

# REVISTA DO TCU

REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO · BRASIL · ANO 41 · NÚMERO 115 · MAIO/AGOSTO 2009





República Federativa do Brasil

---

Tribunal de Contas da União

### **Ministros**

Ubiratan Aguiar, *Presidente*  
Benjamin Zymler, *Vice-Presidente*  
Valmir Campelo  
Walton Rodrigues  
Augusto Nardes  
Aroldo Cedraz  
Raimundo Carreiro  
José Jorge  
José Múcio

### **Auditores**

Augusto Sherman Cavalcanti  
Marcos Bemquerer Costa  
André Luís de Carvalho  
Weder de Oliveira

### **Ministério Público**

Lucas Rocha Furtado, *Procurador-Geral*  
Paulo Soares Bugarin, *Subprocurador-Geral*  
Marinus Eduardo de Vries Marsico, *Procurador*  
Cristina Machado da Costa e Silva, *Procuradora*  
Júlio Marcelo de Oliveira, *Procurador*  
Sérgio Ricardo Costa Caribé, *Procurador*

---

### **Missão**

Assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade.

### **Visão**

Ser instituição de excelência no controle e contribuir para o aperfeiçoamento da administração pública.

### **Negócio**

Controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos federais.

# REVISTA DO TCU

ANO 38 . NÚMERO 115 . MAIO/AGO 2009



© Copyright 2009, Tribunal de Contas da União

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desta publicação, em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

**[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)**

---

Revista do Tribunal de Contas da União. - v.1, n.1 (1970) - . – Brasília : TCU, 1970- .  
v.

De 1970 a 1972, periodicidade anual; de 1973 a 1975, quadrimestral; de 1976 a 1988, semestral; 1989, quadrimestral; 1990 a 2005, trimestral; 2006, anual; a partir de 2007, quadrimestral.

ISSN 0103-1090

1. Controle de gastos públicos – Brasil. 2. Controle externo – Brasil. I. Tribunal de Contas da União.

---

Ficha catalográfica elaborada pela **Biblioteca Ministro Ruben Rosa**

---

# Editorial

Benjamin Zymler

Mais um número da revista do TCU está agora em suas mãos. Nele, há uma verdadeira seleção de matérias, compostas de artigos, notícias e jurisprudência, selecionados de acordo com sua relevância conjuntural, profundidade e abrangência teóricas. Esperamos assim, atender o anseio do leitor, cumprindo nossa missão. Aproveitamos também a oportunidade de agradecer aos nossos colaboradores, que contribuem com o conteúdo desta edição.

A sessão doutrina inicia-se na p. 7, tratando da competência dos tribunais de contas e das várias instâncias que paralelamente, também exercem o papel de controle. Em 1881, o astrônomo americano Simon Newcomb afirmou que a ocorrência de dígitos segue uma distribuição particular de probabilidade, por exemplo, a probabilidade de um número começar com o dígito 1 é maior que com qualquer outro dígito. Entenda como a lei de Newcomb-Benford é usada em processos de auditoria na p. 17 desta edição. Entenda também como o Tribunal define os “objetos de auditoria”, de acordo com os critérios de relevância econômica e estratégica, p. 24.

Desenvolvimento e descentralização, consórcios públicos e repasses são temas tratados na p. 34, uma retrospectiva de dez anos de pregão eletrônico sob o título “Pregão: 10 anos Retrospectiva, essencialidades e perspectivas”, encontra-se na p. 54, assim como a concessão de serviços postais, p. 76. As orientações do manuais para a elaboração do relatório resumido da execução orçamentária da União, DF, Estados e Municípios editados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), referentes a receitas e despesas com educação, são analisados na p. 80. O princípio de Moralidade administrativa, p. 92, assim como a constitucionalidade do controle preventivo, que evita a consumação de ilegalidades e impede a concretização de danos e prejuízos ao erário, p. 103, também são abordados neste número.

Boa leitura.

**Benjamin Zymler** é Ministro do Tribunal de Contas da União e Supervisor do Conselho Editorial da Revista do TCU.

---

# Sumário

<b>Doutrina</b>	<b>7</b>
<b>Fiscalizar é preciso</b>	<b>7</b>
Alcindo Antonio Amorim Batista Belo	
<b>O Uso da Lei Newcomb-Benford na contabilidade e auditoria</b>	<b>17</b>
Ângelo Henrique Lopes da Silva	
<b>Seletividade do Controle Externo em Auditoria Operacional</b>	<b>24</b>
Dagomar Henriques Lima	
<b>O novo regime dos consórcios públicos e o federalismo compartilhado: um desafio para o controle externo brasileiro</b>	<b>34</b>
Dirceu Rodolfo de Melo Junior	
<b>Pregão: 10 anos. Retrospectiva, essencialidades e perspectivas</b>	<b>54</b>
Jair Eduardo Santana	
<b>O Serviço Postal licitável. “Sê-lo ou não sê-lo”: eis a questão.</b>	<b>76</b>
Luiz Fernando Silveira Netto	
<b>Avaliação dos procedimentos para contabilização de receita e despesa em educação contidos nos manuais da STN</b>	<b>80</b>
Nicholas Davies	
<b>A atuação do Tribunal de Contas da União e o princípio da moralidade administrativa</b>	<b>92</b>
Paulo Henrique Ramos Medeiros	
<b>O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas</b>	<b>103</b>
Valdecir Pascoal	

---

---

<b>Notícias</b>	<b>119</b>
<b>ANTT e Ministério dos Transportes destacam benefícios da atuação do TCU</b>	<b>119</b>
<b>TCU contribui para transparência de arrecadações e repasses tributários</b>	<b>119</b>
<b>TCU e TSE assinam acordo de cooperação</b>	<b>120</b>
<b>TCU e Câmara fazem parceria para capacitar gestores</b>	<b>121</b>
<b>TCU aprova, com ressalvas, contas do governo de 2008</b>	<b>121</b>
<b>TCU oferece emendas ao projeto da LDO para 2010</b>	<b>122</b>
<b>TCU participa de audiência pública na Câmara</b>	<b>123</b>
<b>TCU avalia os critérios de distribuição de recursos do Fundo de Participação de Municípios</b>	<b>124</b>
<b>TIControla lança oficialmente o LexML Brasil</b>	<b>125</b>
<b>TCU participa de audiência pública sobre o PAC na Amazônia</b>	<b>126</b>
<b>Reunião de presidentes de tribunais de contas reforça Rede de Controle da Gestão Pública</b>	<b>127</b>
<b>TCU assina acordos com TCEs</b>	<b>127</b>
<b>TCU gera benefício superior a R\$ 4 bilhões no 2º trimestre</b>	<b>128</b>
<b>Jurisprudência</b>	<b>129</b>
<b>Índice de Assunto</b>	<b>133</b>
<b>Índice de Autor</b>	<b>140</b>
<b>Endereços do TCU</b>	<b>141</b>

---



A capa desta edição retrata perspectiva do Museu do Tribunal de Contas da União. Em primeiro plano, *Le Droit*, tinteiro esculpido em bronze, metal dourado e granito, de autoria de H. Levasseur (1853-1934), confeccionado pela *Société des Bronzes de Paris*. Ao fundo, 'Convite da Presidência', óleo sobre tela, de 1977, de autoria do ministro Guido Mondim.

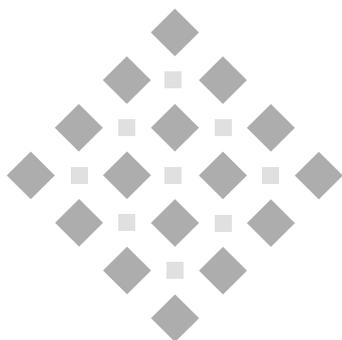
Reaberto em 10 de novembro de 2004 e instalado na Sede do TCU, em Brasília, o museu tem como missão preservar a memória institucional, de forma dinâmica, consoante a museologia contemporânea, que visa atender a espectadores de perfil mais crítico e interativo, em busca de conhecimento cultural e experiências significativas.

O acervo é composto por mobiliário, medalhas, condecorações, documentos, objetos e obras de arte relacionados à história do Tribunal. É apresentado ao público pela exposição "TCU: uma história para contar", na qual as peças em destaque são expostas, e por outras exposições temporárias.

O museu está em constante atividade e incentiva a participação da sociedade para celebrar o resgate da memória da contribuição do TCU na construção da história do país, assim como projetar sua atuação futura na promoção da igualdade e do controle social.

## Fiscalizar é preciso

Alcindo Antonio Amorim Batista Belo



Alcindo Antonio Amorim Batista Belo é servidor do Tribunal de Contas de Pernambuco, bacharel em Direito e Administração pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco) e pós-graduado em Gestão Pública e Controle.

Sempre que a atuação dos Tribunais de Contas constata irregularidades em atividades relevantes da Administração Pública, ainda mais quando se enseja a interrupção dessas atividades, surgem críticas e até ações dos governantes contra esses Órgãos de controle. Sem dúvida que há sempre aperfeiçoamentos a se fazer nas instituições, quer privadas ou públicas. Mas as auditorias desenvolvidas pelos Tribunais de Contas visam a garantir a observância à ordem legal e a regular aplicação dos recursos públicos, e não se tornar um empecilho para consecução dos fins do Estado. Tribunais de Contas, diga-se, existem na própria estrutura da União Européia e em países desenvolvidos, a exemplo da Espanha, França e Portugal.

De início, parece não poder se deslembrar que qualquer cidadão pode gastar à vontade os próprios recursos, dentro do que a legislação não proíbe, sem precisar dar satisfação a ninguém. De outra parte, o cidadão eleito pela via democrática, ao se tornar Governante, gere recursos do povo e somente pode gastar de acordo com o permitido pela legislação que regula tal matéria, estando submetido ainda ao ônus de prestar contas e de ser fiscalizado - obrigações inerentes ao Estado Democrático de Direito para quem administra recursos públicos. Nesse espectro, vale se dirigir aos eminentes apontamentos do Professor Caio Tácito (1988):

A Nova Constituição Brasileira irá, em suma, abrir novos caminhos para a contenção de abusos do Poder Administrativo, acenando com o aperfeiçoamento das instituições democráticas, a valorização do homem comum e a maior proteção dos interesses comunitários.

O tempo dirá dos frutos de tão generosos propósitos que, desafiando a sabedoria dos dirigentes, a criatividade dos tribunais e a capacidade dos seres destinatários, permitirão que o Estado se coloque, em realidade, a serviço do bem comum, sob o império da lei.

Nesse espectro, em virtude da separação de poderes e sistema de freios e contrapesos, foram instituídos diversos sistemas de controle no arcabouço jurídico, fundado na Constituição da República Federativa do Brasil. O Tribunal de Contas consiste em um Órgão de controle externo fiscalizador da Administração Pública dos três Poderes dos Entes da Federação (arts. 71 a 75 da Constituição Federal), quer exercendo o controle em caráter liminar, pelo Poder Geral de Cautela art. 798, CPC (BRASIL, 1973), pois o direito processual preconiza tutelas preventivas também aplicáveis no âmbito dos Tribunais de Contas, ou no exame de mérito das contas dos administradores públicos, orientando e sancionando o gestor, no intuito de evitar o descumprimento do ordenamento jurídico e lesão ao erário. Realiza precipuamente a verificação das atividades dos órgãos e agentes administrativos visando a que as atividades públicas estejam cumprindo suas finalidades.

O controle externo da administração pública, de enaltecer, compreende o papel dos órgãos externos que fiscalizam as ações da administração pública e o seu funcionamento, que corresponde, por exemplo, aos realizados pelo controle parlamentar direto, o controle pelo tribunal de contas e, por fim, o controle jurisdicional. O controle externo é de vital importância, visto que constitui um mecanismo de controle desvinculado da estrutura administrativa com o objetivo que se torne mais imparcial em relação à atividade que será objeto de controle.

Com efeito, não apenas os Tribunais de Contas fiscalizam a Administração Pública no Brasil. O Congresso Nacional, Assembleias Legislativa, Câmara Distrital e Câmaras Municipais também exercem o controle externo sobre administração quer sob o aspecto político sobre as contas dos gestores, quer por meio de comissões parlamentares de inquérito para apurar fatos específicos. O controle interno de cada Poder, preceituado na Carta Magna, art. 74, também deve ser exercido sobre a gestão pública. O Poder Judiciário, embora não atue de ofício, ao ser provocado, também exerce controle externo sobre a administração tanto em caráter cautelar ou de mérito. O Ministério Público tem poderes amplos de fiscalização e para provocar o Judiciário. Os cidadãos, associações, empresas tem legitimidade para realizar

denúncia a tais Órgãos de controle ou acionar o Poder Judiciário.

Enfim, num País de virtudes, carências e dimensões continentais, os sistemas de controle sobre a Administração Pública visam sobremaneira a assegurar que os recursos auferidos da sociedade sejam aplicados de forma efetiva e econômica no atendimento das demandas sócio-econômicas. Nesse sentido as lições do ilustre administrativista José dos Santos Carvalho Filho :

Os mecanismos de controle vão assegurar a garantia dos administrados e da própria administração no sentido de ver alcançados esses objetivos e não serem vulnerados direitos subjetivos dos indivíduos nem as diretrizes administrativas.

Quanto ao tempo em que a fiscalização deve ser realizada, imperioso notar que o controle prévio é o mais avançado, pois de maior efetividade. Fiscalização prévia, impende esclarecer, no sentido de prévia à despesa, realizada somente após o ato administrativo, porquanto toda ação do Tribunal de Contas só pode ser efetivada após a edição de um ato administrativo com repercussão financeira e patrimonial.

O acompanhamento preventivo ou concomitante dos atos da administração não somente permite evitar prejuízo ao erário e ofensa à ordem legal, bem assim possibilita ao gestor público realizar as retificações necessárias a partir dos relatórios emanados pelas equipes de auditoria.

De efeito, atribui-se aos Tribunais de Contas também o poder de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que se cause, antes do julgamento da lide, lesão grave e de difícil reparação. Vale se reportar a esse respeito a excerto de decisão do Supremo Tribunal Federal:

...pontuo, de saída, que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo provisório em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos

magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e do perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), perceptíveis de plano. Requisitos a ser aferidos *primo oculi*, portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que a este dão suporte, senão incorrendo em antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva. Ainda mais quando presente elevado estado de urgência na apreciação da medida liminar, sob pena de perecimento da efetividade da própria jurisdição... (BRASIL, 2009c)

Não se pode deslembrar nesse quesito, em face do eminente caráter de provisoriedade que lhe é inerente, a possibilidade de revogação da cautelar. É possível a revogação ou modificação da medida que defere uma cautelar sempre que se ficar constatado o desaparecimento da situação fática de urgência, podendo o Tribunal de Contas, de ofício ou provocado, sobrestar os efeitos substanciais produzidos pela cautelar, mediante revogação ou alteração da medida que viabilizara a sua concessão.

O poder geral de cautela não enseja ao julgador a possibilidade de decidir antecipadamente o mérito do processo principal. Busca-se preservar a efetividade do Processo, que sem uma intervenção tempestiva do julgador pode restar descaracterizada. Ensina o jurista Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 109-110) que:

Se o poder cautelar genérico é amplo (dada a imprevisibilidade das situações), e não restrito a casos predeterminados, não é, porém, ilimitado ou arbitrário. A primeira e maior limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente necessária dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida. Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória. Devendo restringir-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar.

De outra senda, necessário considerar que o poder de cautela seja exercido com razoabilidade e proporcionalidade. Não se deve, por exemplo, demorar demasiadamente na conclusão da análise de ato da Administração Pública, até por força do princípio da eficiência e razoável duração dos processos, arts. 5º, LXXVIII, e 37, *caput*, da Lei Maior (BRASIL, 1988). Nesse sentido, necessário haver uma análise precisa, mas também célere sobre o atendimento dos requisitos para emissão de medidas cautelares, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, devendo restar presentes fatos e abalizadas presunções que evidenciem a conduta incompatível com a ordem jurídica e com regular aplicação dos recursos públicos, haja vista que as cautelares importam em um sacrifício para o sujeito passivo dela, devendo-se aplicar regras de razoabilidade e proporcionalidade sobre o juízo de concessão para evitar danos desarrazoados ou desnecessários.

O ilustre processualista Rodolfo Mancuso (1997) esclarece:

A primeira e maior limitação ao arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida.

De toda forma, de bom alvitre ressaltar ainda que o poder geral de cautela é imanente ao papel de julgador, quer no âmbito administrativo ou judicial. Assim, quando defere medida cautelar, emite um juízo de valor perfunctório contra uma conduta lesiva à ordem legal e ao patrimônio público. Não teriam efetividade as decisões de mérito dos Tribunais de Contas caso não se pudessem, presentes os pressupostos de fundado receio de lesão grave e de difícil reparação e do perigo da demora, obstar a continuidade da ilicitude. É do interesse público que as decisões dos Tribunais de Contas sejam efetivadas, portanto.

Tal entendimento - poder geral de cautela dos Tribunais de Contas -, vale dizer, é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme evidencia excerto da seguinte decisão:

**Ementa:** PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.

4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.

**(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República. (BRASIL, 2003)**

Com efeito, noutra oportunidade, o decano no STF, Ministro Celso de Mello, que embora em sede de exame de pedido de liminar, reconhece o Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas, *verbis*:

**EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA...**

.... Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. Torna-se essencial reconhecer - especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos... - que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais.

... Vale referir, ainda, que se revela processualmente lícito, ao Tribunal de Contas, conceder provimentos cautelares *inaudita altera parte*, sem que incida, com essa conduta, em desrespeito à garantia constitucional do contraditório. É que esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público... Essa visão do tema tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário... Não se pode desconsiderar, neste ponto, que declarações emanadas de servidores públicos, quando prestadas, como no caso, em razão do ofício que exercem, qualificam-se pela nota da veracidade, prevalecendo eficazes até que sobrevenha prova idônea e inequívoca em sentido contrário. E a razão é uma só: precisamente porque constantes de documento subscrito por agente estatal, tais informações devem prevalecer, pois, como se sabe, as declarações emanadas de servidores públicos, como aquela de fls. 327/351, gozam, quanto ao seu conteúdo, da presunção de veracidade, consoante assinala o magistério da doutrina. Esse entendimento - que põe em evidência o atributo de veracidade inerente aos atos emanados do Poder Público e de seus agentes - é perfilhado, igualmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 86/212 - RTJ 133/1235-1236 - RTJ 161/572-573, v.g.), notadamente quando tais declarações compuserem e instruírem, como na espécie, as informações prestadas pela própria autoridade apontada como coatora: 'As informações prestadas em mandado de segurança pela autoridade apontada como coatora gozam da presunção *juris tantum* de veracidade.' (MS 20.882/DF, Rel. Min. Celso de Mello) Impende assinalar, ainda, que o E. Tribunal de Contas da União, ao conceder a medida cautelar em questão, cumpriu a obrigação constitucional - que se impõe a todos os órgãos do Estado - de fundamentar a sua deliberação, em ordem a não incidir em prática arbitrária, assim evitando, com a exposição dos fundamentos de fato e de direito subjacentes ao ato decisório, a censura que faz a doutrina... (BRASIL, 2007)

Nesse sentido, vale citar como exemplo o controle preventivo sobre obras públicas, em que se detectam sobremaneira atos irregulares da Administração no planejamento das obras. Verifica-se constantemente a execução de obras sem que haja um projeto com suficiente detalhamento para explicitar como e com qual custo se elaborará o empreendimento. Não apenas no setor público, mas também no privado, o projeto e orçamento de obras são imprescindíveis para que se inicie a execução. Sem tais elementos, não há balizas para uma medição do que está sendo prestado e qual o valor que se deve remunerar por tais serviços. Assim, a administração pública de alguns Entes da Federação tem atuado com desrespeito à legislação que regula obras e serviços de engenharia, o que enseja a atuação dos Tribunais de Contas, visando a preservar o arcabouço jurídico e ao Erário.



De outra senda, de enaltecer que as propostas que se avolumam para alterar legislação que regula a atividade dos Tribunais de Contas de forma a usurpar competências e enfraquecer os mecanismos de controle, a exemplo das disposições do anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, e não com fins de aperfeiçoar a fiscalização, constituem uma clara afronta à Constituição da República. Há realmente um assentamento de posições sobre conceitos das entidades que integram ou colaboram com a Administração Pública no aludido anteprojeto, mas não incutem técnicas avançadas de gerenciamento capazes de tornar mais moderna e eficiente a gestão. Com efeito, não se propõe soluções para a essência do problema da Administração Pública – incompetência gerencial e elevado nível de corrupção. Buscou-se em primazia uniformizar o tratamento das entidades com base no entendimento doutrinário e dos Tribunais Superiores do Poder Judiciário.

Ao mesmo tempo, é proposta no anteprojeto uma diminuição dos poderes do controle interno e do controle externo a cargo dos Tribunais de Contas por meio tanto dos dispositivos que regulam entidades da administração direta e indireta, bem assim entidades que colaboram com o Poder Público, quanto dos que regulam diretamente as atividades de controle. Configuram o controle como o empecilho para o bom funcionamento do Estado. Merecem ser destacadas as regras gerais sobre controle e as relativas à atuação do TCU, *in verbis*:

### SEÇÃO III

#### DO CONTROLE

##### Subseção I

##### Das Regras Gerais

Art. 50. O controle das atividades dos órgãos e entidades estatais deve obedecer ao disposto na Constituição, nesta Lei e na legislação especial e observar as seguintes diretrizes:

I - supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco;

II - controle *a posteriori*, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante;

III - predomínio da verificação de resultados;

IV - simplificação dos procedimentos;

V - eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle;

VI - dever, para os órgãos ou entes de controle, de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; e

VII - responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade.

Parágrafo único. Os órgãos e entes de controle não podem substituir-se aos agentes, órgãos ou entes controlados no exercício de suas competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

### Subseção III

#### Do controle externo

Art. 62. Ressalvado o controle jurisdicional, o controle externo dos órgãos e entidades estatais é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

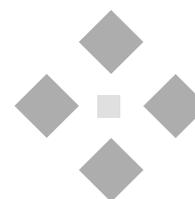
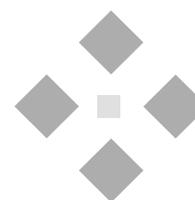
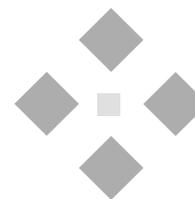
Parágrafo único. O controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

Art. 63. O controle externo não implica a exigência ou o processamento de exames prévios, como condição de validade ou eficácia de atos da administração.

