica. § 4º Não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do art. 9º à hipótese prevista no inciso XXI do caput. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

ANEXO 2

À COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS CRIADA PARA APRIMORAR A LEI 8666

SUGESTÕES PARA APRIMORAMENTO DE ALGUNS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 8.666 PARA EVITAR AS DISTORÇÕES ATUAIS NA SUA APLICAÇÃO, ORIUNDAS DE LACUNAS PELOS VETOS PRESIDENCIAIS, DE MÁ INTERPRETAÇÃO, OU DE MAUS DESEJOS

Cabe, preliminarmente, indagar se é lógica e conveniente a existência de dois regimes jurídicos distintos com o idêntico objetivo de regulamentar o mesmo dispositivo da Constituição, o inciso XXI do Art. 37, que estabelece os fundamentos da lei que deve instituir as normas para as licitações destinadas às aquisições e vendas governamentais, e para os contratos da Administração Pública.

A Lei 8666, que faz essa regulamentação, foi aprovada após dois anos de profundo debate na sociedade e, principalmente, na Câmara e no Senado, onde foi relator o Senador Pedro Simon. Tendo em vista a intensidade daqueles debates, a fundamental importância da Lei e a relevante consolidação da jurisprudência resultante de duas décadas da sua aplicação, o mais adequado para aprimorar essas normas é realizar uma grande análise da Lei 8666, promovendo as eventuais alterações dos pontos que a sua exitosa aplicação ao longo de 20 anos indique como convenientes para esse aprimoramento.

É imprescindível que essa análise e as eventuais modificações tenham a participação efetiva dos operadores da lei e dos setores que contratam as compras públicas, que sabem, como ninguém, como legislações equivocadas ou insuficientes lesam o interesse público e lhes privam da isonomia, da proteção da justiça e dos demais princípios estabelecidos no inciso XXI do Art. 37.

Não podemos ser conduzidos para a aventura de modificar perniciosamente pontos fundamentais já amadurecidos, essenciais à preservação dos princípios constitucionais e do interesse público, movidos por impulsos para resolver problemas de demora nas contratações públicas, equivocadamente atribuídos à infame acusação de que tais postergações são devidas à complexidade da Lei 8666.

Tais impulsos já geraram a aberração, ainda não totalmente percebida, do RDC, que, em nome do bem público, enseja o direcionamento malévolo das contratações de obras, introduz critérios subjetivos de julgamento, suprime o direito constitucional dos participantes à isonomia de tratamento, facilita a corrupção e legaliza os mecanismos de fraudes.

Além de conter, dentre outros, todos esses graves inconvenientes ao interesse público, já se pode ver que o RDC, ao contrário do seu declarado objetivo, não resolveu, e até ampliou, o problema das protelações nas contratações, cujas causas são outras, a principal das quais é precisamente o descumprimento da Lei 8666.

Por essas razões sugerimos os seguintes aperfeiçoamentos de dispositivos da Lei 8666, com os acréscimos em vermelho, e as supressões em vermelho e tachado.

1-) No Artigo 3º: suprimir o § 11.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade.

.....

~~§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.~~

Esse dispositivo foi introduzido na Lei 8666 em 2010, pela Lei nº 12.349.

Ele deve ser suprimido porque só serve para descumprir o princípio da isonomia dos participantes, introduzir critério subjetivo de julgamento e permitir o direcionamento da licitação.

2-) No Artigo 5º: suprimir uma expressão no caput, e adicionar o § 4º com a redação que se segue:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, ~~para cada fonte diferenciada de recursos~~, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

§ 4º A obediência à ordem cronológica dos pagamentos prevista no “caput” poderá ser aplicada de maneira independente para as obrigações vinculadas a uma fonte específica de recursos, desde que tal vinculação seja formal e explicitamente justificada e determinada anteriormente ao processo licitatório que lhes deu origem.

Muitos órgãos usam como mecanismo para descumprir a ordem cronológica dos pagamentos, o artifício de criar uma cronologia específica para cada fonte diferenciada de recursos, o que permite pagar de forma privilegiada aos amigos. O que a lei quis foi apenas permitir a um órgão, que esteja atrasando seus pagamentos usuais, pagar em dia um contrato especificamente financiado por fonte de recursos de organismo diverso.