Art. 64. Sujeitam-se ao controle quaisquer pessoas que utilizem, arrecadem, guardem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome de entidade estatal.

Parágrafo único. Para fins deste artigo, não se consideram como dinheiros, bens e valores públicos os recursos que sejam transferidos a entidade não estatal a título de remuneração ou de contraprestação pecuniária, devendo neste caso o controle se limitar à verificação da legalidade da despesa realizada pela entidade estatal e ao cumprimento da obrigação ensejadora do pagamento.

Art. 65. O controle relativo aos contratos celebrados com entidades não estatais deve limitar-se à verificação do cumprimento do contrato, sendo vedada a exigência de observância de normas e procedimentos relativos a regime jurídico incompatível com sua natureza. (BRASIL, 2009a)





Passemos a uma análise perfunctória de algumas dessas disposições. A proposta de lei vai de encontro à Carta Política de 88 ao determinar que a regra geral do controle deve ser posterior ao ato. Notório que o Tribunal de Contas não possui nenhum poder de definição de política pública impende lembrar de início. No entanto, a partir do momento em que se começa a materialização dessas por atos – publicação de edital, realização de gastos, contratação de servidores – o Tribunal de Contas tem poder-dever de examinar os atos administrativos. E, claro, deve atuar de forma mais célere possível, com fulcro na competência do exercício do controle externo, no princípio da eficiência, indisponibilidade do interesse público e resolução rápida dos processos – arts. 5º, LXXVIII, 37, 71 a 75 da Constituição da República.

Há um evidente interesse de que se interrompa o dano que porventura esteja ocorrendo à ordem legal e ao erário o mais breve possível, e não quando se concluir uma licitação ou terminar um contrato, em que pode restar consubstanciado vultoso prejuízo, que dificilmente retornará aos cofres públicos. O controle concomitante e prévio, portanto, constituem as formas mais modernas e eficientes de mensurar os atos da Administração Pública. Nesse sentido, conforme explanado, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu terem os Tribunais de Contas competência para emitir medidas cautelares com base no Poder Geral de Cautela. Não teriam efetividade as decisões dos Tribunais de Contas se tivessem de esperar a exigüidade de todo o ato ou contrato administrativo para proferir um juízo de valor, mesmo que superficial. Assim, quando na motivação do anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública se afirmou que foram observados posicionamentos do Pretório Excelsor, deveria ter formulado proposições para consolidar poderes dos Tribunais de Contas, e não os restringir.

Outro dispositivo proposto que enfraquece os sistemas de controle constitui na diretriz de se concentrar o exercício do controle na análise dos resultados do Estado. O Brasil, de forma notória, apresenta altos índices de corrupção e baixos de punibilidade. Por conseguinte, parte relevante dos recursos públicos é desviada para fins particulares e parte irrelevante do montante usurpado do Erário é efetivamente ressarcida. Mas, na exposição de motivos do anteprojeto, justifica-se tal texto pela adoção do modelo europeu de controle, que em geral incide em países de baixos índices de corrupção. Logo, caso se priorize a análise do desempenho, uma das atribuições relevantes dos Tribunais de Contas realizadas por meio das auditorias operacionais, em detrimento do exame da legalidade e economicidade, serão aumentados os riscos à ordem legal e ao patrimônio público, o que de modo algum foi o intuito do Legislador Originário ao fixar as atribuições dos Tribunais de Contas.

Ainda a comentar que o preceito estatuído no inciso VI, art. 50 do anteprojeto (BRASIL, 2009a)- dever de averiguar alternativas compatíveis com a finalidade de interesse público dos atos e procedimentos que sejam pelo Tribunal de Contas impugnados -, prescreve algo, a princípio, compatível com a razoabilidade, mas que sob outra ótica, afronta a separação de poderes. Cabe ao gestor público tomar decisão de solucionar a mácula no ato ilegal que praticou e foi glosado pelo Tribunal de Contas ao exercer suas atribuições de controle prescritas na Lei Maior. O Tribunal de Contas pode apenas, a depender do caso concreto, determinar a observância a ordem legal ou sugerir medidas saneadoras. Veja-se que nesse sentido até o Parágrafo Único do art. 50, bem assim Parágrafo Único do art. 62 do anteprojeto ratificam a independência dos Poderes, preceituada no art. 2º da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Por fim, vale comentar que existe proposta sobre matéria pertinente a regime disciplinar do servidor público que atua de forma displicente e imprópria. A responsabilização nesse sentido é sempre pessoal, apurada por sindicância, e não do órgão. Sendo, pois, dispensável tal preceito do anteprojeto.

No *caput* do art. 50 do anteprojeto, urge sublinhar, profere-se que o controle deve obedecer à Constituição, da República teria obrigação de dizer – adveio de Assembléia Constituinte democraticamente eleita após agonizante ditadura –, bem assim que se observe aos preceitos do anteprojeto. Contudo, os Tribunais de Contas foram concebidos para resguardar a coisa pública e todas as atribuições são definidas pela Carta Magna, arts. 71 a 75 (BRASIL, 1988). Por conseguinte, não pode legislação infraconstitucional restringir sob pena de inconstitucionalidade vertical, confronto material com texto da Constituição Federal. Ademais, o controle externo é exercido não somente pelos Tribunais de Contas, mas por outros Órgãos ou Poderes que não integram a Administração Pública, a exemplo do Poder Judiciário. Mas, veja-se que o texto do anteprojeto busca restringir a atuação dos proativos Tribunais de Contas, que têm relevante incumbência de fiscalizar um montante de centenas de bilhões de reais ao se considerar os orçamentos dos Entes da Federação.

Assim, não se encontra uma justificativa plausível para os termos do anteprojeto direcionado a cercear o controle sobre a Administração Pública. Partiu-se da premissa equivocada de que o controle atrapalha a eficiência do Estado, e não que há uma séria crise gerencial e ética no Poder Público. O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública (BRASIL, 2009a) afronta a disposição do arts. 71 a 75 sobre os Tribunais de Contas, bem assim da forma republicana de governos, art. 1º da Lei Maior (BRASIL, 1988). Tão importante quanto concluir os programas de Governo é assegurar o respeito ao ordenamento jurídico e a preservação do Erário, pois se administra a *res* pública, que por óbvio adveio do povo e para atender o povo de acordo como os princípios expressos e implícitos que regem a Administração Pública.

Com efeito, o Tribunal de Contas, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, possui o imprescindível mister de exercer um controle externo sobre a Administração Pública. Não se imiscuem os Tribunais de Contas, vale registrar novamente, na definição da política pública – áreas da sociedade em que se alocarão os recursos públicos, delineadas na Lei Orçamentária Anual, LDO e Plano Plurianual. Por sua vez, o papel do gestor público é definido de modo claro na Carta Magna. Deve respeitar a ordem jurídica e envidar esforços para desenvolver o País e diminuir as desigualdades. Enquanto que, como um dos órgãos de controle, o Tribunal de Contas atua visando a assegurar que o gestor atue precisamente com tais desideratos.

Assim, ao invés de se combater o controle, deveria todo governante se voltar ao combate de males crônicos do País, a exemplo da aprofundada violência, deficiente qualidade na educação e saúde, ausência de saneamento, precário estado da estrutura de transporte, entre outros problemas graves. O Tribunal de Contas, assim como outros Órgãos e Poderes que exercem controle sobre a Administração Pública, apenas cumpre com o poder-dever de zelar pela ordem jurídica e patrimônio público. Fiscalizar é uma atividade imprescindível num Estado republicano.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública, de 16 de julho de 2.009. Disponível em: < [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao\\_jur/arquivos/090729\\_segex\\_Arq\\_leiOrganica.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_segex_Arq_leiOrganica.pdf)>. Acesso em 02/12/2009.

\_\_\_\_\_. [Código de Processo Civil (1973)]. Código de processo civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS 28398 MC/DF, de 29 de outubro de 2009. Relator: Min. Carlos Britto. DJ- 09/11/2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS-MC.SCLA.%20E%2028398.NUME.&base=baseMonocraticas>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. MS 24510, de 19 de novembro de 2003. Relator: Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 19-3-04. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS.SCLA.+E+24510.NUME.&base=baseAcordaos>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. MS - 26547/DF, de 23 de maio de 2007.. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 29/05/2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo468.htm>>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Marcos et al. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

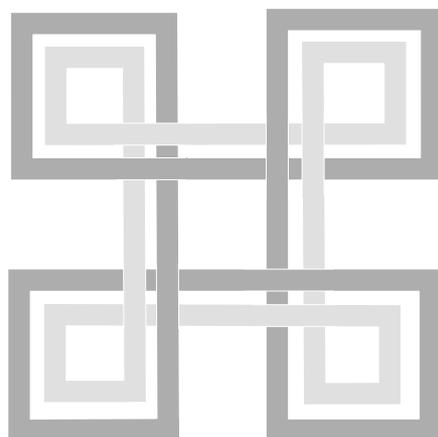
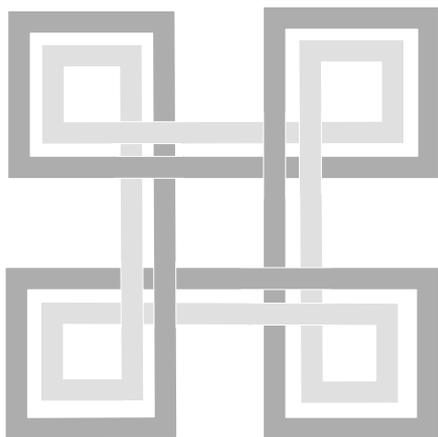
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Questão dos limites no poder cautelar geral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.72, n. 569, p. 13-30, mar., 1983.

- TÁCITO, Caio. O Controle judicial da administração pública na nova constituição: os novos instrumentos de controle jurisdicional da administração, *Revista de direito administrativo*, n. 173, p. 25-33, jul./set., 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*, 18. ed. São Paulo: Leud, 1999.

# O Uso da Lei Newcomb-Benford na contabilidade e auditoria

Ângelo Henrique Lopes da Silva



Ângelo Henrique Lopes da Silva é servidor do TCU, graduado em Engenharia Mecânica no Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), especialista em Contabilidade e Auditoria pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) e mestre em Economia pela Universidade de Brasília (UnB).

A Lei Newcomb-Benford encontra aplicação relevante na atividade de auditoria, podendo aumentar as possibilidades de detecção de fraudes em balanços contábeis. A referida lei proporciona uma maneira adicional de averiguação de registros numéricos, através da comparação das frequências observadas de aparecimento dos dígitos nos balanços àquelas preconizadas pela lei. Entretanto, como todo modelo quantitativo, principalmente quando aplicado às ciências sociais, devemos identificar a qual universo dos fenômenos humanos e sociais aplicam-se os seus resultados. É importante que o auditor conheça a quais dados se aplicam, os tipos de fraudes detectáveis, bem como realizar os testes estatísticos que permitam a inferência de conclusões advindas da Lei Newcomb-Benford.

A análise de Benford é uma arma bastante difundida entre empresas de investigação e órgãos de fiscalização internacionais, sendo empregada na detecção de fraudes e desvios em grandes bancos de dados, sobretudo os contábeis. A análise digital de Benford é contemplada em alguns softwares de auditoria, a exemplo do *Audit Command Language* (ACL). Este texto pretende apresentar a Lei Newcomb-Benford, através de sua formulação; indicar o conjunto de dados aos quais se aplica; introduzir os testes estatísticos usados na investigação; encerrando com uma explicação inicial acerca de seu uso pelo ACL.

## 1. A LEI NEWCOMB-BENFORD E SUA APLICABILIDADE

Suponha que um auditor se depare com um grande conjunto de dados, podendo ser um balancete contábil, de retornos financeiros de mercado de ações ou censos populacionais. Escolhe-se aleatoriamente um registro contábil e pergunta-se qual a probabilidade de que esse número se inicie com o algarismo 1? Intuitivamente, tendo-se em mente uma possível distribuição uniforme dos dígitos, a resposta natural seria uma probabilidade de  $1/9$  (11,1%). Surpreendentemente, a resposta é equivocada. A Lei Newcomb-Benford afirma que essa probabilidade é de 30,1%. Para o algarismo 2, a mesma probabilidade é de 17,6%; para o 3, 12,5%; decaindo finalmente para 4,6%, no caso do 9.

“O primeiro a perceber tal lei natural foi o astrônomo e matemático Simon Newcomb, que, em 1881, observou que, em uma biblioteca pública, as primeiras páginas dos livros de logaritmo eram mais usadas, encontrando-se mais sujas e desgastadas.” (DURTSCHI et.al., 2004, p.18; SANTOS et.al.,2003, p.36). Ou seja, os leitores procuravam mais freqüentemente por números que começavam por 1 do que por números que começavam por 2, 3 e assim por diante.

“Cerca de 50 anos mais tarde, o físico Frank Benford identificou o fenômeno observado por Newcomb e buscou testá-lo com mais de 20.000 observações de diversas origens, como: áreas de rios, pesos atômicos de elementos e números apresentados em artigos da Reader’s Digest.” (DURTSCHI et.al., 2004, p.20; SANTOS et.al., 2003, p.36). Confirmando o fenômeno, Benford concluiu que os números apresentavam um padrão de comportamento em que algarismos baixos aparecem com mais freqüência na primeira posição que nas últimas. Benford não só aprofundou o estudo sobre o tema, como também divulgou amplamente seus resultados, o que lhe conferiu o título do fenômeno, como Lei de Benford. Mas em respeito ao precursor, Simon Newcomb, preferimos chamá-la de Lei Newcomb-Benford, no entanto, adotando a denominação de distribuição de Benford, por este ter se aprofundado matematicamente no tema.

Desde então, vários matemáticos e estatísticos estudam o fenômeno e têm descoberto uma maior gama de aplicações. O matemático Hill (1995 apud DURTSCHI et.al., 2004, p.20) não só demonstrou a Lei Newcomb-Benford, assim como indicou aplicações para dados no mercado de ações, em censos estatísticos e em dados contábeis. Afirmou ainda que a distribuição de Benford, assim como outras distribuições, tal como a normal, é um fenômeno empírico. Boyle (1994 apud DURTSCHI et.al., 2004, p.20) demonstrou que dados que são obtidos de fontes diversas e que são multiplicados ou divididos seguem a lei Newcomb-Benford. Isso explica por que a maioria dos dados contábeis apresenta comportamento bem próximo à distribuição de Benford, visto que frequentemente submetem-se a operações matemáticas simples. “No entanto, é Nigrini que se destaca pela ampla pesquisa da aplicação da lei de Newcomb-Benford na detecção de fraudes contábeis.” (DURTSCHI et.al., 2004, p.22).

## 2. A FÓRMULA DA LEI NEWCOMB-BENFORD

Antes de passarmos à fórmula que nos leva aos resultados da Lei Newcomb-Benford, superemos o golpe que o seu resultado traz à nossa intuição comum. Imagine o valor de um determinado registro contábil em 1 milhão e seu crescimento a uma taxa de 5% ao ano:

Intuição correta para Lei Newcomb-Benford					
Ano	Valor (\$)	Ano	Valor (\$)	Ano	Valor (\$)
1	1.000.000	11	1.628.895	21	2.653.298
2	1.050.000	12	1.710.339	22	2.785.963
3	1.102.500	13	1.795.856	23	2.925.261
4	1.157.625	14	1.885.649	24	3.071.524
5	1.215.506	15	1.979.932	25	3.225.100
6	1.276.282	16	2.078.928	26	3.386.355
7	1.340.096	17	2.182.875	27	3.555.673
8	1.407.100	18	2.292.018	28	3.733.456
9	1.477.455	19	2.406.619	29	3.920.129
10	1.551.328	20	2.526.950	30	4.116.136

Crescimento estável é uma hipótese razoável para dados contábeis. Podemos notar que o primeiro algarismo permanecerá 1 até que o valor alcance 2 milhões, o que acontecerá no 16º ano. O primeiro algarismo permanecerá 2 por 8 anos; permanecerá 3 por 6 anos e assim por diante sempre numa freqüência decrescente. Portanto, os valores menores para primeiro dígito são mais prováveis que os valores maiores.

Algebricamente, a probabilidade de que um determinado algarismo  $d$  inicie um número qualquer é dada pela seguinte fórmula:

$$\text{Prob}(d) = \log\left(1 + \frac{1}{d}\right)$$

onde  $d = 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8$  ou  $9$

Isto é, a probabilidade de que um número comece com o algarismo  $d=1$  é de:

$$\text{Prob}(1) = \log\left(1 + \frac{1}{1}\right) = \log 2 = 0,30103$$

Para  $d=2$ :

$$\text{Prob}(2) = \log\left(1 + \frac{1}{2}\right) = \log 1,5 = 0,17609$$

A probabilidade também pode ser calculada para as posições seguintes de um número pela seguinte fórmula geral:

$$\text{Prob}(D_1 = d_1, \dots, D_k = d_k) = \log\left[1 + \frac{1}{\sum_{i=1}^k d_i \times 10^{k-i}}\right]$$

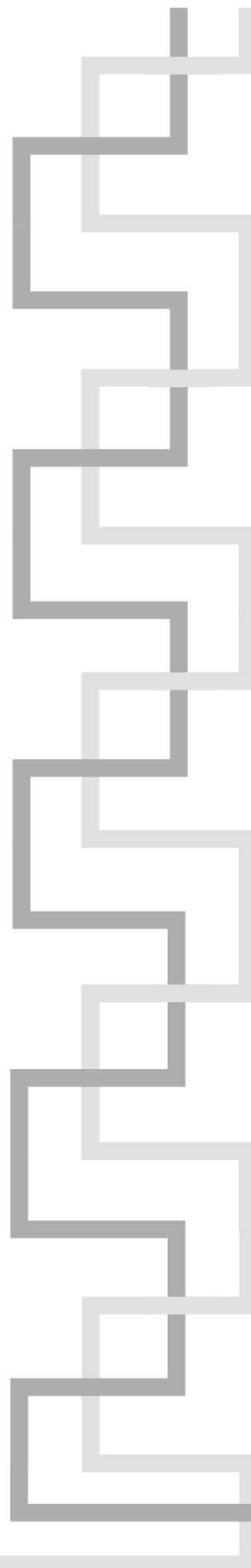
onde  $D_1$  é o primeiro dígito,  $D_2$  é o segundo dígito, sendo  $D_k$  é  $k$ -ésimo dígito. Por exemplo, a probabilidade de que um número inicie por 175 é de:

$$\text{Prob}(D_1 = 1, D_2 = 7, D_3 = 5) = \log\left[1 + \frac{1}{175}\right] = 0,00247$$

Para calcularmos a probabilidade de que o 2º dígito de um número seja 3, por exemplo, teríamos que calcular pela fórmula logo acima a soma das probabilidades do número começar por 13, 23, 33, 43, 53, 63, 73, 83 e 93. Ou seja:

$$\text{Prob}(D_2 = 3) = \sum_{j=1}^9 \log\left[1 + \frac{1}{10 \cdot j + 3}\right] = 0,10433$$

Por meio da formulação apresentada, podemos construir a tabela abaixo com a probabilidade prevista pela Lei Newcomb-Benford até o quarto dígito. A tabela demonstra que a distribuição uniforme apenas passa a ser plausível a partir da quarta posição. A média tenderá a 4,5, valor esperado para uma distribuição uniforme, e a variância aproximar-se-á assintoticamente de 8,25. Entretanto, do primeiro ao terceiro dígito, predomina uma distribuição menos aderente a uniforme, de forma que testes de distribuição de Benford possuem mais chances de sucesso.



Frequências esperadas baseadas na Lei de Newcomb-Benford

Algarismo	1ª posição	2ª posição	3ª posição	4ª posição
0	-	0,11968	0,10178	0,10018
1	0,30103	0,11389	0,10138	0,10014
2	0,17609	0,10882	0,10097	0,10010
3	0,12494	0,10433	0,10057	0,10006
4	0,09691	0,10031	0,10018	0,10002
5	0,07918	0,09668	0,09979	0,09998
6	0,06695	0,09337	0,09940	0,09994
7	0,05799	0,09035	0,09902	0,09990
8	0,05115	0,08757	0,09864	0,09986
9	0,04576	0,08500	0,09827	0,09982

### 3. QUANDO APLICAR A LEI NEWCOMB-BENFORD

Como já mencionado, a Lei Newcomb-Benford tem aplicações interessantes à auditoria e à contabilidade. Por um teste baseado nessa lei, pode-se detectar, por exemplo, manipulação de valores em balanços contábeis, seja por inserção, remoção ou alteração de registros. No entanto, as pesquisas recomendam cautela nas conclusões respaldadas pela lei, no sentido de identificar corretamente quais tipos de dados se prestam à utilização da distribuição de Benford.

Durtschi et. al. (2004, p.23-24) comentam sobre quais características identificam oportunidade para o uso da referida lei e quais aquelas que a afastam. Afirmam que, em geral, dados relacionados à contabilidade obedecem à distribuição de Benford. Contas de receita e de pagamento, que são resultado de multiplicação de quantidades e preços, se amoldam bem à Lei Newcomb-Benford. Mas os mesmos autores também alertam para exceções da Lei Newcomb-Benford em dados contábeis. Tais exceções correspondem a números que podem sofrer deliberadamente influência humana (como saques em caixa eletrônico e preços de serviços e produtos) ou aqueles números sequenciais, como números de cheque e de ordem de compra. Números sequenciais tendem a ser números distribuídos uniformemente, bem diferente do perfil de Benford. Em relação aos preços, é prática comercial considerar a barreira psicológica de se fixar preços na casa dos nove sem arredondá-los para o inteiro superior. Números dessa natureza apresentam um perfil de distribuição parabólico em torno dos números mais prováveis. Registros contábeis que possuem restrição intervalar, isto é, que variam forçadamente entre limites máximo e mínimo pré-estabelecidos, também não se distribuem segundo Benford. Por exemplo, carteiras de investimento com *guidelines* ou conjunto de ativos que em razão da baixa de materialidade se exige limite mínimo para que sejam registrados contabilmente não teriam distribuição de Benford.

Seria interessante, preliminarmente aos testes, identificar se um particular conjunto de dados apresenta a distribuição de Benford, com vistas à sua aplicação, haja vista que, ao aplicarmos equivocadamente o teste a dados incompatíveis com a citada distribuição, ele poderá acusar uma fraude inexistente. Wallace (2002 apud DURTSCHI et. al., 2004, p.24) propõe que, se a média de um determinado conjunto de dados é maior que a sua mediana e se a sua dispersão for positiva, será aplicável o teste de Benford. Intuitivamente, percebemos que é esperado que a média dos dados deva ser maior que a sua mediana, já que os valores menores são mais prováveis na distribuição de Benford. “No entanto, o método de identificação sugerido esbarra em uma natural inconsistência, pois um banco de dados com uma quantidade suficiente de números manipulados, que deveria ser investigado, poderia apresentar uma resposta negativa a tal teste de identificação.” (DURTSCHI et. al. 2004, p.24). Portanto, a identificação deve ter embasamento também no exame de outras características, algumas delas já citadas. Entendemos que a análise de Benford deve servir como mais uma ferramenta importante e como apoio às demais análises convencionais de controle interno.