É simples definir com clareza essa correta intenção da lei, impedindo os artifícios usados abundantemente para desrespeitar esse importante dispositivo que impede odiosos privilégios, mediante a supressão, no caput, da expressão: *para cada fonte diferenciada de recursos*, e a introdução do novo parágrafo 4º, como acima redigido em vermelho:

3-) No Artigo 7º: acréscimo do § 10, com a redação que se segue, para dificultar a desobediência dos editais às exigências dos artigos 6º e 7º, que são fundamentais para a proteção do interesse público contra preços abusivos e aditivos para viabilizar a utilização de jogo de planilhas.

Art. 6º Para o fim desta lei, considera-se:

.....

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;*
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;*
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso*
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;*

Art. 7º

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, assinado por responsáveis técnicos com habilitação legal;

.....

§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

.....

§ 10º A Administração Pública disponibilizará, através dos melhores meios eletrônicos de que dispuser, os quantitativos e os preços unitários e totais das obras e serviços que contratar, até 30 (trinta) dias da assinatura do contrato e, novamente, na sua conclusão, até 60 (sessenta) dias da obtenção dos valores finais, mantendo-os pelo prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias.

Os dispositivos acima transcritos dos Art. 6º e 7º são os pontos mais importantes e desobedecidos, com grande potencial para mudanças espúrias de projetos, direcionamento de concorrências, e “acertos” prejudiciais ao erário.

As definições da lei sobre a exigência de projeto e orçamento prévios são absolutamente claras e adequadas. Mesmo assim, muitas vezes, são ignoradas. Uma regulamentação por decreto deveria complementar ainda mais o que a lei pretendeu ao exigir projeto básico com a obrigação da existência de um meticuloso orçamento, obrigatoriamente disponibilizados na licitação, para evitar as desobediências e interpretações intencionalmente distorcidas que criam brechas para a criação de privilégios.

Sabemos que há muitas pessoas qualificadas defendendo a troca da exigência de projeto básico por projeto final de engenharia, o que, em tese, sempre é melhor. A sustentação maior dessa tese é a idéia de que o projeto de engenharia além de mais perfeito, é imutável, o que, quase sempre, não é verdadeiro.

Um correto projeto básico pode estar muito mais próximo do que realmente vai ser executado do que um mau projeto de engenharia final. Por outro lado, o detalhamento excessivo que um projeto final de engenharia exigiria, pode implicar em sérias dificuldades para se realizar uma licitação. Por exemplo, a de exigir demoradas edispensiosas sondagens em vastíssimas áreas onde se implantarão rodovias, na busca de prever com exatidão características das camadas geológicas, que serão naturalmente determinadas durante a própria execução dos trabalhos, sem implicar em despesas e criar qualquer problema.

O importante, seja qual for o nome que se dê ao projeto exigido na licitação, é que ele contenha os elementos corretos que permitam fazer um orçamento confiável e real, conforme está previsto na Lei 8666, com um adequado nível de detalhamento.

Isso pode ser reforçado com a introdução de parágrafo prevendo sérias penalizações aos autores de projetos básicos errados ou insuficientes para a preparação de um correto orçamento. Naturalmente, serão aceitas as alterações decorrentes das naturais imprevisões geológicas e das usuais adaptações do projeto em decorrência do surgimento, ao longo da execução, de alterações do interesse público.

A qualidade do projeto e do conseqüente orçamento poderá ser aquilatada pela comparação entre os quantitativos do orçamento licitado e os quantitativos finais da obra, pelo que se sugere o acréscimo do § 10º ao Art. 7º, com a redação acima, em vermelho.

A divulgação das quantidades de obras e serviços e os correspondentes preços no início e na conclusão do contrato também visa a coibir que a Administração favoreça contratados, mediante a indevida ampliação do objeto ou a indevida majoração de preços.

4 -) Nos Artigos 25 e 26: pequenos retoques no § 1º do Art. 25 e no caput do Art. 26, além da adição do inciso V ao parágrafo único do Art. 26, para combater as fraudes nas dispensas de licitação.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I

....

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial

I.....

....

*§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, **notoriedade, conceito e essencialidade estas que deverão ser obrigatoriamente atestadas por instituições da sociedade de reconhecida credibilidade no campo da especialização arguida.***

*Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial **e nos meios eletrônicos de divulgação da maior unidade da Administração Pública envolvida e para notificação ao órgão de fiscalização da atividade pertinente, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.***

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

V - parecer de Comissão de Sindicância ou Especial, designada no mesmo ato de declaração da dispensa de licitação com base no inciso IV do Art. 24, com participação de membros externos à unidade administrativa envolvida, a ser emanado até 15 (quinze) dias da mesma data, com o fim de apurar a responsabilidade pela situação de urgência ou emergência, para fins das sanções cabíveis.