As características a serem observadas são assim resumidas na tabela abaixo:

Quando a análise de Benford é ou não é provavelmente útil	
Quando a análise de Benford é provavelmente útil	Exemplos
Conjunto de números que resultam de combinações de números – resultados advindos de duas distribuições	Receitas (preço x quantidade vendida) Despesas (preço x quantidade comprada)
Dados referentes ao nível de transação	Pagamentos, vendas, despesas
Em grande conjunto de dados – quanto mais observações, melhor	Transações do ano inteiro
Registros que parecem se amoldarem – quando a média do conjunto de dados é maior do que a mediana e a dispersão é positiva	Maioria dos conjuntos de dados contábeis
Quando a análise de Benford não é provavelmente útil	Exemplos
Conjunto de dados envolve números sequenciais	Números de cheques, números de notas fiscais, CEPs
Números que são influenciados pelo pensamento humano	Preços sem arredondamento com nove, saques em caixas eletrônicos
Registros com uma grande quantidade de números específicos	Uma conta que recebe apenas um pequeno número de valores
Registros com mínimo ou máximo embutidos	Números que apenas são registrados pela sua alta materialidade, guidelines em carteiras de investimento
Onde a transação não é registrada	Propina, suborno, roubos, caixa dois

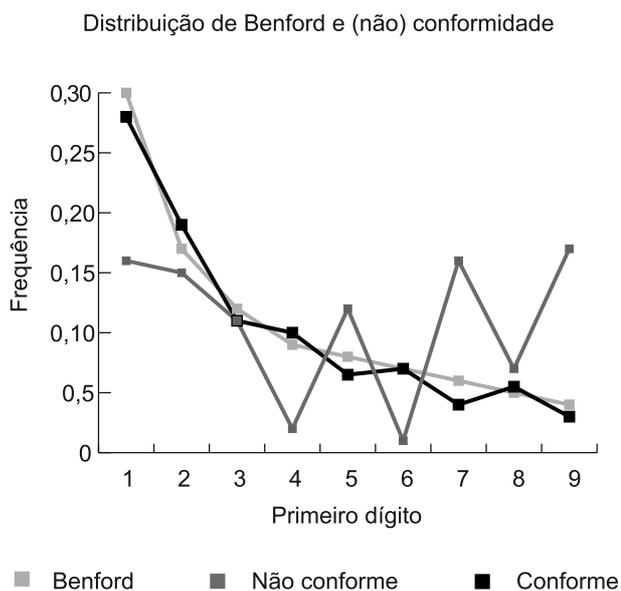
Fonte: Durtschi et. al. (2004, p.24, tradução nossa)

Finalmente, há de ser ter em mente que dados gerados aleatoriamente, como loterias, assim como datas, não se prestam à análise de Benford, pois não são processos de contagem. Aliás, números escolhidos pelo homem apresentam, em geral, uma aleatoriedade que foge significativamente da distribuição de Benford, fato que proporciona a sua utilidade em investigações e auditorias. Mas se um fraudador conseguir incluir e/ou remover registros mantendo a conformidade com a Lei Newcomb-Benford, naturalmente a fraude não poderá ser identificada pela lei.

#### 4. COMO TESTAR A CONFORMIDADE COM A LEI NEWCOMB-BENFORD

Naturalmente, o teste da Lei Newcomb-Benford baseia-se na confrontação entre as frequências observadas dos dados sob investigação e as frequências esperadas de acordo com a distribuição de Benford estabelecida pela lei. Abaixo, podemos observar a distribuição teórica de Benford, assim como, dados hipotéticos que se enquadrariam (conforme) e outros que não se enquadrariam (não-conforme). Os dados não-conformes seriam candidatos a uma investigação mais apurada.

Figura 1- Gráfico da distribuição de Benford e de distribuições hipotéticas



Uma maneira mais rigorosa de aferir quão conforme estão os dados coletados é com o uso de testes estatísticos. Essa confrontação dos dados investigados com a distribuição predita por Newcomb e Benford, obviamente, sempre apresentará um desvio. Devemos nos perguntar se os desvios se devem à variação aleatória ou à manipulação fraudulenta. Em que magnitude dos desvios deve-se passar a desconfiar de uma existência de uma fraude?

O primeiro teste é o  $\chi^2$  de aderência, em que se compara as probabilidades observadas e a serem testadas com as probabilidades esperadas para todos os dígitos  $d$  em conjunto. Segundo Santos et. al. (2003, p.46) o teste para a primeira posição é realizado pela fórmula a seguir:

$$\chi_{8g}^2 = \sum_{d=1}^9 \frac{\left[ \log\left(1 + \frac{1}{d}\right) - \text{Prob}(D_1 = d) \right]^2}{\log\left(1 + \frac{1}{d}\right)} \times S$$

onde  $S$  é o tamanho da amostra.

Entretanto, o teste mais empregado é o  $z$ . Para um dígito particular, podemos usar a estatística  $z$  para examinar se ele foge do padrão predito pelo teste.

Ou seja, podemos identificar se um dígito está ou não condizente com a frequência esperada para esse dígito pela distribuição de Benford. Segundo Santos et. al. (2003, p.46) o teste para a primeira posição obedece à seguinte formulação:

$$z = \frac{\left| \text{Prob}(D_1 = d) - \log\left(1 + \frac{1}{d}\right) \right| - \frac{1}{2S}}{\sqrt{\frac{\log\left(1 + \frac{1}{d}\right) \left(1 - \log\left(1 + \frac{1}{d}\right)\right)}{S}}}$$

Este último teste apresenta a vantagem de identificar qual é dígito mais suspeito para averiguação, no entanto, pode apresentar maior quantidade de falsos resultados positivos que o teste qui-quadrado, isto é, apontando desconformidade com a distribuição de Benford onde não existe fraude. Ao contrário, devemos também sempre ter em mente que o teste pode não revelar fraudes, embora existam, como por exemplo, nos casos em que as transações não são em grande quantidade.

## 5. ANÁLISE DIGITAL NO ACL

O aplicativo de auditoria ACL conta com análise digital fundamentada na distribuição de Benford. De acordo com o seu *help*, “As ferramentas de análise digital como o comando Benford permitem que auditores e outros analistas de dados se concentrem em possíveis anomalias, em conjuntos de dados volumosos.” (DURTSCHI et. al., 2009). O comando da análise de Benford pode ser acessado a partir do botão **Analisar** na barra de menus e selecionando-se em seguida o botão **Efetuar análise de Benford**.

Das estatísticas mencionadas anteriormente, o ACL produz a estatística  $z$  para cada dígito. É possível a análise até o dígito da sexta posição, no entanto, a partir do quarto dígito o comando de Benford envia o resultado para um arquivo. Já a inclusão do quinto e sexto dígitos acarreta muito tempo de processamento. O programa sugere que, quando mais de uma coluna de resultados foge aos limites estabelecidos pela distribuição de Benford, os dados podem ser anômalos, merecendo apuração mais detalhada.

A análise de Benford do ACL possui funcionalidades importantes. Como qualquer incursão estatística necessita amostras minimamente grandes, o programa alerta quando o tamanho da amostra é pequeno demais para a análise. Também, o programa alerta para melhor análise quando os valores positivos e negativos são analisados separadamente, fornecendo um filtro para a segregação entre eles. A análise de Benford desconsidera automaticamente os registros iguais a zero na estatística final, porém, informando o número de registros nessa situação. Da mesma forma, sempre considera apenas o primeiro dígito significativo à esquerda de cada registro, ou seja, ignorando os zeros à esquerda do registro. O programa utiliza como saída padrão dos resultados uma tabela, no entanto, pode ser enviado para um arquivo ou gráfico.

O ACL alerta que as ferramentas de análise digital “não provam a existência de um erro ou fraude, mas identificam itens que merecem estudo posterior, com base em fundamentos estatísticos. A análise digital complementa as ferramentas e técnicas analíticas existentes, e não deve ser usada isoladamente delas”. (DURTSCHI et. al., 2009).

## 6. COMENTÁRIOS FINAIS

A análise de Benford é uma ferramenta auxiliar na pesquisa de anomalias numéricas que possam levantar suspeitas. Todavia, deve ser usado com parcimônia, principalmente quando não há certeza de que banco de dados sob exame segue as propriedades da distribuição de Benford. No entanto, afastado esse risco, é uma ferramenta preliminar bastante prática, sobretudo quando a quantidade de registros for volumosa, possibilitando concentrarmos os exames em uma amostra menor.

Contrastando com a sua grande aplicação internacional na detecção de fraudes, a Lei Newcomb-Benford ainda é bastante desconhecida no nosso país. Poucos trabalhos nacionais existem sobre o tema. Essa é uma oportunidade para que futuros trabalhos realizados em auditoria avancem na comprovação e na definição das aplicabilidades da Lei Newcomb-Benford no âmbito da administração pública de nosso país.

## REFERÊNCIAS

ACL SERVICES LTD. Ajuda do ACL Versão 8.

DURTSCHI, Cindy; HILLISON, William; PACINI, Carl. *Journal of Forensic Accounting. The Effective Use of Benford's Law to Assist in Detecting Fraud in Accounting Data*, v. 5, p. 17-34. 2004. Disponível em: <<http://www.auditnet.org/articles/JFA-V-1-17-34.pdf>>. Acesso em: 12 ago.2009.

SANTOS, Josenildo dos; TENÓRIO, José Nelson Barbosa; SILVA, Luis Gustavo Cordeiro da. *Uma Aplicação da Teoria das Probabilidades na Contabilometria: a Lei Newcomb-Benford como medida para análise de dados no campo da auditoria contábil*. Unb Contábil, v. 6, n. 1, p. 35-54. 2003. Disponível em: <<http://www.unbcontabil.unb.br/Volumes/v6n1/9a32.pdf>> Acesso em: 12 ago.2009.

# Seletividade do Controle Externo em Auditoria Operacional\*

Dagomar Henriques Lima

## 1. INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas, no exercício do controle externo, devem fiscalizar a respectiva esfera de governo, bem como as entidades da administração direta e indireta, sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial e das entidades da administração direta e indireta (BRASIL, 1988). Além disso, a atuação desses tribunais deve pautar-se pelos princípios da administração pública, entre os quais o da eficiência, isto é, a melhor organização possível de seus meios para o alcance de seus objetivos.

Sendo assim, considerando a magnitude da missão constitucional e a limitação de recursos, os órgãos de controle externo precisam atuar de forma seletiva, visando exercer a fiscalização sobre os recursos públicos em benefício da sociedade.

Para se ter ideia do amplo espectro de atuação do controle, no nível federal, basta considerar que, segundo o banco de dados da consultoria orçamentária da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2008a), o Plano Plurianual 2008-2011 prevê a execução de 308 programas de governo e 4.984 ações orçamentárias. Além disso, a lista de organizações públicas federais que devem prestar contas ao Tribunal de Contas da União para o biênio 2007/2008 relaciona 2.336 entidades. Essa lista não esgota as possibilidades de fiscalização, pois o controle pode atuar sobre objetos mais amplos, como políticas de governo e atividades governamentais (regulação, orçamentação, compras no setor público). Resta então questionar como o controle pode estabelecer estratégia de atuação que o leve a usar seus recursos do melhor modo possível para maximizar o retorno social proporcionado pela atividade de fiscalização.

Dagomar Henriques Lima é servidor do Tribunal de Contas da União, especialista em Controle Externo pelo Instituto Serzedello Corrêa (ISC) e Bacharel em Estatística pela Escola Nacional de Ciências Estatísticas (ENCE).

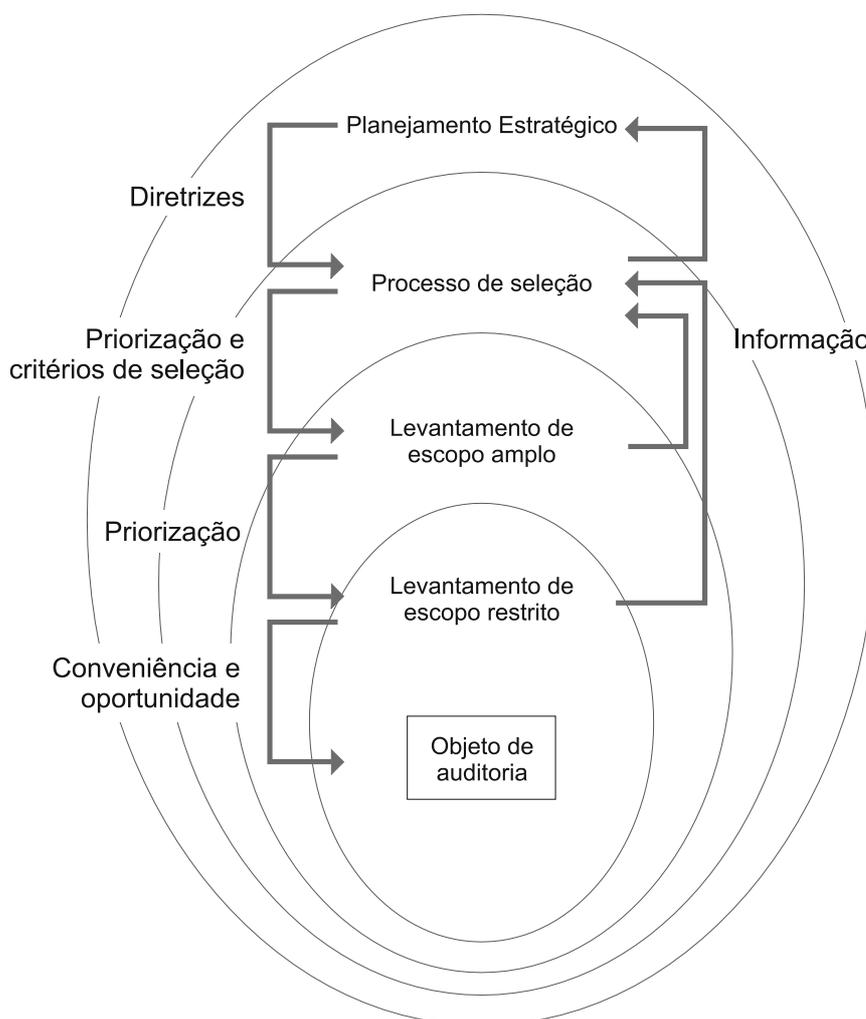
\* O autor agradece as sugestões dos AUFC Glória Maria Merola da Costa Bastos, Maria Lucia de Oliveira F. de Lima e Leonard Renne Guimarães Lapa. Imprecisões e incorreções são responsabilidade do autor.

A contribuição deste artigo para responder a essa questão está no exame de orientações sobre como o processo de seleção de objetos de auditoria pode ser conduzido e os critérios a serem usados, com base em diretrizes da International Organization of Supreme Audit Institutions (Intosai), princípios geralmente aceitos e na literatura indicada.

O estabelecimento de processo estruturado de seleção de objetos de auditoria pelo órgão de controle pode suscitar questões referentes à qualidade do planejamento estratégico, à adequação da estrutura organizacional, à especialização técnica e à eficiência dos processos de trabalho. Além disso, a seletividade deve abranger outras formas de atuação dos Tribunais de Contas, além da auditoria (representações, tomadas de contas anuais e especiais, registro e atos de pessoal). No entanto, esses temas não serão tratados aqui, por exigirem abordagem específica. Por sua vez, não cabe discutir seletividade na realização de fiscalizações por força de lei porque, nesse caso, a definição do objeto a ser auditado não depende da ação do órgão de controle (International Organization of Supreme Audit Institutions, 2001).

Ponto chave das diretrizes da International Organization of Supreme Audit Institutions - Intosai (2004) sobre o processo de seleção de objetos de auditoria é sua integração com o planejamento estratégico do órgão de controle. Conforme a representação da figura 1, o planejamento estratégico do órgão de controle deve definir os rumos e as diretrizes que orientam o processo de seleção, mas também inclui outros elementos como a análise dos ambientes interno e externo da instituição, suas competências organizacionais, a declaração de negócio, missão e visão, entre outros.

Figura 1 – Processo de seleção de objetos de auditoria e o planejamento estratégico.



Por sua vez, o processo de seleção pode abranger uma série de levantamentos setoriais, de escopo amplo, que trarão informações para que as instâncias de decisão do órgão de controle priorizem as indicações de fiscalizações a serem realizadas, levando-se em consideração os recursos disponíveis, o contexto do órgão de controle, a articulação das ações de fiscalização e outros elementos. Os levantamentos em setores de governo priorizados trazem informações que instruirão o processo de seleção, em perspectiva ampla. Antes de se decidir por realizar fiscalização em particular, caso necessário, é possível conduzir estudo de viabilidade, na forma de levantamento de escopo restrito, que examine a conveniência e a oportunidade de realizar auditoria específica.

Nas seções seguintes, serão abordadas as características das instâncias do processo de seleção (figura 1), bem como a conexão entre elas e o planejamento estratégico do órgão de controle. Em seguida, serão definidos critérios de seleção de objetos de auditoria e, por fim, descritos instrumentos que podem ser usados para levantar informações que alimentem o processo de seleção.

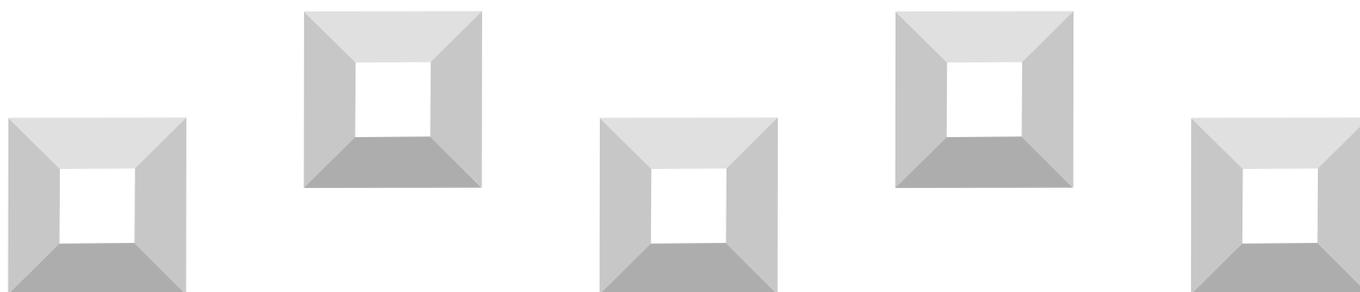
Neste artigo, o processo de seleção é descrito sequencialmente como forma simplificada de apresentação dos elementos que o integram. Na prática, deve-se levar em consideração, por exemplo, que informações sobre o desempenho de setores da administração pública, que são coletadas em fase mais adiantada do processo, retroalimentam o planejamento estratégico, influenciando na definição de grandes áreas a ser examinadas e na alocação de recursos por tipo de fiscalização nos períodos seguintes (Figura 1).

## 2. INTEGRAÇÃO DO PROCESSO DE SELEÇÃO COM O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

O processo de seleção deve ter perspectiva plurianual e estar integrado simultaneamente ao planejamento estratégico e ao sistema de planejamento anual (International Organization of Supreme Audit Institutions, 2004; BRASIL, 2005). Além disso, a seleção de objetos específicos deve partir de perspectiva geral do órgão de controle sobre temas prioritários de auditoria.

A razão para a integração da seleção com o planejamento estratégico reside no fato de que escolhas fundamentais efetuadas pelo órgão controlador definem a alocação de recursos e diretrizes para o processo de seleção. Um dos riscos que os órgãos de controle correm ao não orientar seu processo de seleção de forma integrada é o de realizar ações de fiscalização desconexas que não permitem fazer afirmações sobre regularidade, economia, eficiência, efetividade de setores ou organizações de governo. Essa situação pode levar à falta de foco, dispersão ineficiente de esforços, sentimento interno de que se trabalha muito, mas não se consegue chegar a lugar algum.

As escolhas estratégicas do órgão controlador envolvem diferentes dimensões, desde decisões sobre a alocação de recursos para cumprir suas obrigações legais até decisões sobre áreas de governo que devem ser examinadas prioritariamente. As escolhas estratégicas definem a alocação de recursos em geral, como o investimento em capacitação, o desenvolvimento de ferramentas de trabalho, os recursos humanos empregados por linha de atuação e outros.



Quadro 1 – Exemplos de decisões estratégicas fundamentais.

Dimensão	Opções estratégicas
Posição estratégica do órgão controlador	Atuar como juiz e alocar mais recursos ao julgamento de processos de tomadas e prestações de contas Atuar como auditor e alocar mais recursos à fiscalização
Foco de atuação na área de fiscalização	Focar em investigação de crimes contra a administração Focar em investigação de questões normativas, visando garantir, com certo grau de confiabilidade, a correção dos registros administrativos e a obediência a normas procedimentais Focar em exame da efetividade, visando contribuir para a formulação de políticas públicas e modernização da administração Focar em exame da eficiência, visando eliminar desperdício, melhorar a qualidade
Áreas de controle	Foco na área social Foco na área de infraestrutura Foco na área administrativa Foco em regulação de mercados
Objeto do controle	Foco em organizações públicas individuais Foco em programas de governo
Abordagem de temas transversais	Foco no exame da equidade dos programas Foco na qualidade do atendimento ao cidadão Foco na promoção da transparência e confiabilidade de dados e informações

Fonte: International Organization of Supreme Audit Institutions, 2004, e Pollitt et al. (1999,).

O quadro 1 não esgota as dimensões das escolhas estratégicas dos órgãos de controle, mas pretende exemplificar decisões que nem sempre são tomadas formalmente ou explicitamente, mas que podem ser identificadas nas práticas desses órgãos. Além disso, as decisões não são mutuamente exclusivas, isto é, os órgãos de controle executam trabalhos em diversas áreas e com diferentes focos simultaneamente, até mesmo por força de lei, em alguns casos. O que deve ficar claro é que as escolhas estratégicas afetam os critérios usados pelos auditores, as técnicas aplicadas, as habilidades necessárias aos auditores, o relacionamento entre o controlado e o controlador, as questões que se desejam responder, os incentivos para os gestores, o público interessado na informação (BARZELAY, 1997). Veja no quadro 2 um exemplo de diretrizes gerais que orientaram o processo de seleção de auditorias operacionais na EFS do Reino Unido.

Quadro 2 – Áreas prioritárias definidas pelo Escritório Nacional de Auditoria do Reino Unido (NAO).

O NAO afirma que os três principais critérios que devem influenciar a priorização das auditorias a ser realizadas pelo órgão são: apoiar a responsabilização parlamentar por desempenho, promover melhorias de desempenho, alcançar programa equilibrado de auditorias.

Por programa equilibrado, o NAO quer dizer que o conjunto de auditorias realizadas deve ter igual número de trabalhos com os seguintes enfoques:

- a) exame de risco de fraude, irregularidade ou impropriedade;
- b) acompanhamento da implementação de medidas anunciadas pelo governo (*Treasury Minutes*), com foco em recomendações do Parlamento e projetos governamentais;
- c) exame de operações administrativas padrão, como compras, gerência de projetos, qualidade do serviço;
- d) exame de novos programas e iniciativas governamentais de vulto.

Fonte: NATIONAL AUDIT OFFICE, 1996, p. 20-21.

Uma vez definidas as grandes áreas de atuação, levando em consideração os objetivos do órgão de controle, o processo de seleção de objetos de auditoria pode ser mais bem focado, passando-se ao exame das informações setoriais das ações de governo em confronto com critérios de seleção.

### 3. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE OBJETOS DE AUDITORIAS OPERACIONAIS

Realizadas as escolhas estratégicas, o próximo passo do processo de seleção é definir os critérios que serão usados para selecionar objetos específicos de auditoria. Esses critérios podem ser regulamentados, como no exemplo do quadro 3, ou podem fazer parte de documentos menos formais que reflitam mais rapidamente alterações no ambiente de controle.

Quadro 3 – Exemplo de normatização de processo de seleção: o caso do Tribunal de Contas da União.

Art. 2º O plano de fiscalização terá periodicidade anual e será compatível com os planos Estratégico e de Diretrizes do TCU e com as diretrizes aprovadas para subsidiar o exame das Contas do Governo da República.

(...)

Art. 4º O plano de fiscalização conterá exclusivamente as diretrizes que orientarão as atividades de fiscalização, a definição dos temas de maior significância que nortearão as fiscalizações a serem realizadas e os respectivos recursos a serem alocados, com demonstração da compatibilidade com as demais atividades definidas no Plano de Diretrizes do TCU.

§ 1º Para fins do disposto nesta Resolução, consideram-se temas de maior significância aqueles identificados em função de fatores de risco, materialidade, relevância e oportunidade e que estejam em consonância com o Plano de Diretrizes do Tribunal.

2º A elaboração do plano de fiscalização, sempre que possível, deve considerar informações constantes de planos semelhantes dos sistemas de controle interno e demais órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública.

Fonte: BRASIL, 2005.

É possível destacar quatro principais critérios gerais para seleção de objetos de auditoria: agregação de valor, materialidade, relevância e existência de vulnerabilidades (International Organization of Supreme Audit Institutions, 2004; BRASIL, 2005). Esses critérios estão fortemente relacionados, mas são apresentados separadamente de forma a facilitar a compreensão sobre eles. Cabe esclarecer ainda que, no contexto do processo de seleção, o risco é a combinação da probabilidade de ocorrer evento adverso e suas consequências, que afetam negativamente a economicidade, eficiência, eficácia ou efetividade do objeto de auditoria (ABNT, 2009). Dessa forma, o risco é função da avaliação dos critérios de materialidade, relevância e existência de vulnerabilidades.

Não há resposta única sobre como informações coletadas sobre esses critérios podem ser combinadas para se formar opinião sobre a seleção de determinado objeto de auditoria. Uma opção é submeter as informações a *stakeholders* externos que opinem sobre a priorização dos objetos de auditoria. Outra opção é manter o processo interno e submeter as informações a unidades de coordenação do órgão de controle e a auditores experientes. É

possível também usar métodos multicritério de apoio à tomada de decisão ou combinações do que já foi mencionado aqui.

#### 3.1 AGREGAÇÃO DE VALOR

Agregar valor refere-se a produzir novos conhecimentos e perspectivas sobre o objeto de auditoria (International Organization of Supreme Audit Institutions, 2004). A discussão sobre nova política pública ou mudança significativa na implementação de programa ou organização de ente governamental pode ser usada como indicativo de que a auditoria pode agregar valor significativo. Outros indicativos são a escassez de auditorias anteriores ou trabalhos de outros órgãos de pesquisa ou de controle sobre o objeto de auditoria e o pouco conhecimento sobre a relação causa e efeito entre ação de governo e solução de problemas. Nesses casos, a auditoria tem maior chance de agregar valor, pois novos conhecimentos podem ser produzidos.

Esse critério está fortemente relacionado com o papel do controle externo nos mecanismos de responsabilização por desempenho (LIMA, 2008). Produzindo informações independentes sobre tema

acerca do qual há pouco conhecimento, o órgão de controle fornece elementos para subsidiar o debate qualificado sobre o desempenho do objeto de auditoria pelo Congresso, imprensa e sociedade organizada.

### 3.2 MATERIALIDADE

O critério de materialidade indica que o processo de seleção deve levar em consideração os valores orçamentários envolvidos no objeto de auditoria, pois o trabalho deve produzir benefícios significativos. Nem sempre benefícios das auditorias operacionais são financeiros, mas o aperfeiçoamento de processos em objetos de auditoria com alta materialidade tem maior possibilidade de gerar economia ou eliminar desperdícios.

O volume de recursos disponíveis no orçamento é indicador de materialidade. No entanto, em ambientes orçamentários nos quais existe grande diferença entre o orçado, o contratado e o pago, o exame dos valores envolvidos em cada uma dessas fases da despesa pode ser necessário. Além disso, na fiscalização da área de regulação, a dimensão econômica do setor no qual se insere o objeto de auditoria deve ser levada em consideração.

### 3.3 RELEVÂNCIA

O critério de relevância indica que as auditorias selecionadas devem procurar responder questões de interesse da sociedade, que estão em debate público.

Pode-se aferir a relevância de um tema de diversas formas. Por exemplo, é possível pesquisar a opinião de parlamentares, de técnicos das casas legislativas ou de institutos de pesquisa, de figuras proeminentes de diversos setores da sociedade. Podem-se examinar as declarações de prioridades nos planos e orçamentos públicos como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a mensagem do Executivo, que encaminha o orçamento ao Legislativo, planos setoriais, manifestação pública de priorização pelo governo (exemplos: Programa Fome Zero, Programa de Aceleração do Crescimento - PAC). Outro indicador de relevância é o surgimento de novas ou urgentes atividades ou mudanças de condição, a exemplo da crise do setor aéreo no Brasil em 2006/2007, bem como a presença constante do tema na mídia.

### 3.4 EXISTÊNCIA DE VULNERABILIDADES

Vulnerabilidades são situações ou propriedades intrínsecas do objeto de auditoria que podem estar associadas à ocorrência de eventos adversos (ABNT, 2009). É possível identificar uma série de características dos objetos de auditoria que podem estar associadas à ocorrência de eventos adversos (quadro 4). Essas características podem se referir a vulnerabilidades dos mecanismos de controle inerentes às atividades finalística e administrativa do objeto de auditoria, sob os mais diversos

aspectos. Conforme a natureza do objeto de auditoria que esteja sendo selecionado, é necessário investigar áreas específicas referentes a programas de governo, organizações públicas ou mesmo municípios a serem auditados. Nesse último caso, podem ser usados indicadores de desenvolvimento institucional local.

Quadro 4 – Exemplos de características de objetos de auditoria que podem estar associadas à ocorrência de eventos adversos.

- 1 – Estruturas gerenciais complexas que envolvem diferentes organizações governamentais, de uma mesma esfera ou esferas de governo diferentes, e organizações não-governamentais.
- 2 – Falta de informações confiáveis ou atualizadas sobre o desempenho do objeto de auditoria, como alcance de metas, custos dos produtos, público atendido.
- 3 – Problemas de estrutura, de planejamento, de controle.
- 4 – Falta de clareza sobre objetivos, metas, responsabilidades, processo de tomada de decisão.
- 5 – Problemas operacionais com os sistemas informatizados.

Fonte: International Organization of Supreme Audit Institutions, 2004, seção 3.2

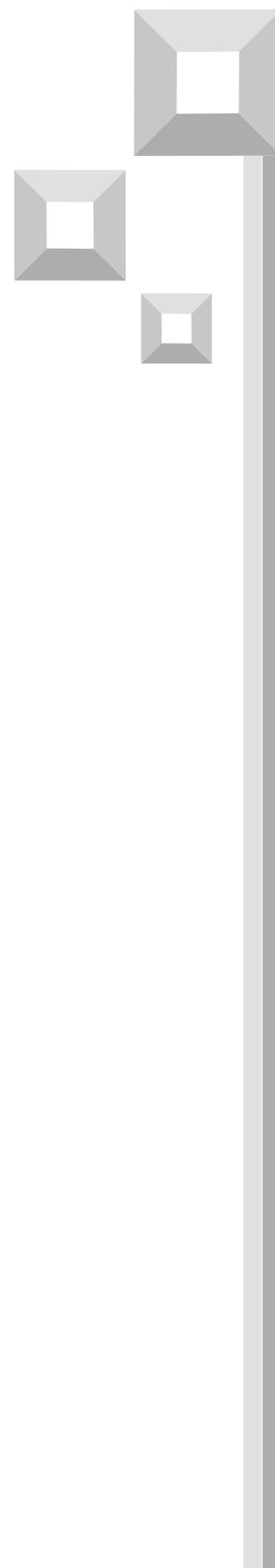
A coleta de informações que permitam ao órgão de controle formar opinião sobre quais os objetos de auditoria devem ser priorizados pode ser realizada por meio de fiscalização, que no TCU chama-se levantamento (BRASIL, 2002).

#### 4. LEVANTAMENTO DE ESCOPO AMPLO

O levantamento é um instrumento de coleta sistemática de informações sobre possíveis objetos de auditoria e tem por objetivo conhecer o funcionamento e a organização dos possíveis objetos de auditoria. Dependendo do conhecimento acumulado no órgão de controle sobre a área em exame, o levantamento poderá ter escopo amplo ou restrito.

No levantamento, são colhidas informações sobre os planos setoriais, base legal dos programas e organizações, previsão orçamentária e execução financeira, sistemas de informação, estruturas de monitoramento e avaliação, metas, planos de programas e organizações, bem como revisão dos trabalhos de órgãos de pesquisa e de controle sobre os objetos de auditoria. O levantamento explora as possibilidades de fiscalizações mediante análise do geral para o particular e em perspectiva plurianual. Tendo em vista a amplitude do levantamento de informações, ele não se limita a identificar oportunidades de realizar auditorias operacionais.

O levantamento é oportunidade para que o órgão de controle adquira conhecimento sistêmico sobre setores de atividade governamental. Trata-se de instrumento que permite monitorar ativamente áreas de governo, identificar novos desenvolvimentos e tendências nas políticas públicas, mudanças de prioridades, necessidade de uso de novas abordagens e métodos nas auditorias. Esse trabalho visa conferir ao órgão de controle condições de focar melhor sua ação de fiscalização de modo a agregar valor para a sociedade, selecionar objetos de auditoria relevantes, que apresentam maior materialidade e que estejam sujeitos a maiores riscos.



O quadro 5 apresenta exemplo de trabalho realizado com esse tipo de abordagem. Porém, cada órgão de controle deve buscar a solução mais adequada para seu contexto. O importante é que o processo de seleção seja integrado ao planejamento estratégico, tenha perspectiva plurianual e esteja fundamentado em visão sistêmica da administração pública.

Quadro 5 – Exemplo de procedimento em fase de levantamento do processo de seleção de objetos de auditoria.

Em 2007, o Tribunal de Contas da União realizou levantamento de informações sobre os planos, programas e organizações da administração pública federal relacionados com a Função Educação. O objetivo imediato do levantamento foi conhecer a organização e o funcionamento das organizações e dos programas da função educação, visando identificar objetos e instrumentos de fiscalização para o plano de fiscalização do TCU de 2008. O levantamento foi realizado nessa área por força de decisão do colegiado de Ministros do Tribunal que a elegeram como um dos temas de maior significância para o plano anual de fiscalização de 2007.

O trabalho abrangeu capítulo sobre aspectos gerais da função tais como os arranjos institucionais vigentes e exposição sobre os principais desafios setoriais, com base em literatura sobre o tema. Na sequência, discorreu-se sobre o perfil do gasto federal em educação e os sistemas de informação e avaliação do setor. O núcleo do levantamento consistiu da descrição e análise dos principais problemas que afetam os níveis de educação e quais as ações de governo e organizações que atuam sobre eles. Portanto, com base em problematização e identificação de ações governamentais, argumentou-se sobre a oportunidade de realizar fiscalizações, levando em consideração o possível objeto de auditoria e o tipo de fiscalização a ser realizado. Na argumentação, foram analisados os indicadores de relevância, materialidade, risco e valor a ser agregado pela eventual fiscalização.

A conclusão abrangeu os objetos de auditoria indicados sem, contudo, definir exatamente as questões a serem abordadas, os recursos necessários, a previsão de cronograma ou a priorização de temas. Essas definições foram realizadas posteriormente pelas instâncias decisórias do órgão e por planejamento de auditoria em cada um dos objetos selecionados.

Fonte: BRASIL, 2008b.

## 5. LEVANTAMENTO DE ESCOPO RESTRITO

Em alguns casos pode ser necessário aprofundar o levantamento para verificar a viabilidade de realização da fiscalização, isto é, examinar se o objeto de auditoria indicado pelo levantamento é auditável. No TCU, o estudo de viabilidade também é fiscalização na modalidade levantamento, conforme art. 238, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal (BRASIL, 2002).

Um dos motivos que podem exigir a realização do estudo de viabilidade é a questão da oportunidade. Como o levantamento tem perspectiva plurianual, uma indicação específica de fiscalização pode sofrer mudanças em suas características algum tempo após o encerramento do levantamento. Essas mudanças podem exigir reavaliação dos critérios de seleção e a indicação ou não da realização da fiscalização. Outro motivo é que as informações levantadas, em abordagem sistêmica, podem não ser suficientes para decidir sobre a realização de fiscalização específica, para a qual seriam necessárias informações mais detalhadas.

Em geral, o estudo de viabilidade traz informações sobre os principais processos operacionais e produtos, de modo que o leitor possa conhecer a forma de execução das ações. Procede-se à análise preliminar da qualidade dos indicadores de desempenho já identificados, destacando oportunidades de melhoria. Examina-se a disponibilidade de dados e sistemas de informações, abordando sua confiabilidade e período de abrangência. Examinam-se os tipos de relatórios existentes, tipos de avaliação efetuada pela gerência. Elemento importante do estudo de viabilidade é a identificação preliminar de oportunidades de melhoria de desempenho.

O estudo de viabilidade também analisa limitações à execução da auditoria, a receptividade do gestor em participar da fiscalização, a identificação da necessidade de empregar habilidades especializadas na auditoria, os possíveis prejuízos ao controle caso a fiscalização não seja realizada.

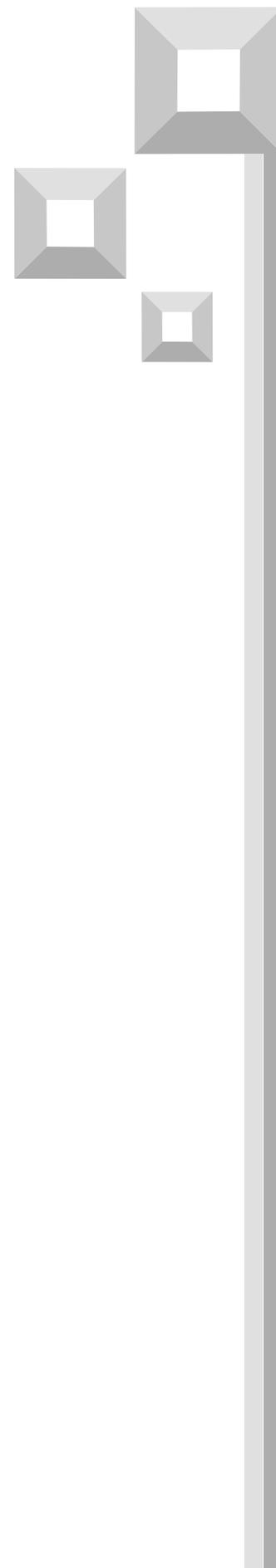
A conclusão do estudo de viabilidade deve ser manifestação valorativa, substantiva e convincente sobre a conveniência e a oportunidade de se realizar a fiscalização, abrangendo razões que recomendam a seleção do objeto de auditoria, o potencial do tema para chamar a atenção da mídia, da sociedade civil organizada e do Legislativo e gerar resultados que agreguem valor.

## 6. CONCLUSÃO

O estabelecimento do foco da ação do órgão de controle externo é decisão estratégica com impacto decisivo sobre a eficiência e efetividade do controle. Este artigo trata do caso particular do processo de seleção de objetos de auditorias operacionais, que deve estar alinhado com o planejamento estratégico do órgão.

Além dessa diretriz geral, preconizada pela International Organization of Supreme Audit Institutions (Intosai), a seleção de objetos de auditoria segue certos critérios, que podem variar conforme o contexto, e devem ser definidos claramente pelo órgão de controle. Entre os critérios de seleção citados neste artigo, destaca-se o de que a auditoria operacional deve agregar valor sobre o objeto examinado. A conseqüente produção de novos conhecimentos e perspectivas sobre o objeto de auditoria tem conexão com o papel relevante do controle externo de emitir opinião independente sobre o desempenho da ação governamental, com o objetivo de subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho (LIMA, 2008). As informações produzidas pelo órgão de controle podem ensejar recomendações de medidas corretivas e, além disso, municiar o debate qualificado no legislativo, sociedade civil organizada e mídia sobre a formulação e implementação de políticas públicas.

Decerto que a estruturação do processo de seleção do foco das fiscalizações pode contribuir para a ação coordenada intraorganizacional e também entre diferentes órgãos de controle, tornando mais eficiente o controle sobre a administração pública.



## REFERÊNCIAS

BARZELAY, Michael. Central audit institutions and performance auditing: A comparative analysis of organizational strategies in the OECD. *Governance: an international journal of policy and administration*, v. 10, n. 3, p. 235-260, jul. 1997.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Banco de dados da consultoria orçamentária. Brasília, 2008 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/orcamentobrasil/orcamentouniao/ppa>>. Acesso em: 26 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 185, de 13 de dezembro de 2005. Dispõe sobre o plano de fiscalização previsto no art. 244 do Regimento Interno do TCU. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 26 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *TC 023.195/2007-8*. Levantamento em programas, ações e entidades relacionadas com a função educação. Brasília, 2008. Ata 20/2008 – Plenário. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em: 9 jul. 2008.

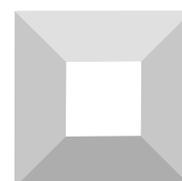
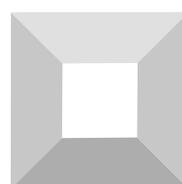
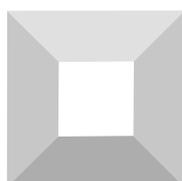
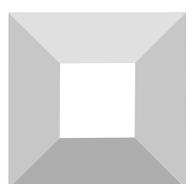
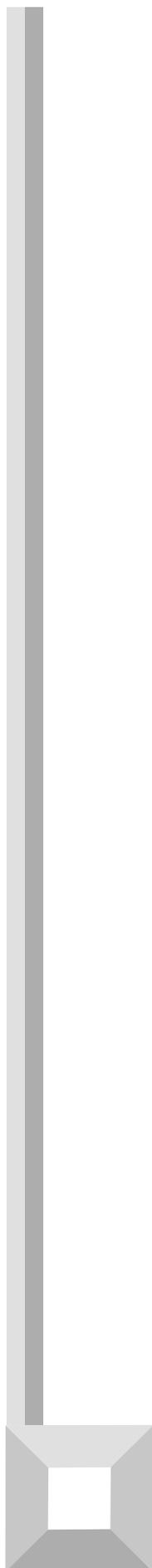
International Organization of Supreme Audit Institutions . Implementation guidelines for performance auditing: ISSAI 3000. Viena, 2004. Disponível em: <[http://www.issai.org/media\(381,1033\)/ISSAI\\_3000E.pdf](http://www.issai.org/media(381,1033)/ISSAI_3000E.pdf)>. Acesso em: 22 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. General standards in government auditing and standards with ethical significance (ISSAI 200). Viena, 2001. Disponível em: <[http://www.issai.org/media\(630,1033\)/ISSAI\\_200\\_E.pdf](http://www.issai.org/media(630,1033)/ISSAI_200_E.pdf)>. Acesso em: 22 mai. 2008.

LIMA, Dagomar H. Responsabilização por desempenho e controle externo da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 111, p. 35-42, jan-abr. 2008.

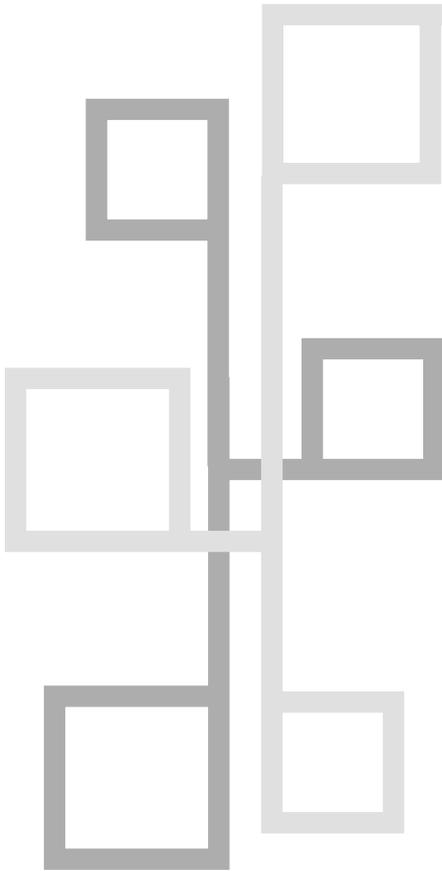
NATIONAL AUDIT OFFICE. *Picking the winners*. London: NAO, 1996.

POLLITT, Christopher et al. *Performance or compliance? Performance audit and public management in five countries*. Oxford: Oxford University Press: Addison Wesley, 1999.