Esses artigos cuidam dos casos de dispensabilidade e inexigibilidade de licitação. O gestor público adora poder contratar suas obras, bens e serviços sem ter que obedecer a Constituição e assegurar a todos o direito de disputar a licitação, como manda a constituição. Naturalmente há casos em que não existe possibilidade de competição, portanto é inexigível a licitação, e outros, como os casos reais de emergências, em que se deve dispensar a licitação por causa dos prazos mínimos que são necessários para assegurar o direito de todos concorrerem e se defenderem contra eventuais abusos do administrador.

A proposta visa a coibir a chamada emergência “fabricada”, quando o agente público, deliberadamente, deixa de adotar com a antecedência necessária as providências necessárias para realização de licitação, com o intuito de celebrar contrato com dispensa de licitação,

O problema, portanto, são as fraudes, os abusos e os exageros, que devem ser permanentemente evitados. Para reduzi-los, estamos propondo duas pequenas modificações nos artigos 25 e 26, que são auto explicativas e estão transcritas em vermelho nos textos acima propostos.

5 -) No Artigo 30: retoques no § 1º e introdução dos incisos II e III, retoque no § 2º e introdução dos incisos I a IV, introdução de um novo parágrafo, como § 3º, renumerando-se os demais, retoque no antigo § 3º, e introdução de mais um novo parágrafo, como § 14, com dois incisos. Isto tudo para melhor definir os limites da exigência de comprovação de capacidade técnica, evitando uma usual e eficaz forma de direcionar a licitação.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A exigência de comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, ~~será feita por~~ limitar-se-á a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - capacitação técnico-operacional: comprovação, por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, de experiência anterior da licitante na execução de obra ou serviço com características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

III - comprovação, através de declaração formal ou documentos pertinentes, de que dispõe dos recursos necessários para a execução dos trabalhos, em termos de gestão e pessoal técnico.

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório, vedada a exigência de comprovação de:

I - qualquer item de obra ou serviço com especificidade irrelevante;

II - no caso de capacitação técnico-operacional, de quantidades de obras e serviços superiores a 50% daquelas previstas no objeto licitado;

III - item ou itens de obra ou serviço cujos valores previstos no objeto da licitação, isolados ou somados, não ultrapassem 4% do valor estimado do contrato a ser firmado;

IV - itens referentes a bens e serviços caracteristicamente fornecidos por empresas ou profissionais especializados, a menos que admitida a comprovação da aptidão por tais especialistas, na condição de consorciado ou subcontratado.

§ 3º Para comprovação de capacitação técnico-operacional, será sempre admitida a somatória de quantidades de obras e serviços de até três atestados para cada parcela de maior relevância técnica e de valor significativo fixada no instrumento convocatório, vedada a limitação temporal para aceitação dos atestados;

§ 4º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, condição esta que poderá ser atestada por órgão ou entidade profissional competente.

§ 5º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

.....

§ 14. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual ele tenha feito parte, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica, quando o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciada individualmente:

I - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio homogêneo de engenharia, todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas integralmente para cada uma das empresas consorciadas;

II - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciada de acordo com os respectivos campos de atuação de cada uma.

Este é, provavelmente, o conjunto de dispositivos de uso mais distorcido, e mais eficaz para eliminação de interessados competentes e o direcionamento intencional das licitações, na maioria das vezes com intenções ruins para o País.

O embasamento maior para essas distorções intencionais resulta dos vetos que foram feitos no projeto aprovado pelo congresso, que deixaram a possibilidade concreta de interpretações da lei até opostas umas das outras. É, portanto, fundamental, e perfeitamente possível e jurídico, uma adequada regulamentação desse artigo, como, aliás, de certa forma, vêm fazendo alguns órgãos, para evitar, exemplificativamente:

- Exigência de número mínimo de atestados comprovando o mesmo serviço.
- Exigência de atestados de obras concluídas há um determinado limite de tempo.
- Exigência de atestados de obras com valores monetários mínimos.
- Exigência de comprovação de execução de serviços:
 - com quantidades incompatíveis com as do objeto da licitação.
 - com diminuta expressão financeira na obra.
 - com especificidade irrelevante, como, por exemplo, de revestimento tipo asfalto borracha, que não é senão CBUQ com adição na mistura de borracha granulada, ou de concreto com microsilica, que se trata de uma simples adição de produto na massa do concreto.

O melhor, porém, é fazer as adaptações e complementações nesses dispositivos, como acima sugeridas em vermelho, para evitar essas distorções perniciosas:

6 -) Artigo 31: sugestão para que se defina, por especialistas, limites para os índices referidos no § 5o, motivo de abusos usuais para desclassificar empresas saudáveis.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

.....

§ 5o A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Apesar da clara determinação do § 5o vedando a exigência de índices e valores desnecessários ou descabidos, este conjunto de dispositivos tem sido muito utilizado para eliminar das concorrências, indevida e perniciosamente, empresas financeiramente muito saudáveis, mediante a adoção de verdadeiras aberrações de limites mínimos ou máximos de determinados índices a serem cumpridos. A forma eficaz de impedirem-se essas aberrações é elencar todos os índices financeiros que podem ser solicitados, com os respectivos limites dos valores mínimos ou máximos a serem exigidos, o que pode ser resolvido facilmente com um novo parágrafo que deve ser redigido com a contribuição de entidade especializada em análises de capacidade financeira.

7 -) Artigo 40: não se está propondo texto corretivo das graves distorções que a não obediência a alguns desses incisos, entre eles os **IV, XI e XIV**, provoca. Os comentários abaixo dão, quem sabe, uma pista para a redação de algum dispositivo que penalize severamente quem desobedeça a esse artigo.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o

local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XII - (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

Apesar da clara determinação mandatória dos dispositivos, ainda há órgãos que não cumprem muitos deles, havendo alguns que são desrespeitados por quase todos os órgãos contratantes, como o inciso XIV, que determina a necessidade de se estipular o pagamento no prazo máximo de 30 dias, de se fixar critério de atualização financeira até a data do pagamento, bem como de se estabelecer compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos de pagamentos.

O inciso XI, determina com clareza que deverá haver reajustamento relativo ao período compreendido entre a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento. Esse dispositivo tem uma limitação atual determinada pela legislação decorrente do Plano Real, que limitou a períodos anuais os cálculos dos reajustamentos. Muitos órgãos confundem-se com a lei que limitou esses reajustamentos a períodos anuais, e, para exemplificar um dos casos, quando o prazo previsto no edital para execução da obra é inferior a um ano, não os concedem mesmo que a execução seja efetuada já tendo decorrido mais de um ou dois anos da apresentação da proposta devido a retardamentos na assinatura do contrato ou a prorrogações do prazo contratual.

O inciso IV obriga a entrega do projeto básico onde está prevista a obrigação da existência de orçamento detalhado, o qual, muitas vezes, não é fornecido, sobretudo nas concorrências com recursos de empréstimos internacionais.

É simples estabelecer uma regulamentação desses dispositivos de modo a fazer com que, no que concerne a execução de obras públicas, passemos a vivenciar um verdadeiro Estado de Direito, com o total respeito à lei que regra essa essencial atividade do País.

Melhor ainda, porém, é inserir parágrafos a serem redigidos definindo as penalizações e compensações financeiras por inadimplementos, e explicitar e reforçar a obediência das exigências acima, particularmente sobre os períodos de reajustamento e de atraso de pagamento, e a obrigação de fornecimento, sempre, de competente orçamento assinado por responsável técnico habilitado.

8 -) O Artigo 42: introdução do § 6º, para evitar que os Editais de obras com financiamento de organismos internacionais excluam, sem necessidade, normas da lei 8666, para facilitar a fraude e o direcionamento de contratações de obras, como ocorre seguidamente.

Art. 42

.....

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

§ 6º Para que uma licitação possa contrariar qualquer dispositivo desta lei na aplicação do disposto no parágrafo anterior é obrigatória uma declaração prévia da autoridade maior do organismo financiador ou doador dos recursos exigindo, por escrito, especificamente, a nãoobediência do dispositivo que o órgão licitante alegue não poder utilizar na licitação por imposição do organismo internacional.

Embora a clareza do dispositivo, que somente permite aceitar outros critérios de julgamento recomendados por organismos internacionais, **“desde que por eles exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior”**, ele vem sendo utilizado largamente para negar a aplicação da lei 8666 e, perniciosamente, aceitar preços exorbitantes e direcionar as concorrências com recursos de financiamentos internacionais.