# O novo regime dos consórcios públicos e o federalismo compartilhado: um desafio para o controle externo brasileiro

Dirceu Rodolfo de Melo Junior



## 1. INTRODUÇÃO

A redemocratização de nosso País, um processo encetado com a edição da Constituição republicana de 1988, foi edificada a partir do fortalecimento de nosso federalismo - reforçando-se a autonomia e revivificando-se o plexo de competências dos entes subnacionais - e da crença em um suposto movimento descentralizador benfazejo, o que era de se esperar após o romper com um regime marcadamente totalitário e centralizador.

A constituição de 1988 foi disposta de forma a se estabelecer um intrincado sistema de competências comuns e concorrentes (materiais e legislativas), recaindo concomitantemente sobre as 3 (três) esferas de governo a responsabilidade por políticas e serviços públicos, notadamente no que tange aqueles com maior repercussão sobre a seara social.

A distribuição exaustiva de competências constitucionais, como ocorre no nosso atual sistema jurídico-constitucional, sugere duas lógicas possíveis; de um lado a da compartimentalização dos entes federativos (cada um voltado para ações autopoéticas, crenes no potencial de resolver os próprios problemas e na legitimidade da luta por recursos em meio a uma ambiência competitiva), de outro a do compartilhamento dos problemas, das ações e das atribuições pelos mesmos entes. Uma visão mais realista do que ocorre numa federação democrática, conforme trataremos adiante, sugere a coexistência fática das duas lógicas, contudo desejando-se a preponderância de experiências compartilhadas, coordenadas e cooperativas, mormente numa república federativa que elege como dois de seus objetivos fundamentais a **garantia do desenvolvimento nacional** e a **erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais** (incisos II e III do art. 3º da Constituição da República).

Dirceu Rodolfo de Melo Junior é Procurador Geral do Ministério Público de Contas – TCE/PE. É bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e especialista em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas - Fundação Getúlio Vargas (EBAPE-FGV).

Na esteira da análise de Abrucio (2006), há que se lançar um olhar crítico sobre a idéia disseminada nos meios acadêmico e político de que existe uma relação imediata ou ôntica entre democratização/desenvolvimento e descentralização. A recente experiência brasileira deixa às escâncaras que o processo de descentralização catalizado a partir da promulgação da Constituição Cidadã não foi capaz de atenuar as características assimétricas e compartimentalizadas de nosso federalismo, reversamente, o modelo de inúmeras competências concorrentes e comuns desembocou na acentuação das desigualdades sociais e regionais e, de outra parte, no repasse descomprometido de responsabilidades e competências por parte da União nos albores da nova ordem (“Operação Desmonte”<sup>1</sup>), sem qualquer preocupação coordenativa, o que propiciou a deflagração de uma protuberante competição predatória entre os entes subnacionais.

Um dos graves problemas enfrentados pelo nosso federalismo para tornar factível um modelo descentralizado exitoso quanto ao desiderato de democratização efetiva, diminuição das desigualdades e eficiência administrativa, é a carência de instituições e mecanismos incentivadores de uma cultura de cooperação federativa, no mais das vezes passando por uma coordenação indutora a cargo da União. O presente trabalho pretende tecer algumas considerações sobre o novo regime dos consórcios públicos<sup>2</sup> que prorrompem com a edição da Lei Federal nº 11.107/2005, genuíno e bem engendrado instrumento jurídico-legal de cooperação cujo bosquejo hodierno – perfeitamente ajustado às novas diretrizes de uma Administração Pública concertada – parece-nos munir os entes federados dos “badalos que faltavam aos sinos<sup>3</sup>” para que o associativismo entre os entes subnacionais abandonasse os subterrâneos do esporádico e da incipiência, de forma a eclodir como uma nova tônica federativa. Trata-se de um instrumento jurídico-formal transformador e reformador de conceitos, inclusive e principalmente daquele que gravitava em torno dos consórcios públicos.

O novo paradigma de relações no espaço interfederativo, inaugurado com a nova lei dos consórcios, certamente exigirá dos tribunais de contas do País um esforço de adaptação, principalmente no

que concerne à gestão associada de serviços públicos, passando também pela análise dos programas de governo.

As cortes de contas brasileiras, redesenhadas pelo constituinte originário de 1988, absorveram apanágios das controladorias típicas de países cultores do *common law*; embora mantidos os chamados controles de legalidade (auditorias de conformidade), foram inseridos os controles de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade (auditorias de resultados ou operacionais – ANOP’s). Neste sentido, as cortes de contas não podem se furtar do exercício pleno das duas espécies de controle, inclusive sobre os consórcios públicos – agora entes personalizados (dotados de personalidade jurídica, por isso capazes de contrair direitos e obrigações).

A nova realidade que se descortina e que impõe uma postura proativa do controle externo será, por assim dizer, objeto de nossas considerações finais.

## 2. DESCENTRALIZAR OU “DESCOMPARTIMENTALIZAR”?

As discussões sobre a democratização das esferas subnacionais da federação, a minimização das desigualdades regionais e a eficiência e modernização da Administração Pública passa, quase que obrigatoriamente, por uma espécie de panacéia chamada descentralização<sup>4</sup>, quase sempre se atribuindo uma relação linear entre democratização e descentralização. Talvez tais irrefletidas “verdades apodicticas” encontrem uma razoável explicação na trajetória pendular de nosso federalismo, a qual registra momentos alternados de maior centralização do poder decisório – nestes casos sempre com um forte cariz totalitário – e de descentralização, esta última identificada com a ruptura com um regime autoritário antecedente. Outra explicação para a referida crença pode ser o fato de nosso federalismo territorial<sup>5</sup> ter sucedido a um estado unitário (*holding together federations*) – transição descentralizadora –, ao contrário, por exemplo, do que ocorreu com os EUA, que vieram de uma estrutura ainda mais descentralizada que é a confederação (*coming together federations*). Enfim, os fautores desta linha de pensamento acreditam que a descentralização é condição *sine qua non* para a democratização do Poder Público e para o melhor desempenho governamental.

O culto à descentralização há de ser visto como uma idéia-força que viceja em nosso tempo e está disseminada de forma abrangente, corolária da exauriência do Welfare State e do exsurgir de vultosas demandas por autogoverno regional. No dizer de Daniel Bell, *“the nation-state is becoming too small for the big problems of life and too big for the small problems of life”*, ou seja, a formação dos Estados nacionais consistiu em um processo de centralização do Poder tremendo (nacionalização da política) que, uma vez levado ao extremo (complexificação do Welfare State e a nacionalização da política), trouxe à tona um cipoal de necessidades e desideratos periféricos sem a devida satisfação por parte de uma estrutura central que então se revelara ineficiente.

A descentralização, portanto, é uma palavra de ordem no contexto atual, não sendo diferente o caso da redemocratização brasileira. O importante é pontuar que a descentralização merece reparos e críticas, nela não estão contidas qualidades intrínsecas capazes de garantir uma transição para um modelo de Estado democrático e eficiente; tais propriedades imanentes são fruto da visão turva e apaixonada, e uma crítica perfunctória é suficiente para soçobrar tal quiddidade quimérica.

No dizer de Abrucio (2006), a implementação de um processo descentralizador tem de equacionar 5 (cinco) questões fundamentais:

- a) constituição de um sólido pacto nacional;
- b) combate às desigualdades regionais;
- c) montagem de boas estruturas administrativas no plano subnacional;
- d) democratização dos governos locais;
- e) criação de um ambiente intergovernamental positivo.

As questões acima elencadas estão longe de serem equacionadas em nossa República Federativa, com destaque especial para as “abissais” desigualdades regionais e para a ausência do que se pode chamar de um ambiente intergovernamental positivo.

Quanto ao primeiro aspecto realçado e atinente ao modelo federativo pátrio, não é sem razão que se afirma ser assimétrica a nossa Federação. Camargo (2001, p.83), evidenciando o referido caráter assimétrico, argumenta que “vinte dos 26 estados detêm apenas 22% da renda nacional. O estado mais rico detém 35%, os três mais ricos detêm 60% da renda. Doze estados da federação que formam o andar de baixo detêm no máximo, cada um, 1% do PIB, configurando uma fragilidade extrema na base da pirâmide”.

No mesmo sentido Anastásia (2007, p. 240) pontifica que:

o federalismo assimétrico brasileiro encontra-se diante do desafio de enfrentar as enormes desigualdades de diferentes tipos que caracterizam o país e que, muitas vezes, são agravadas pela competição predatória entre os Estados-membros. As perversas condições socioeconômicas, que se mostram mais em alguns estados e em algumas regiões do que em outras, constituem ameaça para o regime democrático e afetam negativamente o exercício da cidadania democrática. O que emerge como mais preocupante, do quadro esboçado, é que ali onde as condições são mais precárias é exatamente onde se verifica, também, menor desenvolvimento institucional. O que leva a indagar, com ceticismo, sobre a capacidade das instituições políticas, no âmbito subnacional, de processarem as clivagens, necessidades e interesses dos cidadãos dos diferentes estados.

A outra questão escandida, e ainda sem bismos razoável nível de resolução no caso brasileiro, é a imprescindível criação de um ambiente intergovernamental positivo, que passa, necessariamente, pelo fortalecimento de instrumentos de cooperação e coordenação entre as esferas do Poder Público como caminho profícuo para o estabelecimento de um compartilhamento matricial da soberania. A protuberância de uma postura associativista deverá estar harmonizada com uma persuasiva atuação coordenativa da União, respeitados os poderes imanentes à autonomia dos entes subnacionais.

A escassa existência de mecanismos de coordenação e cooperação intergovernamentais (verticais e horizontais) – como bem observa Souza (2006) - é um relevante problema com repercussão assaz negativa no processo de descentralização ocorrido após 1988 no Brasil. Sem receio de equívoco, dir-se-á que as profundas desigualdades regionais são potencializadas pela insuficiência e pela incompletude do sistema de relações intergovernamentais.

Retomando a reflexão necessária sobre a epígrafe deste tópico, parece-nos que se torna imperioso o afastamento da ênfase sobre a dicotomia descentralização/centralização, ato contínuo migrando-se para uma abordagem visceral dos temas “descompartimentalização” e a busca de maior equilíbrio entre a cooperação e a competição inerentes a qualquer federalismo democrático.

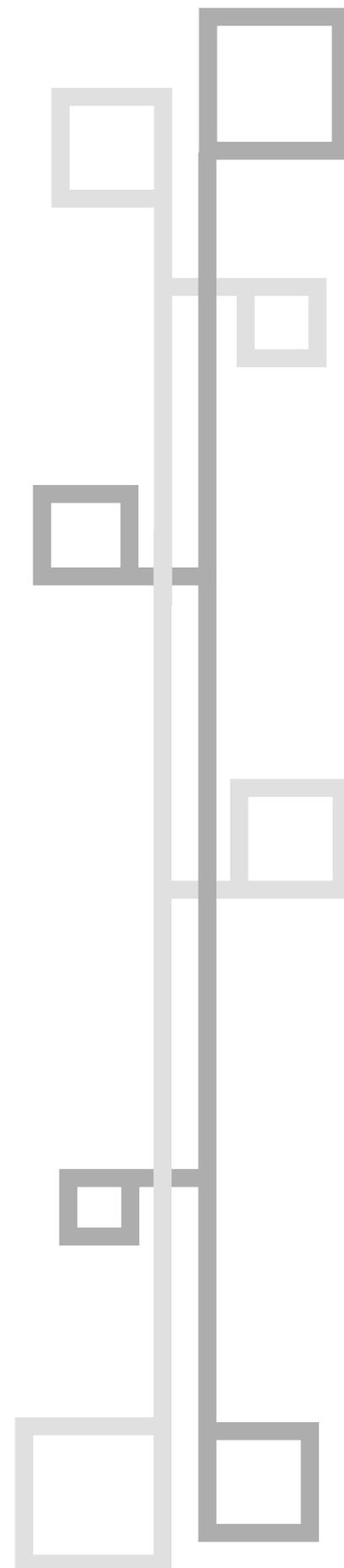
Dentro da mesma aléia argumentativa, reconhecemos no novo desenho jurídico dos consórcios públicos um valoroso mecanismo de incentivo à cultura política da coordenação e da cooperação federativas, retirando a espécie do infecundo gênero dos acordos para a consecução de objetivos comuns – dentro do qual figuravam, e ainda figuram, os convênios –, inserindo-o na região sinalagmática dos contratos, o que gerará direitos oponíveis e obrigações exigíveis.

### **3. OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO FEDERATIVA**

Conforme já foi referido, a nossa atual ordem constitucional foi assentada no fortalecimento dos municípios e dos Estados-membros como centros de Poder investidos das competências e atribuições necessárias a tomarem parte no processo decisório, inclusive no plano nacional.

O bosquejo do modelo descentralizado brasileiro, embora promissor no plano jurídico-formal, tem enfrentado profundos problemas para realizar os ideais democráticos, isonômicos e de eficiência no plano fático. Na arena onde interagem as forças reais de poder, evidenciam-se as cores de uma aguda assimetria federativa, grandiloqüentes que são, como já mencionado, as diferentes capacidades de implementação de políticas públicas (enormes desigualdades financeiras, técnicas e de gestão entre os entes subnacionais). Acentuando o primeiro grande imbróglio, constata-se a ausência de mecanismos constitucionais e institucionais de relevância, que regulem e incentivem as relações intergovernamentais de índole cooperativa.

Repisando as sendas argumentativas de Abrucio (2006), é de se notar que os problemas acima descritos determinaram uma descentralização (ao longo do nosso último processo de redemocratização) “conspurcada” por um “padrão de relações” intergovernamentais predominantemente predatórias (competitividade predatória) e compartimentalizadas (cada nível de governo a procura da realização de seu papel específico, num ambiente de parcas ferramentas e tímidos incentivos ao compartilhamento de tarefas e à atuação consorciada).



A preponderância da competição predatória e da compartimentalização como marcantes características de nossa Federação é bem explicada pela carência de instrumentos, inclusive legais, que induzam os entes federativos a palmilhar os caminhos da cooperação. Entendemos, ainda secundando Abrucio (2006), que competição e cooperação são possibilidades sempre consideráveis e independentes quando nos referimos a uma federação democrática. Utilizando-nos de um termo da fenomenologia, competição e cooperação resistiriam a uma redução eidética do fenômeno federativo, a questão é de preponderância.

Abrucio (2006) assevera partir da premissa “de que o federalismo é intrinsecamente conflitivo”. Ainda sobre o tema, tece as seguintes considerações:

Concordo, nesse sentido, com Deil Wright, para quem o conflito não é um estado patológico de uma estrutura federal; mais do que isso, o autor ressalta que a cooperação e a competição não são pólos opostos de uma escala, já que a presença da primeira não significa a ausência da segunda, e vice-versa.

Interessante é perceber que o pensamento de Souza (2006) é mais otimista, ao menos num plano apriorístico, na medida em que defende que a estruturação do complexo feixe de competências concorrentes e comuns levadas a cabo pelo constituinte originário (*mens legislatoris*) tinha o fim deliberado de desenhar uma federação cooperativa e de poderes compartilhados de forma não piramidal. A visão de Souza, contraponto à de Abrucio, bispa o constituinte originário de 1988 como optante por uma divisão institucional de trabalho claramente compartilhada e mediante um amplo e complexo sistema de relações intergovernamentais, ou seja, crê que a concepção do constituinte foi de uma federação com marcante caráter cooperativo, o que não se concretizou, como inclusive reconhece, por uma degenerescência do esquema proposto originalmente.

Reafirmamos o nosso entendimento já expresso, competição e cooperação são características “ônticas” da própria federação democrática. Portanto, seria algo insólito imaginar uma equação na qual se mitigando uma alcançar-se-ia, automática e linearmente, o incremento da outra.

O importante é o oferecimento crescente, por parte da União, de uma ação coordenativa e indutora, e, de outra parte, a disponibilização de fórmulas institucionais e legais para que o associativismo grasse vertiginosamente, solidificando uma cultura cooperativa e de compartilhamento, muito embora sem a preocupação ou a pretensão de fulminar a competitividade imanente e, por assim dizer, sempre latente.

O novo regime legal dos consórcios públicos, corporificado na Lei Federal nº 11.107/2005, prefigura-se-nos um hodierno e promissor instrumento de realização do supracitado desiderato.

Conforme já salientado, nos albores do processo de redemocratização a União, que perdera recursos para os demais entes subnacionais no arranjo constitucional de 1988, e tendo de arcar, ainda, com a responsabilidade pela estabilidade econômica e financeira (finanças públicas), olvidou o seu importante papel coordenativo e cingiu-se a repassar atribuições e competências constitucionais para as demais esferas de governo (“Operação Desmonte”). Esse fato, conjuminado ao da escassa existência de mecanismos profícuos e atraentes de coordenação e cooperação intergovernamentais, tanto verticais como horizontais, acabou preparando um meio propício ao medrar de um jogo no qual os entes subnacionais passaram a concorrer entre si pelo dinheiro público de outros entes e a se digladiarem por investimentos privados.

No âmbito municipal, importa realçar, ganhou força notável a canhestra e míope mentalidade do Municipalismo Autárquico (expressão cunhada pelo ex-prefeito de Santo André Celso Daniel), acompanhado de distorções derivadas, como é o caso da prefeiturização – prefeitos como atores por excelência do jogo local e intergovernamental. O Municipalismo Autárquico é a expressão mais fidedigna e crua da compartimentalização, municípios fechados como ínsulas beligerantes, confiantes na própria capacidade de resolver todos os problemas e atender a todas as demandas locais. Nesse passo obliterou-se o fato de que muitos problemas micro e macroregionais clamam por soluções sistêmicas, com planejamento e execução compartilhada. Existem políticas públicas, por outro lado, de caráter sistêmico-nacional (como exemplo pode-se citar as áreas de saúde e educação – a partir do final da década de 90), que precisam ser oxigenadas pelo associativismo na ponta (esferas locais de governo), de sorte a garantir o tônus do princípio da subsidiariedade. Em certa medida, acreditamos no aflorar da visão totalizadora e associativista por meio dos consórcios públicos verticais e, sobretudo, dos horizontais, o que se deve às profundas transformações desse instrumento impostas pela nova lei de regência.

A doutrina mais prestigiosa do País, principalmente aquela que cuida da região material do Direito Administrativo, vinha consagrando a inteligência que aproximava o consórcio público dos convênios, visão

subjéctiva ou orgânica cultuada por algumas gerações de juristas reverentes à taxionomia proposta, notadamente, por Meirelles (1998), jurista de grande nomeada e um dos responsáveis, indubitavelmente, pelo desabrochar de um pensamento profundo e autêntico do direito administrativo brasileiro.

Segundo o referido conceito, os consórcios seriam espécie de acordos celebrados entre entidades estatais da mesma espécie (ou de mesmo nível administrativo) – tendo por escopo objetivos comuns – semelhantes aos convênios (estes celebrados entre entidades e órgãos públicos de espécies diferentes, bem como entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas) por não possuírem personalidade jurídica e não estarem encartadas no gênero contratual, o que evidencia o fato de que tais instrumentos (em assim estando conceituados) não tinham o condão de gerar qualquer coercitividade palpável para as partes. Revisitando a metáfora do Mestre Souto Borges (1993), tratavam-se de “sinos sem os desejáveis badalos”, de tal maneira a afastar os consórcios públicos de sua digna vocação, a de viabilizar profusas iniciativas de associação entre entes federativos, todas devidamente lastreadas pela segurança que a coercitividade inerente ao Direito normalmente empresta aos contratos em geral.

É de notar que o conceito doutrinal então corrente e o regime jurídico dos consórcios públicos – o último sem uma disciplina legal apropriada para a espécie – os tornaram inservíveis para dar contornos formais às iniciativas de cooperação e coordenação federativas, além do que já era perceptível um flagrante anacronismo na até então conhecida concepção dos consórcios públicos em relação aos influxos emergentes do alvorecer de um novo pensamento administrativo, estamos uma vez mais nos referindo à idéia-força de uma Administração Pública concertada, calcada em módulos contratuais ou convencionais e base do Federalismo de Cooperação ou de Equilíbrio (em contraposição ao Federalismo rígido). Em verdade, já se bispava o desabrochar da Administração Pública Consensual em detrimento do vetusto modelo de Administração Pública Imperativa, faltava apenas o estopim para que fossem abandonados o já ultrapassado conceito e o regime jurídico-formal dos consórcios públicos, bem definido por Marques Neto:

O doutrinador se nutre e contamina (no sentido positivo dos termos) da contribuição dos seus pares. E por vezes tão forte e consistente é essa contribuição que ela segue sendo reproduzida, inalterada, até que uma nova realidade jurídica (como uma alteração legal ou constitucional) ou fática (uma manifestação concreta do poder político) suscite a reflexão ou obrigue a revisão dos conceitos ou postulados doutrinários.

Com efeito, uma nova realidade jurídica se impôs com a edição da Lei Federal (de caráter nacional) nº 11.107/05, que, segundo Medauar e Oliveira (2006), qualificou os consórcios públicos como instrumentos típicos da emergente Administração Pública Consensual, esta última conformada a partir de novos paradigmas e de uma visão açambarcante de todo o tecido social em interação construtiva, conforme bem observou Cassesse (2003, p.159): “passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”.

A lei de 2005 traz relevantes dições que atribuem aos consórcios públicos a aptidão necessária para prefigurarem como importante instrumento de cooperação e, por conseguinte, de compartilhamento matricial da soberania. Conforme já exposto, é de se destacar, inicialmente, os dispositivos que conferem personalidade jurídica aos consórcios (§ 1º, art. 1º c/c art. 6º e incisos), tornando-os capazes de adquirir direitos e assumir obrigações, o que vem a possibilitar demandas extrajudiciais e judiciais pingues de concretidade.

Nos termos do repositório legal, os consórcios adquirirão personalidade jurídica de direito público (caso em que constituirão associação pública) ou de direito privado (nos termos da legislação civil aplicável aos entes privados desprovidos de interesse econômico).

Quando constituído com personalidade jurídica de direito público, a lei prescreve (§ 1º, art. 6º) que o consórcio público passa a integrar a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. De outra parte, o art. 16 da nova lei de regência altera o inciso IV do art. 41 do Código Civil pátrio, encartando as associações públicas (precisamente os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público) no conjunto geral das autarquias. Discussões acadêmicas e jurisdicionais à parte, a linguagem prescritiva debuxada no texto legal patenteia esta espécie de consórcio público (associação pública) como verdadeiras Autarquias Plurifederativas, conforme bem definiu Aragão (2007, p. 758):

Se os consórcios públicos forem de direito público, chamadas pela Lei de associações públicas, serão Autarquias Plurifederativas, já que as entidades da Administração indireta de personalidade jurídica de direito público são sempre consideradas espécies de autarquia, como as chamadas autarquias corporativas e as fundações autárquicas.