Para evitar tudo isso basta o decreto de regulamentação estabelecer a obrigatoriedade de uma declaração da autoridade maior do organismo financiador ou doador dos recursos exigindo, por escrito, especificamente, a não obediência do dispositivo da lei 8666 que o órgão licitante alegue não poder utilizar por imposição do organismo internacional, o que está explicitamente previsto na lei 8666.

Melhor ainda é inserir um novo parágrafo dizendo isso, que é a nossa sugestão transcrita acima, em vermelho:

9 -) Artigo 48: retoques importantíssimos nos parágrafos primeiro e segundo, para definir objetivamente, e com realismo, o que são preços inexequíveis que não devem ser aceitos, como determina a Lei, cuja ausência de critério correto é a grande causa do fracasso de inúmeros contratos e da paralização de muitas obras públicas.

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, **devendo ser desclassificadas**, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a **80 70% (oitenta setenta** por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a **70 50% (setenta cinqüenta** por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a **90 80% (noventa oitenta** por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor **da proposta e o valor do orçamento do órgão resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta**. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Esse é o dispositivo que, se melhor definido e bem interpretado e aplicado, protege completamente o órgão público contra qualquer possibilidade de preços abusivos, mesmo no caso de suposto entendimento entre os

concorrentes, e também contra os malignos preços inexequíveis, que conduzem aos descumprimentos dos contratos e levam às usuais pressões para adoção de soluções heterodoxas e inconfessáveis a fim de evitar as perniciosas paralisações de obras.

Seria possível uma regulamentação adequada, por decreto, do dispositivo, para uma melhor definição, que, apesar da nossa convicção, deveria passar por uma apreciação sobre a real possibilidade jurídica de sua adoção.

O melhor, porém, é modificar os dois parágrafos acima, dando uma redação que corrija definitivamente a distorção sobre a determinação do que seja valor inexequível, que a interpretação literal deles enseja.

Embora todos saibam que preço muito baixo não é bom para ninguém, e a Lei determine que devem ser desclassificada a proposta com preço inexequível, é muito difícil um dirigente de órgão não aceitar tal proposta, se não houver um critério objetivo que o obrigue a desclassificá-la por preço que se sabe estar abaixo dos custos, mas que não está definido com clareza na Lei. Portanto esse aprimoramento da Lei é crucial para evitar questionamentos jurídicos, postergações de licitação, paralizações de execução, má qualidade de obras, pressões corruptoras e enfraquecimento das pequenas e médias empresas da construção.

Estamos fazendo uma sugestão de texto para esses dois parágrafos, conservadoramente, sabendo que o limite definido ainda é baixo.

Embora esse texto ainda permita a aceitação de propostas com valor baixo do custo, dá uma proteção ao órgão, ao exigir uma considerável garantia a ser apresentada pelo proponente aventureiro.

Elas estão grafadas em vermelho na sugestão do texto, acima transcrito.

10 -) Artigo 65: retoques nas alíneas a e b, do inciso I, nos parágrafos primeiro e segundo, e a introdução do parágrafo 7º, tudo para evitar interpretações que permitem burlar os limites de 25% e 50% nos aditivos de valor dos contratos, como quis estabelecer a Lei.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) ~~quando houver para~~ modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos, ~~nos limites permitidos por esta Lei;~~

b) ~~b) para quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de~~ acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

c) *II - por acordo das partes:*

d) a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

e) b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

f) c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

g) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, ~~alterações qualitativas e quantitativas no objeto do contrato~~ ~~os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras,~~ até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os ~~seus~~ acréscimos ~~de serviços~~.

§ 2º ~~Nenhuma modificação contratual, por ato unilateral ou bilateral, Nenhum acréscimo ou supressão~~ poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo e obedecidos todos os parâmetros e referências considerados na determinação do valor do contrato original.

.....

§ 7º Na hipótese do parágrafo anterior, se a Administração não promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações até que ela seja providenciada.