Registre-se, contudo, que corrente doutrinária diversa suscita dúvida acerca da constitucionalidade do § 1º do art. 6º da Lei, sob o argumento de que feriria o federalismo a inserção do consórcio público na administração indireta de todos os entes consorciados, haja vista decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup> afastarem a possibilidade da mescla de entes federativos integrar a Administração indireta de uma determinada pessoa jurídica de direito público interno. A referida linha doutrinária levanta o vexilo da invulnerabilidade da auto-organização e auto-administração dos entes subnacionais, além de expressar estranheza à possibilidade de entes de caráter temporário, como é o caso dos consórcios públicos (inciso I do art. 4º da Lei), passarem a integrar a Administração indireta, o que implicaria, segundo o argumento da citada doutrina divergente, a inimaginável criação de entidade da Administração indireta com prazo de duração.

Abstraindo as discepções doutrinárias, o fato é que a norma estabelece a inclusão das associações públicas (consórcios públicos) no conjunto de entidades que integram a Administração indireta dos entes conveniados, o que impõe a aplicação de todo o emaranhado de preceitos legais atinentes a licitação pública, concessão de serviços, contratos administrativos, contratação de pessoal, direito financeiro e controle que regem as típicas e clássicas autarquias públicas. A nova “urdidura” legal também aporta com um interessante rebatimento na fértil seara da gestão associada de serviços públicos, qual seja o de possibilitar o exercício de atribuições iminentes ao chamado *jus imperi* pelas associações públicas, dentre as quais há que se destacarem aquelas concernentes à polícia administrativa e à regulação das atividades objeto da gestão associada. Nesse passo, surge uma discussão acerca da constitucionalidade da transferência da regulação e da fiscalização ao consórcio público, entremostrando-se-nos mais consentânea com o mais hodierno pensamento do direito público brasileiro a inteligência expressada por Marques Neto (2005), afirmativa da constitucionalidade de tais transferências sob o percuciente argumento de que o destinatário da transferência é apenas uma divisão administrativa ou um braço integrante do quadro orgânico do ente transferidor, permanecendo sob os auspícios do titular o planejamento, a regulação e a fiscalização do serviço.

A Lei também prevê a possibilidade de criação de consórcio com personalidade jurídica de direito privado, nos termos da legislação civil, embora devendo estar cingida às normas de direito público disciplinadoras da realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Entretanto, os consórcios de direito privado não podem exercer qualquer das atividades consideradas inerentes ao chamado *jus imperi*.

Um outro aspecto de extrema relevância é o patentear da natureza contratual dos consórcios públicos, conforme prescrição do art. 3º da Lei, esvurmando, de forma categórica, a sua vetusta aproximação taxonômica dos convênios e lançando a espécie nos “robustos” braços do sinalagma, de onde, por sua vez, emana a força coercitiva necessária a garantir o cumprimento das obrigações pactuadas.

Decorrem da festejada natureza contratual, dentro da lógica sistêmica que promana da Lei, outros dispositivos de segurança e de descentralização formadores de uma engrenagem indutora da profusão da celebração de consórcios, bem como da eficácia e eficiência dos mesmos. Dentre os preceptivos mais significativos, há de se destacar o inciso XII do art. 4º – uma das expressões mais tenazes do sinalagma – cujo teor exige como cláusula necessária do protocolo de intenções (fase que precede a de ratificação e celebração do consórcio) a previsão de que qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, poderá exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

Os parágrafos terceiro e quinto do artigo oitavo são preceitos garantidores das obrigações financeiras assumidas pelos entes consorciados no denominado contrato de rateio (contratos anuais no qual ficam estipulados os recursos financeiros a serem repassados ao consórcio). Enquanto o parágrafo terceiro dispõe que os entes consorciados (isolados ou em conjunto) e o próprio consórcio público (pessoa jurídica que é) poderão exigir o cumprimento das obrigações financeiras assumidas, o parágrafo quinto prevê a possibilidade de exclusão do ente consorciado que não garantir os recursos para fazer face às despesas assumidas no contrato de rateio, garantia esta consistente na previsão orçamentária de dotações suficientes (Lei Orçamentária Anual ou créditos adicionais).

Ainda enfocando o aspecto segurança jurídica, importante é destacar o parágrafo segundo do artigo onze da Lei, potencialmente tuitivo das avenças que versam sobre gestão associada de serviços públicos, haja vista garantir a intangibilidade das obrigações já constituídas nos contratos de programa, caso o consórcio venha a ser extinto, sendo inclusive previsto o pagamento das indenizações devidas.

A Lei também não se descuroou do importante e imprescindível papel da União como coordenador-indutor de políticas públicas compartilhadas, tanto que previu no artigo quatorze, de forma explícita, a possibilidade da mesma celebrar convênios com os consórcios públicos com o intuito de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas (aqui o anelo do legislador foi dar ensanchas a que o princípio da subsidiariedade fosse fortalecido a partir de um processo descentralizador não-piramidal, ou seja, a União induzindo a distribuição matricial de competências e atribuições, mantendo incólume o respeito pela autonomia dos outros níveis de governo).

Por fim, realçamos que o repositório legal em epígrafe previu a transferência de algumas competências e atribuições das entidades consorciadas para os consórcios, de forma a garantir o não-engessamento dos últimos diante da urgência no agir para o atingimento dos fins colimados e consignados no contrato consorcial. Assim é que, à guisa de exemplo, o parágrafo terceiro do artigo segundo prevê a possibilidade de autorização contratual para que os consórcios outorguem concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

Da análise minudente da norma, infere-se que os novos contornos jurídico-formais dos consórcios públicos os aquinhoaram das garantias e dos apanágios necessários à assunção do seu importante papel de instrumento de cooperação e de coordenação federativas, o que exigirá dos Tribunais de Contas do País uma preparação específica, redefinindo a forma de exercer o controle externo diante da iminente eclosão de uma nova ambiência de relacionamento interfederativo. Parafraçando Abrucio (2006), parece-nos que “o novo consórcio público” passa a ser o grande protagonista do redesenho da governança do território do País, mediante políticas públicas que

induzam, preponderantemente, a ação intermunicipal, em detrimento das ações municipais estanques e, no mais das vezes, perversamente competitivas.

#### **4. A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. NOVOS DESAFIOS DO CONTROLE EXTERNO.**

Uma vez aduzidas considerações gerais sobre o novo consórcio público – modelado na Lei 11.107/05 como genuíno instrumento da hodierna acepção de uma Administração Pública Consensual – é auspiciosa a constatação de que uma de suas mais profícuas utilizações, e à qual os entes subnacionais têm mais se avezado, é a gestão associada de serviços públicos.

A escassez de recursos, o improlífico modelo competitivo, os baldados esforços das administrações municipalistas, além de outros fatores correlatos, prepararam uma larga alameda por onde passaram a fluir o ideário e uma pragmática alicerçados no paradigma multipolar de discussão dos assuntos públicos, conforme definição de Cassese (2003), ou seja, passou-se a evidenciar a importância do consenso na esfera administrativa e, por conseguinte, uma emergente visão sistemática e regionalizada dos problemas e das necessidades da população impôs o sufocamento do discurso tópico e auto-suficiente (característica do paradigma bipolar / Estado-cidadão).

Não é por acaso que dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2001) demonstram que em vários setores da atuação estatal tem aumentado a celebração de consórcios públicos, o curioso é que é nos municípios de menor porte (5.001 a 20.000 habitantes) que se concentra a participação nos mesmos. A mesma fonte de pesquisa revela que os municípios se associam mais freqüentemente para consecução de objetivos nos setores de saúde, aquisição e/ou uso de máquinas e equipamentos, educação, tratamento e disposição final do lixo, serviços de abastecimento de água, reciclagem de lixo, coleta seletiva de lixo, processamento de dados, esgotamento sanitário, limpeza urbana, remoção de entulhos e habitação.

O sinalagma, a coercitividade e todas as demais ferramentas jurídico-formais trazidas à baila pela nova lei dos consórcios públicos, transformaram a espécie em um importante facilitador da protuberância do

movimento associativo para a gestão de serviços públicos, muito embora o medrar em importância do movimento associativo já se fizesse sentir antes mesmo da edição da Lei.

A gestão associativa dos serviços públicos – junto com a prestação direta, a prestação por meio de entidades da Administração indireta e a delegação de serviços (art. 175 CR) – representa uma das formas de prestação de serviços públicos, peculiar por consistir num modelo associativo ou compartilhado, com a particularidade de sempre ser realizado entre entidades federativas (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios). Em tal altura, importa advertir que o presente trabalho cogita de um conceito específico ou estrito de Serviço Público, assentado sobre uma noção de atividade prestacional com geração de algum produto demandado pela coletividade, conforme pontifica Medauar (2006, p. 313): [... ]

diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração inserido no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo, arrecadação de tributos, serviço de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público

Estabelecido o conceito de serviço público entretido neste trabalho, reafirmamos as profundas e expeditas transformações pelas quais passa a Administração Pública, não sendo exagerada a afirmação de que o conceito de interesse público, o estabelecimento de serviços públicos prioritários e a forma mais consentânea de serem prestados passa por atividades de consenso-negociação entre particulares, representantes da sociedade civil organizada e os setores do Poder público diretamente interessados. A Administração Pública, no dizer de Medauar (2006), não mais detém a exclusividade no estabelecimento do interesse público (redução da discricionariedade, arredando-se a primazia de imposição unilateral e autoritária de decisões).

O “novo consórcio público”, particularmente quando celebrado para corporificar uma gestão associada de serviços públicos, é um modelo hodierno

e capacitado para atender às novas necessidades das relações policêntricas determinantes do que é serviço público prioritário e da forma de melhor atender às demandas da sociedade.

A gestão associada de serviços públicos, quando levada a efeito por contrato bilateral ou multilateral de consórcio público (também pode ser efetuada por convênio de cooperação), é cercada de garantias de sua solidez, da responsabilização dos entes envolvidos e da continuidade do serviço público. Ocorre que a Lei 11.107/05 (BRASIL, 2005) estabeleceu um verdadeiro lio de avenças impregnadas do sinalagma, partindo da compulsória previsão em cláusula do protocolo de intenções, passando pelos contratos de **consórcio público, de rateio** e, sendo o caso, **de programa**.

A obrigatória previsão no protocolo de intenções está disposta no inciso XI do art. 4º da Lei, e como a gestão associada implica a transferência de atribuições para o consórcio, o citado dispositivo determina o esmiuçamento dos termos consoante os quais a mesma dar-se-á, devendo estar previsto na cláusula específica: a) as atribuições cujo exercício foi transferido ao consórcio público; b) os serviços públicos objeto da gestão associada; c) a autorização expressa para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação de serviços; d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa; e) os critérios técnicos para os cálculos do valor, dos reajustes e da revisão das tarefas e preços públicos.

Na seqüência, são celebrados os seguintes contratos:

1 – Contrato de Consórcio Público – está previsto no art. 3º da Lei, cuja celebração decorre da ratificação legislativa do protocolo de intenções e disciplina as relações entre todas as entidades federativas (exceto as de natureza financeira e econômica).

2 – Contrato de Rateio – está disposto no art. 8º da Lei, consistindo em obrigações estabelecidas entre cada uma das entidades federativas e o próprio consórcio. As obrigações estabelecidas são de natureza econômico-financeira e referentes aos objetivos do consórcio (recursos financeiros a serem repassados ao consórcio).

3 – Contrato de Programa – sua disciplina está prescrita no art. 13 da Lei, visando à constituição e regulamentação das obrigações que um ente da Federação terá para com outro ente ou para com um consórcio público, sempre no âmbito da gestão associada de serviços públicos (diz respeito a contribuições obrigacionais não-econômicas – é o instrumento através do qual o consórcio delega serviços a outros órgãos e entidades estatais pertencentes a um dos consorciados).

Mencionado o verdadeiro atilho de contratos que dão solidez jurídica à gestão associada realizada por consórcio público, cumpre-nos, por fim, trazer à baila a questão referente ao seu fundamento constitucional. Em princípio, o fundamento da validade constitucional da gestão associada de serviços públicos está previsto no art. 241 da Constituição da República (Das Disposições Constitucionais Gerais), com a redação imposta pela EC nº 19/98, senão vejamos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperações entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A norma constitucional transcrita trata da edição de leis por cada ente federativo. Não cogita, portanto, de uma lei de caráter nacional (ou lei de normas gerais) como de fato é a Lei Federal nº 11.107/05; assim, sob o ponto de vista jurídico-formal, está infirmada a hipótese de ser o art. 241 o fundamento de validade constitucional da Nova Lei de Consórcios Públicos. Por outro lado, não há como sustentar que o repositório de lei em destaque consista no regulamento legal do parágrafo único do art. 23 da Constituição da República (“Leis Complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional” – redação dada pela EC nº 53/06), uma vez que a regulamentação do dispositivo exige a edição de **leis complementares** (a Lei 11.107/05 é **Lei ordinária**). Qual seria, então, o fundamento de validade constitucional da Lei?

Segundo juristas de vulto, a resposta decorre da natureza contratual dos consórcios públicos estatuída na Lei 11.107/05. Assim é que se pode afirmar que estão prescritas na Lei normas gerais sobre Contratos de Consórcios Públicos, por conseguinte o seu fundamento de validade é, inexpugnavelmente, o inciso XXVII do art. 22 da Constituição da República (“normas gerais de licitação e **contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III” – redação dada pela EC nº 19/98.). Mais um aspecto que descarta, definitivamente, os consórcios públicos do regime jurídico dos convênios de cooperação, embora a lei disponha sobre os últimos em alguns poucos artigos.

Com base nas considerações até então tecidas, considerando, mormente, o atual estágio da Administração Pública e das novas idéias que o inspiram, bem como a possibilidade de profusão de consórcios públicos inspirada na nova Lei de Regência, pode-se afirmar que são grandes os desafios a serem enfrentados pelos Tribunais de Contas do País para exercerem o seu mister com a proficiência esperada.

A redemocratização do País e o prorrompimento da nova ordem jurídico-constitucional, tendo como marco formal a promulgação da Constituição da República de 1988, restaurou a plena harmonia e independência das funções clássicas do Poder Público, realçando, sobremaneira, as atribuições e o desenho institucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Os níveis de consciência e de transparência trazidos à tona após o término do regime de exceção exigem das instituições públicas um crescente aperfeiçoamento endógeno e, noutra perspectiva, uma permanente sintonia com o republicanismo e com as renovadas expectativas da sociedade respeitantes à execução de suas missões institucionais.

Conforme registrado, o Tribunal de Contas, órgão de extração constitucional, incumbido da tutela dos dinheiros, bens e valores públicos, e que atua por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades gestoras do

Estado (controle externo), teve as suas atribuições ampliadas e realçadas no vigente texto constitucional, de forma a podermos cogitar de um novo modelo para a clássica doutrina tripartite de Montesquieu. Com efeito, pode-se asseverar, a partir de um razoável respaldo teórico e jurídico-formal, que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário estão ladeados pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas.

Embora o Tribunal de Contas, como as demais instituições republicanas, venha buscando aprimoramento e a ciência atual dos anseios da sociedade, não está indene a severas críticas concernentes à sua eficácia, à sua eficiência, à efetividade de suas ações, à consistência de suas deliberações e, enfim, ao seu papel e à sua destacada posição entre os órgãos públicos com assento constitucional.

Apesar de muitas das críticas negativas serem frutos de visões distorcidas e parciais da organização, reconhecemos que algumas tangenciam questões intrigantes, e que dizem respeito à própria “genética” jurídico-constitucional da instituição, ou seja, o delineamento de suas atribuições e de sua estrutura previsto na Carta Magna aparece como importante fator da ineficácia e da ineficiência das Cortes de Contas do País. Um bom exemplo do que falamos é a imprevisão, no texto constitucional, de instrumentos necessários à auto-executoriedade diante das funções multifaces previstas para o Tribunal de Contas.

Nada obstante o Tribunal de Contas ser uma instituição presente na República desde os seus albores, instituída que foi em 07 de novembro de 1890 pelo Decreto nº 966-A, da lavra do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, a Constituição de 1988 foi o documento formal que, finalmente, dotou-o das funções e das características necessárias à afirmação de sua sobranceira condição de órgão de controle externo. Ademais tisnou com cores fortes a sua posição como uma das mais relevantes funções do Poder Público, o que veio a realçar a superação de modelos vetustos do Estado de Direito pelo moderno Estado Democrático de Direito. Tecendo um esboço histórico, registre-se que no texto da nossa primeira Constituição republicana foi referido, na de 1934 foi encartado no capítulo específico “dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, na de 1937 foi definido no capítulo reservado ao Poder

Judiciário (levando em consideração as suas feições judicialiformes) e na de 1946 em diante foi inserido no capítulo do Poder Legislativo (FERNANDES, 2003). Contudo, é a Carta Magna de 1988 que, definitivamente, retira os grilhões que confinavam as Cortes de Contas no estrito campo da legalidade, adicionando apanágios e ferramentas típicas dos modelos de controle que privilegiam a eficácia e a eficiência na gestão pública. Chamamos à atenção, sobremaneira, para a inclusão no plexo atributivo da instituição do chamado controle operacional.

O Tribunal de Contas, instituição secular, representa um modelo de órgão controlador oriundo do denominado Direito Continental, portanto implantado nos países cuja tradição jurídica assenta-se na primazia do direito escrito (caso da Alemanha, França, Portugal, Itália, Brasil, etc.), ao contrário do que se verifica, num pólo antípoda, em países cujo arcabouço jurídico tem raízes no direito consuetudinário ou de gênese anglo-saxônica (e.g. Inglaterra, Canadá, EUA, etc.).

Portanto, cumpre-me explicitar, dois são os tipos de controle externo que podem ser verificados nos hodiernos Estados Democráticos de Direito, um o Sistema Tribunal de Contas (órgão colegiado), outro o Sistema de Controladorias (órgão unipessoal ou monocrático – *common law*). Importa registrar, uma vez mais, que ambos os sistemas têm lugar de in viso destaque no atual estágio em que se encontra o Estado Moderno; irrompem como inegável necessidade das crescentes mudanças sofridas pelo Poder Estatal e suas tradicionais funções. O importante é esclarecer que o atual desenho constitucional das Cortes de Contas brasileiras trazem cores de auspiciosa hibridez, ou seja, a instituição passou a contar com competências típicas do sistema anglo-saxão, quais sejam aquelas que a lançam na seara da fiscalização da eficiência, da eficácia e da efetividade administrativas (auditorias operacionais), mantidas, por óbvio, as atribuições clássicas e próprias do controle da legalidade (auditorias de conformidade).

No que concerne ao controle de legalidade da gestão associada (auditorias de conformidade), os Tribunais de Contas preservaram as suas funções clássicas, ademais outros aspectos foram suscitados pela nova Lei.

No caso de os consórcios públicos serem constituídos com personalidade jurídica de direito público (associações públicas), uma vez já definidas como autarquias plurifederativas, estas serão fiscalizadas como qualquer autarquia pública pelo Tribunal de Contas competente, lembrando, uma vez mais, que a Lei – nos termos do §1º do art. 6º – prescreve que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. Assim, não há restrição ao espectro de atuação do controle externo dentro do multifacetado universo das auditorias de conformidade (legalidade, legitimidade e economicidade).

Quando tratamos de consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado, a observância das normas de direito público (referente à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal) é imposta pelo §2º do art. 6º da Lei, por conseguinte a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial (sob o prisma da legalidade) há de ser exercida pelos Tribunais de Contas e tendo em vista o cipoal de dispositivos jurídico-constitucionais que disciplinam o dia-a-dia dos entes integrantes da Administração Pública Indireta. Há que se ressaltar, entretanto, a contratação do consórcio público pela Administração Direta ou Indireta dos entes da federação consorciados, neste caso o inciso III do art. 2º da Lei dispõe que a licitação será dispensada.

A ampla atuação das Cortes de Contas em situações como as que ora destacamos (gestão associada de serviços públicos mediante contrato de consórcio público), está categoricamente consagrada nos exaurientes termos do parágrafo único do art. 9º da Lei, sendo de bom alvitre a transcrição integral do texto:

Art. 9º ...omissis... Parágrafo único. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio. (BRASIL, 2005)

Ainda dentro do vasto campo do controle da legalidade, os Tribunais de Contas deverão zelar pelo fornecimento fidedigno das informações a serem contabilizadas nas contas de cada ente consorciado, de forma a serem verificados os limites e parâmetros previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) dentro de níveis aceitáveis de confiabilidade. Por isso, há que se averiguar – e isto parece ser também incumbência do controle externo – se os consórcios públicos estão fornecendo, adequadamente, as informações relacionadas com todas as despesas realizadas com os recursos entregues pelos entes consorciados



em virtude de contratos de rateio. Trata-se de uma obrigação legal, nos termos do §4º do art. 8º do novo estatuto.

Os Tribunais deverão, também, estar preparados para a análise da aplicação dos recursos provenientes dos contratos de rateio, uma vez que o §2º do art. 8º da Lei veda a aplicação em despesas genéricas. O cumprimento inflexível dos objetivos colimados pelos contratos de rateio deverá ser fiscalizado pelos órgãos de controle externo.

É consabido que as Cortes de Contas, ao julgarem as contas prestadas pelos responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos – quando e se for o caso – emitem as chamadas **notas de improbidade**, uma análise das irregularidades constatadas na gestão à luz do que dispõe a Lei Federal 8.429/92 (LIA – Lei de Improbidade Administrativa). As notas de improbidade, dependendo do regime legal do Tribunal em questão (leis orgânicas), poderão consistir em motivo da rejeição das contas e, noutra perspectiva, darem suporte às ações de impugnação de candidatura e à cassação das mesmas candidaturas pela justiça eleitoral (fulcro na Lei Complementar nº 64/90). Portanto, há que se destacarem duas importantes alterações verificadas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), quais sejam a previsão de mais dois incisos determinados pelo art. 18 da Lei 11.107/05, previsões estas que descortinaram outras sendas para a atuação das Cortes de Contas pátrias. Vejamos o texto das mencionadas inserções:

Lei 8.429/92

Art. 10º ...omissis...

XIV – Celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada **sem observar as formalidades previstas na lei.** (Grifamos)

XV – Celebrar contratos de rateio de consórcio público **sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.** (BRASIL, 1992, grifo do autor)

É imprescindível que os técnicos, o Ministério Público e os julgadores dos Tribunais de Contas passem a atuar munidos de um profundo conhecimento do texto da Lei 11.107/05, impondo-se-lhes o cotejamento dos instrumentos que corporificam os consórcios e os contratos de rateio com as regras e formalidades que a Lei qualifica como de impostergável observância. De outra parte, não deverão descurar, em sede de controle orçamentário-financeiro, da verificação de suficiente e prévia dotação orçamentária quando da celebração dos contratos anuais de rateio, um outro viés do controle orçamentário que poderá ensejar, inclusive, a aplicação de sanção pecuniária (multa) pelo próprio Tribunal.

A gestão associada de serviços públicos, levadas a efeito por intermédio do novo modelo de consórcio público, lança outro complexo desafio aos Tribunais de Contas, o de construir um modelo de auditoria de desempenho capaz de promover a busca de uma crescente melhora da gestão dos consórcios, para tanto sendo imprescindível o desenvolvimento de indicadores de desempenho e de sistemas de monitoramento e avaliação, devendo-se executar, sistematicamente, avaliações das atividades referentes às gestões associadas.

A realização de auditorias de desempenho (de gestão, operacionais ou *value for money*), conforme já referido, é competência dos Tribunais de Contas brasileiros prevista na Constituição da República (arts. 70 e 71, inciso IV, combinados com o art. 75), sendo relevante lembrar, também, que o parágrafo único do art. 9º, da Lei 11.107/05 prescreve que os consórcios públicos estão sujeitos à **fiscalização operacional** pelo Tribunal de Contas. Com efeito, a fiscalização operacional – realizada através das auditorias operacionais (ANOP'S) – tem inspiração, principalmente, nas experiências de controle externo dos países anglo-saxões, voltada sempre para a melhoria do desempenho e focadas na análise da economia (insumos), eficiência (processos), eficácia (produtos) e na efetividade (impactos). Embora as nossas Cortes de Contas sejam marcadas por uma tradição de análise de conformidade, a ordem jurídico-constitucional instaurada com o documento formal promulgado em 1988 quebrou este paradigma e encartou a fiscalização operacional como um instrumento complementar e redefinidor da instituição Tribunal de Contas, transformando-os em plenipotenciárias agências de *accountability*. Portanto, a análise de desempenho dos consórcios no tocante aos seus objetivos, metas, prioridades, bem como quanto à alocação e uso dos recursos disponíveis é missão inarredável e inadiável dos Tribunais de Contas do Brasil a ser cumprida por meio do desenvolvimento e aperfeiçoamento das Auditorias de Desempenho Operacional (uma das modalidades de Auditorias de Natureza Operacional).

Antes de abordar o tópico da metodologia, é de bom alvitre fazer alusão a um conceito de ANOP cunhado pelo administrativista Jorge Ulisses F. Jacoby (2003):

Auditoria Operacional tem por objetivo o levantamento das atividades de operação de um órgão ou entidade, consideradas na sua inteireza, abrangendo o exame econômico-financeiro num sentido analítico, ao passo que as inspeções se dirijam à verificação de fatos ou conjunto de fatos determinados.

A Auditoria Operacional visa a analisar o conjunto de operações e indicar os procedimentos que devem ser revistos, objetivando o aperfeiçoamento das atividades para a consecução da missão institucional, servindo muito mais à administração que pretenda uma radiografia de sua performance;

Ao estabelecer a competência do TCU para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o Constituinte resguardou com este poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de **concretização dos princípios da eficiência e da eficácia**.

Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma. O exame da relação do custo e a verificação dos benefícios, numa concepção ética e axiológica de função pública. (Grifamos)

A gestão associada de serviços públicos (através de consórcios) é forma de prestação de serviços públicos justificada pela necessidade de maior eficiência, eficácia e efetividade, uma vez que é exceção às regras de competência previstas no texto da Constituição da República; ou seja, os entes federativos consorciados, titulares de tais competências constitucionais, pactuam transferi-los aos consórcios, por acreditarem e partirem da premissa de que o formato associativo-cooperativo é o melhor para a obtenção de melhor desempenho. O instrumento capaz de afirmar ou infirmar a hipótese, à disposição do controle externo, é a auditoria de desempenho operacional. A busca da eficiência, da eficácia e da efetividade está diretamente inodada à própria razão da elaboração de desenhos associativos (de natureza consorcial) para a prestação de serviços públicos, portanto o alcance do referido “desiderato justificador” há de ser monitorado, de

forma perene, pelos órgãos de controle. A concepção mais atualizada do interesse público e das relações dele decorrentes exige não apenas a nova modelagem da prestação dos serviços públicos, impõe, também, novos conceitos, formas e caminhos para o exercício do controle administrativo, conforme pontificam Medauar e Justino de Oliveira (2006):

De outro lado, no terreno das relações Administração Pública – Administração Pública, deu-se uma profunda transformação tendente a dotar a ação administrativa de maior eficácia e eficiência, com a simplificação de seus procedimentos e sobretudo conferindo maior efetividade aos resultados alcançados.

São novos conceitos e paradigmas a instilar nos segmentos de direção dos Tribunais de Contas a idéia de uma reforma na maneira de atuar, de sorte a serem visualizados “novos” produtos. No caso do controle dos consórcios públicos, mormente quando celebrados para corporificar a gestão associada de serviços públicos, a tônica nas Auditorias de Desempenho Operacional representa mais do que a realização da vontade expressada desde 1988 pelo Constituinte originário (uma velha novidade); trata-se de mecanismo insubstituível para que se confirme a justificativa do modelo compartilhado de prestação de serviço público. Urge, portanto, o envidar de esforços para o desenvolvimento de metodologia e técnica adequadas à desincumbência da elevada missão institucional conferida aos órgãos de controle externo.

Acresce destacar, ainda, que as auditorias operacionais, de uma forma geral (de desempenho ou de avaliação de programa), exigem uma criteriosa e meticulosa metodologia, parecendo-nos relevante mencionar a que foi desenvolvida pelo projeto CERDS (projeto “Aperfeiçoamento do Controle Externo com foco na Redução da Desigualdade Social”), o qual consistiu em um acordo de cooperação técnica entre o Ministério do Governo Britânico para o Desenvolvimento Internacional (DFID) e o Tribunal de Contas da União (TCU) entre os anos de 2002 e 2006, contando ainda com a participação dos Tribunais de Contas dos Estados de Pernambuco e da Bahia. A metodologia foi desenvolvida de forma a se processar a partir de um ciclo, ciclo este que compreende as

etapas de seleção, planejamento, execução, análise, elaboração de relatório, comentário do gestor, apreciação pela Corte e divulgação e monitoramento das recomendações. Vejamos, de forma sumária, o conteúdo de cada uma das etapas (DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, 2006):

1) Examinam-se as prioridades de governo, a relevância das ações para reduzir os problemas da sociedade, a materialidade dos recursos envolvidos e o risco de não se alcançarem os resultados esperados (**matriz de risco**);

2) É feito o planejamento da auditoria, aplicando-se técnicas de diagnóstico com vistas a conhecer o objeto da avaliação e definir o escopo do trabalho. São feitas a análise de SWOT, a análise de riscos e a análise de stakeholders, além de ser elaborado o mapa de processo. Nesta fase, examinam-se também os indicadores de desempenho existentes e, por meio da técnica do mapa do produto, elaboram-se, caso necessário, novos indicadores;

3) É elaborada uma **matriz de planejamento** que é apresentada a um grupo de especialistas e interessados para discussão e validação (Primeiro Painel de Referência);

4) Na fase de execução a equipe de auditoria realiza os trabalhos de campo e as pesquisas necessárias à coleta de dados. Os principais achados e recomendações são sintetizados na Matriz de Achados e, novamente, submetidos à discussão e validação de especialistas e interessados, durante o Segundo Painel de Referência;

5) Elabora-se o relatório preliminar que é submetido ao gestor público para comentários (depois de analisados os comentários, estes passam a integrar um capítulo específico);

6) O texto final é submetido à apreciação do Tribunal que emite deliberação, contemplando ou alterando as recomendações propostas;

7) Finalmente, são divulgadas e monitoradas as recomendações em um prazo aproximado de nove meses.

O destrinçar das principais características da ANOP evidencia que não se trata da linha de atuação tradicional dos tribunais brasileiros, contudo é inexpugnável que as dificuldades que insistem em retardar o processo de modernização do controle externo, inclusive aquelas impostas por uma cultura institucional de admoestação e punição, terão de ser superadas, sendo certo que a edição do Novo Estatuto dos Consórcios Públicos passa a contribuir para a catalização do mencionado processo, na medida em que suscita a preeminência do controle de desempenho dessas verdadeiras autarquias plurifederativas, notadamente quando celebradas para a gestão de serviços públicos de forma associada.

O tema ainda requer uma última reflexão, a de que as ANOP'S (gênero) “reclamam”, de há muito, uma posição de destaque (no mínimo de co-protagonistas) dentro do cipoal de estratégias de atuação das Cortes de Contas, na verdade uma condição inafastável para o revigoramento da instituição e de seu imprescindível papel dentro de nossos intrincados mecanismos republicanos. Nesse passo, espera-se e deseja-se uma efetiva profusão de auditorias operacionais por tratar-se da outra importante face da mesma moeda. As ANOP'S estão em uma face, as auditorias de conformidade na outra, não se imagine que a presença do controle operacional deva ser algo episódico ou excêntrico. É imperioso que se esvurme, definitivamente, o pensamento e a práxis que resguardam para as ANOP'S tão-somente a borda da moeda.

O atual cariz dos consórcios públicos, se por um lado estimula a “culturalização” dos controles da eficiência, de eficácia e de economicidade, consiste em um formato pronto para atender às necessidades apontadas pelas chamadas **avaliações de programas governamentais**<sup>7</sup> (uma das duas espécies de ANOP'S). Dizendo por outras vias, a disseminação das ANOP'S, por conseguinte das avaliações de programas, dará ensanchas, como já acontece, ao desabrochar de diagnósticos assestados para remédios compartilhados. É nesta linha de consideração que vislumbramos o novo formato dos consórcios dotado de potencial invisível para corporificar o remédio para muitos problemas que transcendem os limites territoriais e institucionais dos entes federativos isoladamente considerados.

## 5. CONCLUSÕES

O nosso mais recente processo de redemocratização, ensejado pela abertura política que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, foi marcado por um ambiente intergovernamental preponderantemente competitivo e compartimentalizado. Nos primeiros anos, é importante realçar, a União adotou uma postura absentista quanto ao seu papel de principal coordenador de políticas públicas compartilhadas.

Na medida em que emergiu a consciência de que urgia um ajuste de rumos em nosso modelo federativo – sem o qual a República se afastaria ainda mais de seus objetivos fundamentais – impondo-se um compartilhamento matricial da democracia e a profusão de relações intergovernamentais concertadas, não foi difícil perceber a inexistência de instrumentos de cooperação e coordenação capazes de tornar atraente, eficiente e eficaz a via associativa de atendimento das demandas públicas.

Nesse contexto foi editada a Lei nº 11.107/2005, repositório legal que transformou o conceito e o desenho jurídico dos consórcios públicos, dotando-os de personalidade jurídica e atrelando-os à lógica contratual, de maneira a disponibilizar um idôneo instrumento para a modelagem de parcerias entre entes federativos, inclusive e principalmente quando nos referimos à gestão associada de serviços públicos.

Os novos contornos conceituais e jurídicos dos consórcios certamente aplacarão, em grande parte, a carência de ferramentas capazes de transformar o ambiente intergovernamental do País. É necessário, contudo, a atuação indutora, coordenativa e perene da União – desde que reverente à autonomia dos entes subnacionais -, bem como a vigilância dos órgãos de controle interno e externo para que a prática não tergiversasse para os verdadeiros sentido e alcance do novo bosquejo jurídico-formal dos consórcios.

Nesse passo, os Tribunais de Contas do País, uma vez mais, são convocados para o exercício de novas e importantes atribuições, o controle dos consórcios públicos, mormente no que tange a gestão associada de serviços públicos. As Cortes de Contas hão de forcejar pelo aprimoramento dos controles de conformidade, com enfoque especial sobre os contratos de rateio e de programa, não olvidando, por outro lado, da premente necessidade de avançar na seara dos controles de desempenho, propiciando diagnósticos de gestão atualizados e verticalizados, de forma que seja possível a correção de distorções para que os consórcios sejam mantidos na busca das metas de eficiência, eficácia, economicidade e efetividade que justificam a própria celebração dos mesmos. Finalizando, há que se reconhecer que a profusão das auditorias de desempenho (ANOP'S), tendência do processo de modernização do controle externo brasileiro, dará lugar a diagnósticos de gestão que, certamente, apontarão para a gestão associada de serviços públicos como a solução mais adequada e viável, principalmente ante a possibilidade de corporificação de consórcios públicos modelados e controlados nos termos da Lei 11.107/2005.

## REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sonia (Org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- ANASTASIA, Fátima. Federação e relações intergovernamentais. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.
- BRASIL.[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil : promulgada em 05 de outubro de 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt. .20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm> >.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 11.107, de 06 de abril 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm) >.
- CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm.; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. (Série Debates, n. 22, v.1).
- CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: *La crisis dês estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- DANIEL, Celso. Autonomia municipal e as relações com os estados e a União. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. *Equidade, controle social e governança na gestão pública: A contribuição das avaliações de programas governamentais realizadas pelos Tribunais de Contas*. Brasília: DFID Brazil, 2006.
- FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby . *Tribunal de Contas do Brasil: jurisprudência e competência*. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2003.
- IBGE. Perfil dos Municípios Brasileiros: gestão pública”, 2001. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2001/default.shtm> >
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios no Direito Brasileiro. in [www.manesco.com.br](http://www.manesco.com.br).
- MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 8, p. 451- 46, ago.1995.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUZA, Celina. Desenho constitucional, instituições federativas e relações inter-governamentais no Brasil pós-1988. In: FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.



## NOTAS

- 1 Nos albores da nova ordem constitucional, a União adotou uma corrente eminentemente defensiva, furtando-se de seu importante papel coordenativo de políticas públicas e, no dizer de Abrucio (2006), “transformou a descentralização num jogo de mero repasse de funções, intitulado à época de **operação desmonte**”. O absentismo do governo federal tem como causa mais eminente a perda de recursos tributários na Constituição e, num outro pólo, a responsabilidade integral da União – num primeiro momento – pela estabilidade econômica.
- 2 Conforme bem observado por Medauar e Justino de Oliveira (2006), os consórcios públicos não se confundem com as **Regiões Metropolitanas**, com as **Aglomerções Urbanas** ou com as **Microrregiões** (criadas por Lei Complementar Estadual, conforme dispõe o art.25, §3º, da CR/88). As três figuras atadas não detêm, sequer, personalidade jurídica.

Os autores, de forma mais oportuna, também diferenciam os consórcios das chamadas **Regiões Administrativas ou de Desenvolvimento**, previstas no art. 43 da CR/88 e que só podem ser criadas pela União Federal mediante edição de Lei Complementar.

É de se ressaltar, finalmente, conforme o fizeram os autores, que os consórcios são figuras distintas das chamadas **Operações Urbanas Consorciadas**, as últimas previstas na Lei Federal 10.257/01 (Estatuto das Cidades). Em verdade, tais operações têm lugar no espaço intramunicipal e consistem em um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com o fito de instrumentalizar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental em uma área de um determinado município. Os consórcios públicos, por sua vez, atuam num espaço interfederativo.

- 3 O insigne José Souto Maior Borges, ao propor uma hierarquização dos princípios constitucionais (in “Pró-dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais”. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, nº1, 1993), referindo-se às normas com elevado conteúdo ético, expressa a idéia de que **norma destituída de sanção é como sino sem badalo**.
- 4 Para Abrucio (2006), descentralização é “um processo nitidamente político, circunscrito a um Estado nacional, que resulta da transferência (ou conquista) efetiva de poder decisório a governos subnacionais.”
- 5 F. Anastásia (2007) faz alusão ao federalismo não-territorial, também denominado federalismo corporativo ou sociológico (comunidades culturais autônomas não-territoriais, alicerçadas em identidades nacional, regional, étnicas, raciais, religiosas, lingüísticas etc).
- 6 O Supremo Tribunal Federal (RE 120.932-1/210, 1ª T, rel. Min. Sepúlveda Pertence) proferiu decisão em 24/03/92 (DJU 30/04/92) no sentido da inviabilidade constitucional de uma autarquia interestadual, pois “a validade da criação de uma autarquia pressupõe que a sua destinação institucional se compreenda toda na função administrativa da entidade matriz”. No mesmo sentido a ADIn 175/PR (Tribunal Pleno, rel. Min. Octávio Galloti – DJU 08/10/93) e a ACO 503/RS (Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves – DJU 05/09/03).
- 7 Durante o projeto CERDS, já mencionado, foi avaliado o Programa Estadual de Alfabetização do Governo do Estado de Pernambuco, constatando-se que o Projeto Alfabetizar com Sucesso, estruturador do programa, estava restrito à rede estadual de ensino que representava 16,11% das matrículas de 1ª a 4ª série do ensino fundamental, deixando de fora 83,89% das matrículas pertencentes à rede municipal, onde se concentra a maior parcela da população carente. O Tribunal de Contas de Pernambuco apresentou entre suas recomendações a necessidade de se elaborar um cronograma de inclusão dos municípios ao Projeto Alfabetizar com Sucesso ou de encontrar alternativas de apoio aos municípios para que eles próprios possam estruturar suas ações de alfabetização. Um campo fértil para a estruturação de arranjos coordenados e cooperativos, ou seja, compartilhados.

# Pregão: 10 anos. Retrospectiva, essencialidades e perspectivas

Jair Eduardo Santana



## 1. PARA COMEMORAR

Seria motivo de comemoração a realização de um pregão eletrônico para a aquisição de três veículos?

Se pensarmos na resposta considerando o ano em curso, 2010, certamente que não.

Mas se retornarmos no tempo, verificaremos que o fato (**compra de três veículos**) deveria mesmo ter sido alvo de muita celebração:

**“O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão realizou dia 29 de dezembro de 2000 - às 17:00 hs em Brasília seu primeiro pregão eletrônico. O sistema de compras via Internet (no endereço [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br)) foi utilizado pelo Ministério para a contratação de 01 veículo tipo passeio, que teve seu valor estimado em R\$ 33.000,00, e foi comprado por R\$27.800,00, e 02 veículos utilitários com valor unitário estimado em R\$ 26.500,00, comprados por R\$19.660,00” (Fonte: Comprasnet. Realizado o Primeiro Pregão Eletrônico do Governo Federal).**

No Portal de Aquisições do Banco do Brasil ([www.licitacoes-e.com.br](http://www.licitacoes-e.com.br)) ocorria logo em seguida (no dia 29 de janeiro de 2001) o primeiro pregão eletrônico para a compra de impressoras e retroprojetores<sup>1</sup>. Outro caso de grandes festejos, à época, dado o sucesso da aquisição.

Desde aquela oportunidade não víamos no pregão – como muitos entendiam (e talvez ainda entendam) - só mais uma modalidade de licitação a se somar com as demais existentes na Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão)<sup>2</sup>.

De fato, nunca cansamos de dizer e repetir que o pregão é **uma poderosa ferramenta de gestão que veio para romper barreiras e descortinar novas condutas administrativas no setor das aquisições governamentais.**

Jair Eduardo Santana é mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

E é desse modo que o instituto vem se consolidando, em uma década, como um excelente instrumento para auxiliar nas aquisições públicas e nas diretrizes e políticas ali existentes. É uma espécie de “facilitador”.

Ao completar a primeira década de existência<sup>3</sup>, entendemos pertinente publicar o presente trabalho, cuja principal proposta é avaliar o **pregão** na sua perspectiva espaço-temporal considerando as essencialidades do instituto e suas repercussões no domínio de regência. Fugindo, como sempre fazemos, de movimentos cujo ícone maior poderia ser expresso pelo termo *nowism* (ou “agoraísmo” que revelam a “instantaneidade, o simples “presente”, “já” e “agora”; e nada além disso), ousamos cuidar também das perspectivas do instituto. Estas são fruto de uma espécie de “projeção de cenários” que abomina a pura especulação acadêmica.

Nosso estudo contém não apenas “premissas” ou “axiomas” sobre a performance do pregão. Vamos além disso e demonstramos os respectivos fundamentos das nossas assertivas. Ou seja, é voz corrente no setor que o pregão é um ótimo instituto. Mas seria mesmo? E, se fosse, qual seriam as razões disso? Há de fato celeridade? Há economia? O marco regulatório é estável?

Queremos dizer, por outras palavras, que o presente estudo é uma espécie de “convite à compreensão em termos gerais”. Não nos basta repetir impressões generalizadas sobre o assunto central, como vemos fazer aqui e ali, como um hábito insistente. É importante, se não indispensável, valeremo-nos de determinada metodologia científica para descrever e explicar os fenômenos que nos circundam<sup>4</sup>.

E, assim, ganhamos consistência. É o que desejamos.

### 1.1 CRÉDITOS INDISPENSÁVEIS

Antes de qualquer avançar sobre os temas a que nos propusemos analisar, **há que se colocar em destaque uma situação muito especial que habitualmente passa despercebida pela comunidade que transita no setor. Referimo-nos a uma categoria de pessoas que denominamos carinhosamente de “protagonistas ocultos” do sucesso do pregão; dirigimo-nos àqueles**

**que não mediram (e não medem) esforços para levar adiante o desenvolvimento das plataformas eletrônicas de aquisições.**

Por imperativo legal, o pregão foi tomando lugar das demais modalidades de aquisições (como já esperávamos) e as suas rotinas passaram a se incorporar na dinâmica dos respectivos “processos de trabalho”.

Nessa linha evolutiva é que **Governo (servidores públicos em geral), Fornecedores e Sociedade muitas vezes não se dão conta do quanto é penoso (e caro) transformar em “funcionalidades de sistema informatizado” uma certa determinação legal ou uma determinada “interpretação normativa”.**

Ou seja, há diversas pessoas que se dedicam a transformar a “realidade normativa” em “realidade operacional”, possibilitando que as aquisições públicas se realizem efetivamente no interior de sistemas informatizados.

Enfim, chegamos ao tempo presente com as principais plataformas informatizadas<sup>5</sup> cumprindo à risca o seu valioso papel. E, no particular, reiteramos indispensável render todas as homenagens possíveis às pessoas que diariamente se ocupam desse nobre mister: possibilitar a realização de negócios entre o Poder Público e o Mercado, à vista da Sociedade, conforme o marco regulatório em vigor.

### 1.2 PROJEÇÕES

Antecipamos que a análise dos elementos a serem trazidos à discussão nos permite antever que o cenário a ser descrito é altamente positivo. Ou seja, o pregão é uma ferramenta que se mostra vitoriosa em muitos aspectos.