Apesar da relativa clareza do texto, há seguidas interpretações equivocadas sobre o seu sentido, com alguns querendo que os acréscimos por alterações do projeto fiquem fora desses limites, e outros querendo que não se considerem as reduções no cálculo desses limites. Isso tem ensejado instabilidade jurídica, além de acréscimos indevidos que podem fazer o contrato ficar com valor até superior ao dobro do contratado, o que contraria o espírito da lei e não é desejável aos interesses da sociedade. A solução é deixá-lo mais claro ainda, fazendo a pequena adaptação no texto do § 2º, como está sugerido acima, em vermelho:

Porto Alegre, 08 de abril de 2015
Luis Roberto Ponte

REFERÊNCIAS

- ACÓRDÃO Nº 306/2017 – TCU – Plenário Processo nº TC 033.102/2015-5. Apenso: 034.974/2015-6. Relator: Ministro Bruno Dantas. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY%3AACORDAO-COMPLETO-2235654/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhador*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25>
- ANNAN, Kofi. Statement on the adoption by The General Assembly of the United Nations Convention Against Corruption. In: *Convenção contra Corrupção*. Nova York: Outubro de 2003. Disponível em: <http://www.unode.org/unode/em/speech_2003-10-31_1.html>
- BAETA, André Pachioni; JÚNIOR, Frederico Júlio Goepfert. *A revisão da lei 8.666/93- PL 559/13. O que pode mudar?* Publicado em: Set. de 2014. Disponível em: <https://www.auditar.org.br/public/web_disk/lei8666_oquepodemudar.pdf>
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil. 1ª edição*. Saraiva, 2013. pag. 105.
- BATISTA, Luís Olavo. *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 39.
- BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. “As mudanças na nova Lei de Licitações e Contrato”. Publicada em: Dez. de 2016. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/mudancas-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-19122016>>
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 808.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giovanni. *Dicionário de política. Corrupção*. 5. ed. Brasília: UnB, 2000, p. 291-293
- BRASIL. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contra-a-administracao-publica-e-corruptao>>
- BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
- BRASIL. IPEA: Comunicado nº 122: *Governo gastador ou transferidor? - um macrodiagnóstico das despesas federais (2001-2011)*. Publicado em 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/111202_comunicadoipea122.pdf>
- BRASIL. LEI 8.666/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>
- BRASIL. LEI 12.462/11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>
- BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/acoes-investigativas/operacoes-especiais>>
- CARDOSO, André Guskow. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado*. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). *O Regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109.
- CARVALHO, Mateus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador, BA: Editora Jus Podivm. 2014.

CHURGELIES, Vinicius. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas: avaliação e perspectivas*. Publicado em: 2014. Disponível em: <<http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/7104>>

CORREIO BRASILIENSE. Dossiê sobre abandono do SUS aponta redução de leitos e falta de remédios. Publicado em Julho de 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/07/25/internas_polbraeco,612181/como-e-o-atendimento-medico-no-sus.shtml>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 61

DI PIETRO, Maria Sylvia. Publicada em Mar de 2017. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/professora-maria-sylvia-aponta-falhas-na-lei-8-66693-e-afirma-que-licitacoes-sao-portas-abertas-para-a-corrupcao/>>

FAZZIO, Júnior, Waldo *Fundamentos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Jacielli. Trabalho de Conclusão de curso. *Verificação das irregularidades mais recorrentes em licitações da secretaria municipal da fazenda no período de 2013 a 2015 no município de Espigão d'Oeste/RO*. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1761/1/ACC%20-%20JACIELLI%20SCHLIWE%20FERREIRA.pdf>>

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

GESTÃO EM FOCO: *Gastos Públicos crescem no governo. A saúde ainda é um dos setores menos beneficiados*. Disponível em: <<http://gestaoemfocoudf.blogspot.com.br/2011/05/gastos-publicos-crescem-no-governo.html>>

JOHNSTON, M. *Agentes Públicos, Interesses Particulares e Democracia Sustentável: quando Política e Corrupção se Unem*. In: K. A. (Organizadora), *A Corrupção e a Economia Global*. Brasília: Editora UnB. 2002. p. 104.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 512.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013, p.33.

LEITÃO, Thaís. *Especialista da FGV cobra punição dos servidores públicos que ajudam a fraudar licitações*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-20/especialista-da-fgv-cobra-punicao-dos-servidores-publicos-que-ajudam-fraudar-licitacoes>> Acesso em: Jul. de 2017.

MOREIRA, E. B. & GUIMARÃES, F. V. (2012). *Licitação pública: a lei geral de licitações –LGL e o regime diferenciado de contratação RDC*. São Paulo: Malheiros. p. 160.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Política Democrática – Revista de Política e Cultura. A chaga da corrupção*. – Brasília/DF: Fundação Astrojildo Pereira, 2012. N°33. p. 13 e 14.

OLIVEIRA, Anderson de. *Licitações: fraudes comuns nas aquisições de bens, enquadramento legal e procedimentos preventivos*. Publicado em 2011. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis291246.pdf>>

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 98.

PONTE, Luis Roberto.; SANT'ANNA, Marcos Villela. *Análises e testemunhos sobre a Lei de Licitações, 8666, e sobre a sua deformação, o mistificador RDC, Regime diferenciado de Contratação*. Publicado em Jun. de 2012. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/wp-content/uploads/2015/04/AP-08-04-15-Luis-Ponte-2-Analise-e-testemunhos-sobre-a-Lei-de-Licitacoes.pdf>>

PROITE, A.; SAMPAIO DE SOUZA, M. C. Eficiência técnica, economias de escala, estrutura da propriedade e tipo de gestão no sistema hospitalar brasileiro. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CENTROS DE PÓS - GRADUAÇÃO EM ECONOMIA, 32., Anais...-ANPEC, 2004.

REZENDE OLIVEIRA, R. e VÉRA S. DE FREITAS, R. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados*, in *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 35. Belo Horizonte: Ed. Fórum. p. 9-10.

RIBEIRO, Antonio Silva Magalhães. *Corrupção e Controle na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Viera. *A evolução da Licitação*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>>

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da Globalização*. Curitiba: Juruá Editora. 2008. p. 39.

ROSILHO, André Janjácómo. *Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no Sistema de contratações públicas*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2011.

SABIONI, Luckas; TOYOSHIMA, Silvia. *Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros*. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/265/313>>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 362.

SPECK, B. W.; FERREIRA, V. M. Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. *Sistemas de Integridade nos Estados Brasileiros*. 1ª ed. São Paulo: Instituto Ethos, 2012. p. 15-24. Disponível em em: <http://www3.ethos.org.br/cedoc/sistemadeintegridadenosestadosbrasileiromarco2012/#.Vfll_NJViko>

SECCO, Alexandre e SQUEFF, Larissa. *A Explosão da periferia*. publicada na Revista VEJA, a. 34, n. 3, ed. 1684, de 24/01/01, são Paulo, Abril, p. 86-93.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”!* In: ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 560 e 561.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014

STJ. AP 214. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7065878/acao-penal-apn-214-sp-2002-0039645-6-stj>>

STJ. AP 480. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1195034>>

STJ. Inq 2.648. Disponpivel em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7182590/acao-penal-apn-261-pb-2003-0026108-2-stj>>

STJ. Inq. 2.482. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273506/inquerito-inq-2482-mg-stf/inteiro-teor-110301966?ref=juris-tabs>>

STF. ADI 2213. Julgado em: 04/04/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013767&base=baseAcordaos>>

STF. *Ação do MPF questiona no Supremo regime de contratações públicas para obras da Copa*. Publicada em: 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=188758>>

TCU- AC-6097-23/17-2. Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478446048/tomada-de-contas-especial-tce-2004520158/inteiro-teor-478446068>>

TELLO, Diana Carolina Valencia. *Críticas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. Publicado em: Fev. de 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2016000200005>

TJ-DF- Apelação Cível : APC 20130110639590 DF 0016818-04.2013.8.07.0001. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157964666/apelacao-civel-apc-20130110719195-df-0018676-7020138070001/inteiro-teor-157964683?ref=juris-tabs>>

TJ/Paraná- Habeas Data 1117203-5. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25276948/habeas-data-hd-11172035-pr-1117203-5-acordao-tjpr/inteiro-teor-25276949>>

TRF- Apelação Cível nº 200982010029413. Disponível em: <<https://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25204996/ac-apelacao-civel-ac-200982010029413-trf5>>

VENTURA, Otávio. *Rigidez ou flexibilidade governamental? Discursos anticorrupção e pró-eficiência sobre contratações com o orçamento sigiloso*. Dissertação de mestrado publicada em 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21095/1/2016_OtavioAugustoFerreiraVentura.pdf>

VIEIRA, Antonio. *In Sermões – Sermão do bom Ladrão*. Ob. Completa, Lello & Irmão Editores, vol. V, p. 69.

VISHNY, R. W.; SHLEIFER, A. *Corruption. The Quarterly Journal of Economics*. Cambridge, Volume 108, No. 3. 1993. p. 599-617.

ZANINI, Juliano Cesar. *Corrupção administrativa e mecanismos de controle externo: discussão doutrinária principiológica*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, SC, 2014. Acessado em 17/08/2017.