O aprimoramento do pregão que é necessário e ainda está por chegar é de pequena monta diante de tudo aquilo que já se fez na última década. Imaginamos já ter o pregão obtido resultados dos mais importantes que se poderia esperar porquanto em **muito se alterou a cultura e a práxis administrativa em torno das aquisições governamentais através da racionalização de procedimentos antes compostos por obstáculos quase que intransponíveis e em nada prestantes aos produtos que se espera desse setor.**

Esse o maior dos ganhos que tal ferramenta nos trouxe.

Em resumo, o **pregão veio permitir o contraste aproximado entre as necessidades da Administração Pública e os interesses do mercado, postos numa espécie de arena onde a sociedade é a espectadora<sup>6</sup> mais interessada. Tudo estritamente regulado de acordo com os pilares fundamentais da ordem econômica e da normação existente em torno das possibilidades administrativas.<sup>7</sup>**

## **2. DEZ ANOS DE (EXCELENTE) ESTABILIDADE NORMATIVA**

O Diário Oficial da União do dia 5 de maio de 2000 trouxe dois **marcos de governança** para o Brasil.

Foram publicadas a Lei Complementar n° 101, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e a Medida Provisória (MP) n° 2.026, esta veiculadora do pregão.

Essas duas normas jurídicas causaram significativas alterações para a Administração Pública, impactando sobremodo o mercado e a sociedade. E, curiosamente, ambas se imbricam no sentido de que buscam simultaneamente – cada qual ao seu modo – o aperfeiçoamento na dinâmica da alocação dos recursos públicos.

**Sempre fizemos questão de não deixar cair no esquecimento que a adoção do pregão na Administração Pública brasileira integra um conjunto de medidas que visam o aperfeiçoamento das aquisições governamentais. De fato, constou do Plano Plurianual 2000/2003 (apelidado de Avanço Brasil; vide a Lei 9.989, de 21 de julho de 2000), em programa específico, uma determinação para se buscar a Redução de custos na aquisição de bens, obras e serviços.<sup>8</sup>**

É claro, no entanto, que não se pode conduzir o pregão a um mero **instrumento de redução de custos** porque efetivamente disso não se trata.

O mesmo fenômeno pode ser visto em relação à LRF, que deve ser considerada dentro de um contexto muito mais sistêmico, relacional e dinâmico.

A todo modo e voltando ao ponto que especificamente nos interessa, a MP do Pregão (de n° 2.026) foi reeditada dezoito vezes na forma constitucional até ser convertida na Lei n° 10.520, em 17 de julho de 2002.

Nesse caminho, surgiu no plano federal espaço para regulação subalterna. Os Decretos n° 3.555, de 08 de agosto de 2000, e n° 3.697, de 21 de dezembro de 2000, deram efetividade ao pregão presencial e eletrônico, respectivamente. O Decreto n° 5.450, de 31 de maio de 2005, disciplinou o pregão eletrônico revogando o ato normativo anterior.

Pequenos **ajustes normativos** foram feitos por atos que em nada modificaram as estruturas vigentes, a exemplo dos Decretos n° 3.784, de 2001, e n° 6.992, de 2009, ambos correlatos e modificadores do Decreto n° 3.555 de 2001.

Importa-nos dizer, enfim, que há um quadro normativo estável desde 2000 para a disciplina das aquisições públicas no tocante ao pregão, o que se traduz em positividade porque induz à aderência firme de todos os envolvidos ao respectivo regime.

Entendemos que o cenário de que falamos (de estabilidade) não oscilou nem mesmo minimamente diante de normas outras, como a Lei Complementar n° 123, de 2006, incidentes no domínio do pregão.

Ao reverso, nesse particular caso, acreditamos que as políticas públicas que dão fundamento ao Novo Estatuto das Microempresas<sup>9</sup> (LC 123/06) somente puderam gerar – em tão pouco tempo – os resultados apresentados em razão da existência de algumas “ferramentas” importantes já consolidadas, como é o caso do pregão e das respectivas plataformas de aquisições governamentais.

Todo o vigor demonstrado pelas micro e pequenas empresas no tocante às “compras governamentais” foi impulsionado (pensamos nós) em grande parte pelo “excelente ambiente” já produzido em razão do pregão.

De fato, a evolução dos gastos em compras – considerado o porte do fornecedor - apontou que as micro e pequenas empresas (MPE) vêm aumentando de forma significativa sua representatividade nas

compras governamentais, cuja participação no ano de 2002 era de aproximadamente 14% (R\$ 3,1 bilhões), passando para 31% no ano de 2009 (R\$ 18,3 bilhões). Em valores monetários, corrigidos pelo IPCA, o crescimento real acumulado foi da ordem de 598%<sup>10</sup>.

Ora, esses dados estatísticos demonstram a integridade da nossa assertiva. E aqui reiteramos: o vigor dos benefícios da LC 123/06 encontrou um grande aliado no pregão e no “ambiente de aquisições” criado previamente por este.

Ou seja, análise mais detalhada dessa evolução demonstra que as regras trazidas pelo Novo Estatuto citado (LC 123/06) foram induzidas para uma artéria de grosso calibre potencializadora dos benefícios dados àquelas entidades. É dizer, a LC 123/06 encontrou um cenário altamente positivo para florescer seus comandos. E esse cenário havia sido insculpido pelas normas regentes do pregão, em boa parte. Ou delas decorreram ainda que indiretamente.

Importante conferir o que dissemos na tabela seguinte.

Participação do valor de compra segundo o porte do fornecedor 2002 a 2009				
Ano	Micro Empresa	Pequena Empresa	Outros	Total
2002	907.350.392,30	2.152.425.648,97	18.615.641.455,09	21.675.417.496,36
2003	744.899.877,42	1.627.126.475,32	12.157.990.770,14	14.530.017.122,88
2004	1.126.077.512,75	2.702.837.963,84	17.645.785.929,11	21.474.701.405,70
2005	1.077.007.987,97	2.708.508.993,46	22.315.009.962,96	26.100.526.944,39
2006	753.486.545,80	1.874.657.524,77	29.998.891.440,05	32.627.335.510,62
2007	4.844.991.757,15	6.505.872.805,85	28.508.297.725,31	39.859.162.288,30
2008	3.926.317.827,18	6.594.550.165,04	21.081.113.731,84	31.601.981.724,05
2009	11.029.159.252,55	7.261.067.543,62	40.136.158.915,53	58.426.385.711,70
<b>Média do Período</b>	<b>3.051.161.394,14</b>	<b>3.928.418.390,11</b>	<b>23.807.361.241,25</b>	<b>30.786.941.025,50</b>

Fonte MPOG/SLTI (valores corrigidos pelo IPCA dessazonalizado)

Cabe reforçar a nossa perspectiva para assinalar e evidenciar, afora essa evolução significativa das microempresas e das empresas de pequeno porte no cenário das aquisições governamentais (já tão bem enquadrado pelo pregão), os resultados de apenas dois benefícios trazidos pela LC 123/06: as aquisições exclusivas, limitadas a R\$ 80 mil, e o “empate ficto”.<sup>11</sup>

Em se tratando de pregão eletrônico, o “indicador de empate ficto” mostra que quando houve desempate, ou seja, quando as MPE tiveram a prioridade na compra, fizeram uso dessa premissa e responderam por 32% (R\$ 732 milhões) em 2008 e 39% (R\$ 1,1 bilhão) em 2009 dos valores contratados pela administração pública.<sup>12</sup>

Já no tocante aos gastos nas aquisições públicas até R\$ 80.000,00, os dados mostraram que elas “corresponderam, em média, a 14% (R\$ 3,5 bilhões) do total. Ressalta-se que as MPE (micro e pequenas empresas) responderam, em média, por cerca de 50% (R\$ 1,8 bilhão) das compras até R\$ 80.000,00. Nesse contexto, o crescimento real acumulado das MPE, entre 2002 e 2009, foi de 149%. Tomando como base apenas o ano de 2009, o cenário é ainda mais positivo, tendo em vista que as MPE responderam por 65% (R\$ 3,1 bilhões) das compras até esse valor, o que demonstra o esforço do Governo em alavancar esses empreendimentos por meio do aumento de sua participação nos gastos de pequeno vulto, que são efetivamente aqueles onde esses fornecedores têm maiores chances de contratar com o Governo”.<sup>13</sup>

Não é o caso de aprofundar aqui a densificação dos benefícios da LC 123/06 num ambiente de trânsito fácil para o pregão, mas chega a ser impressionante o quanto aquelas regras tiveram recepção plena em razão da moldura operacional já existente.

De qualquer forma, a estabilidade normativa do pregão de que falávamos há pouco –além de ser para nós fator altamente positivo - se vincula diretamente ao fato de que os **temas principais** do pregão não foram sensibilizados pelas alterações normativas que ocorreram nessa década no nível subalterno (decretos, instruções e demais atos inferiores à lei formal).

E isso é primordial porque as **estruturas orgânicas** brasileiras (do ponto de vista eminentemente funcional) possuem maior competência para assimilar as respectivas **regras do jogo**. Não queremos perder a oportunidade de esclarecer que o exercício da atividade administrativa está a cargo de todas as ramificações funcionais dos órgãos e entidades que integram o plexo orgânico brasileiro.

Enfim, não importando o critério que fixa a possibilidade de exercício da atividade administrativa, **insistimos em que “as estruturas funcionais puderam melhor assimilar as regras do pregão, especialmente por causa da estabilidade normativa que aquele apresenta desde a sua criação”**. Se nos permitem ir mais longe, ousamos dizer que ambientes normativos tais, estáveis, induzem a um natural sentimento de “estima” e “aderência” às regras do jogo. Isso tudo traz, como consequência natural, o cumprimento e o respeito ao marco legal (aplicabilidade e efetividade da lei).

E não nos esqueçamos de que a Lei do Pregão, a Lei nº 10.520/02, possui (apenas) 13 artigos que não foram até hoje objeto de qualquer modificação<sup>14</sup>. Dez anos sem qualquer alteração legal é um fenômeno até certo ponto incomum num Brasil acostumado às altíssimas taxas de “inflação legislativa”.<sup>15</sup>

Em nosso ver, tudo o que o pregão experimentou em termos de **mudanças** nesses dez anos se passou mais no domínio da tecnologia da informação, que se viu impulsionada por demandas derivadas de interpretação normativa mais racional e apropriada para o seu tempo.

Nesse ponto ressurgiu aquele apontamento que fizemos outrora: algumas adaptações que se fazem necessárias, em se tratando de pregão, se alocam no campo operacional e derivam, quase sempre, de exigências interpretativas atualizadas em relação ao marco legal de regência.

### 3. ESSENCIALIDADES DO INSTITUTO PREGÃO

Já dissemos que a inserção do pregão em nosso meio em 2000 não objetivou apenas alcançar o aspecto econômico das aquisições governamentais, embora a muitos tenha sido essa a impressão de maior destaque.<sup>16</sup>

Averbamos também que o pregão (e suas normas) impactaram tanto a Sociedade quanto a Administração Pública e o Mercado (fornecedores). Considerando isso tudo de uma só vez, os avanços da nova regulação se deram basicamente em relação a:

- a) **Otimização procedimental,**
- b) **Disputa do objeto através de lances reversos e**
- c) **Transparência no processo**

Esses três vetores abarcam as principais especificidades do pregão, as quais podem ser decompostas nos principais tópicos que seguem.

#### INVERSÃO DAS FASES PROCEDIMENTAIS

Pode o pregão ser denominado de **leilão reverso** porque, em realidade, a Administração Pública promove certame no qual os fornecedores **ofertam** o objeto disputando o respectivo êxito através do **menor melhor preço**<sup>17</sup>.

A **inversão de fases procedimentais** é uma medida grandiosa para o bom fluxo operacional do pregão. É uma solução que visa desburocratizar o processo de aquisições públicas.

Somente se avalia a habilitação daquele licitante que é detentor da melhor oferta. Ou seja, o próprio mercado se encarrega de catalisar o preço através de disputa por lances e, na sequência, avalia-se os pressupostos de habilitação do fornecedor melhor qualificado. Na licitação tradicional o procedimento se desenrola de modo inverso gerando, no mínimo, grande desperdício de tempo.

**O próprio passar dos tempos comprovou que a inversão de fases no procedimento de licitação é medida salutar. Tanto que diversas Unidades da Federação já assimilaram esse caminho em legislação própria.**<sup>18</sup>

A finalização da disputa pelo **menor melhor preço** implica numa **lista de classificados** que pode ser aproveitada na medida em que haja necessidade de se convocar remanescentes, na forma legal.

São todas medidas de **aproveitamento procedimental** que foram muito bem recebidas pelo setor.

#### CONCENTRAÇÃO DE ATOS PROCEDIMENTAIS

A **sessão do pregão** é concentrada e única, no geral. Apenas em circunstâncias excepcionais, devidamente justificadas, é que se admite a cisão desses atos que homenageiam a celeridade processual.

Ultrapassado o período de ancoragem<sup>19</sup> (8 dias úteis), a sessão se desenrolada numa só **assentada**.

São atos **circunstanciais do procedimento**, em resumo:

- Credenciamento<sup>20</sup>
- Recebimento, abertura e classificação de propostas comerciais (visando a resolução do preço)
- Disputa por lances (“idem” no tocante à resolução do preço)
- Verificação da habilitação
- Declaração do vencedor
- Recurso
- Adjudicação
- Homologação e contratação

Por outro modo poderia ser mostrado o **fluxo** operacional das principais **fases** da sessão externa. Essas **etapas são pontos de passagem já assimilados pelo setor** que bem acatou o novo modelo procedimental que se mostra, de uma só vez, **seguro, célere, competitivo** e acima de tudo **isônomo**.

Figura 1 - Etapas principais do pregão (fase externa)



A experiência mostra ser possível instaurar e finalizar um procedimento de pregão em aproximados 20 dias. Essa deveria ser a regra. E se não é, o problema não está radicado obviamente na etapa externa; e sim na etapa preparatória (ou antecedente), como de hábito ocorre.

A ritualística da **etapa externa** foi, enfim, abreviada com aplausos dos destinatários da nova norma.

#### PERMISSIVIDADE PARA OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Toca ao **pregoeiro o julgamento** dos atos relativos ao pregão na fase externa. Ele é quem tem o dever de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A obtenção dessa vantajosidade se verifica dentro de um somatório de possibilidades, todas ocorrentes diante da atuação do pregoeiro, figura que tem *script* de protagonista no desenrolar do procedimento.

Para não ir longe do aqui permitido, lembremos da (a) classificação de ofertas (verificação de conformidade), da (b) condução da disputa (exaustão de lances)<sup>21</sup>, da (c) aceitação e de outros **momentos** que denominamos de **sublimes** para atuação do pregoeiro, onde se busca o **melhor negócio** para a Administração Pública.

O que queremos registrar, em realidade, é que a **Lei do Pregão municiou o pregoeiro de diversos mecanismos para alcançar a oferta mais vantajosa para a Administração Pública**. E devemos sempre lembrar – ainda que por mais de uma vez - que a **vantagem** mencionada na Constituição Federal de 1988 (art. 37, inciso XXI) não se resume ao **menor preço**<sup>22</sup>.

Esse é um ponto preocupante que tem revelado a necessidade de um aprofundamento mais efetivo em termos de capacitação profissional.

#### TRANSPARÊNCIA NO PROCEDIMENTO

O procedimento se desenrola sob roupagem da **publicidade**; e a **transparência** é algo que lhe é correlato.

Quanto mais **visível** for o procedimento desenvolvido, maior será tanto a possibilidade de fiscalização e controle (pelas mais variadas formas) quanto a ampliação da disputa (competitividade).

Então, **dizer-se transparente o pregão é incentivar de uma só vez a legalidade, a publicidade, o controle e a eficiência dos atos praticados pela Administração Pública**.

A internet tem sido uma poderosa aliada nesse quesito.

## CONCENTRAÇÃO DA ETAPA RECURSAL

É característica do procedimento em comento a unificação, numa só etapa, da fase recursal. Todos os atos do procedimento<sup>23</sup> podem ser alvo de recurso no momento oportuno: após **declarado o vencedor** que é um momento solene e inafastável justamente para possibilitar a irresignação daquele que de algum modo sucumbiu no procedimento.

Há muito temos alertado que esse seria o **ponto doloroso** do rito proposto para o recurso no pregão. E, de fato, o setor até hoje ainda não soube se desvencilhar a contento da complexidade de que se reveste o assunto.

O entendimento necessário em torno do tema ainda não foi bem assimilado nessa década tanto pela doutrina, quanto pelos operadores e aplicadores da lei. Apenas recentemente houve a primeira manifestação jurisprudencial acerca da importância da matéria, numa dimensão mais profunda. E isso nos dignifica não apenas pela referência às nossas ensinanças, mas sobretudo em razão do incipiente preenchimento de um quase vazio que precisa ser preenchido. Veja-se, a propósito, o Acórdão nº 3528/2007 - TCU - 1ª Câmara, do Tribunal de Contas da União.

O **juízo positivo** ou **negativo** de admissibilidade do recurso no pregão, bem assim o manejo de todas as categorias fundamentais que se fazem presentes, é uma necessidade básica não apenas da Administração Pública, mas de todo o procedimento que se estruturou numa lógica impeditiva de recursos procrastinatórios.

O tema ganha dimensão avantajada porque **o pregão eletrônico, na sua forma ideal, sugere uma sincronicidade que ainda não se alcançou em razão do que chamamos de deficiências estruturais da Administração Pública.**

É dizer, a partir do instante em que há uma “assincronia” no procedimento, este perde muito de sua consistência. Mas esse é um ponto vulnerável (e sensível, concordamos) que tende a se dissipar com o passar dos tempos.

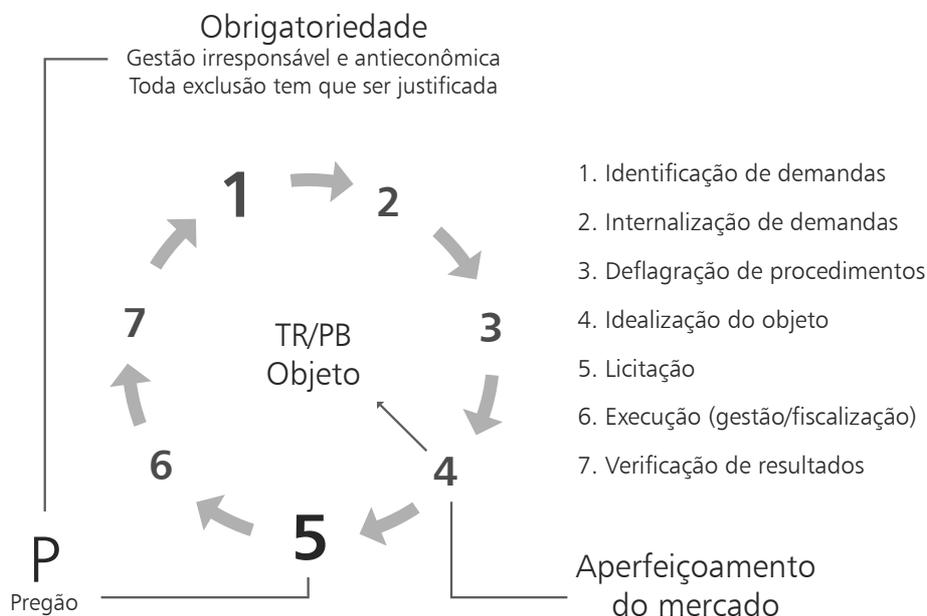
## OBRIGATORIEDADE DE MELHORAR A ETAPA INTERNA

Cabe destacar dentre as **essencialidades do pregão** a obrigatoriedade de melhorar o tratamento dado à etapa interna (ou preparatória). É que o pregão é, no caso, apenas um “instante” importante de todo o ciclo. Deficiências nas etapas (ou “instantes”) antecedentes, acabam por contaminar – em maior ou menor grau – todo o processo.

**Desde a identificação das demandas até a sessão pública propriamente dita há uma série de providências que não podem ser desdenhadas pela entidade promotora do certame.**

O quadro abaixo ilustra nossa percepção sobre as **etapas do procedimento** respectivo. De se notar que o Termo de Referência<sup>24</sup> é para nós peça de fundamental importância a integrar a chamada etapa antecedente do pregão.

Figura 2 - Ciclo da Contratação Pública



NECESSIDADE CONSTANTE DE INVESTIMENTOS NO SETOR DE RECURSOS HUMANOS

**A eficiência da(na) Administração Pública – não há como ser diferente – não está nas suas respectivas estruturas, e sim nas pessoas. É o que temos dito nesses últimos dez anos quando temos oportunidade de nos manifestar sobre o pregão.**

**De nada adianta possuir a Unidade Administrativa uma excelente plataforma de aquisições, uma excepcional estrutura física dotada de equipamentos e o que mais for necessário, se não tiver “servidores aptos” a bem conduzir os procedimentos.**

Por isso é que ha uma necessidade constante de se investir em alguma política de valorização (capacitação, etc.) daquele que está incumbido de realizar os procedimentos de que falamos.

O marco regulatório, como vimos, é estável. As essencialidades do pregão (fases e procedimentos) estão assimiladas pelo setor. O mercado já se mostra muito compreensivo. As medidas operacionais (ligadas à TI, em especial) já foram tomadas. **Portanto, eventuais desvios no desenrolar dos procedimentos são normalmente decorrentes de vícios superáveis pela valorização das competências humanas.**

É natural que seja assim.

#### 4. AS PLATAFORMAS (PORTAIS) DE AQUISIÇÕES: UM CAPÍTULO À PARTE NESSES 10 ANOS

O pregão eletrônico assumiu a forma **preferencial** a partir da edição do Decreto n° 5.450/05<sup>25</sup> e com ele as plataformas (portais) de aquisições ganharam um colorido muito especial.

**Quase nunca se lembra que nessa 1ª década de pregão, os milhares de procedimentos realizados ocorreram em decorrência de soluções tecnológicas que permitiram materializar os comandos legais (de todas as normas de regência) num fluxo puramente dinâmico vertido para a realidade.**

Ou seja, chega a ser curioso como o leitor – se desatento – não se apercebe minimamente de como é que a norma se verte em realidade numa plataforma eletrônica de aquisições governamentais.

Embora permaneçamos no **mundo real** (e não propriamente no **mundo virtual** na expressão literal da palavra<sup>26</sup>), chegam a ser impressionantes as soluções que a experiência tecnológica propicia para as **compras eletrônicas**.<sup>27</sup>

Não poderíamos deixar de citar como experiência de extremo sucesso as “cotações eletrônicas” (simplesmente “cotação eletrônica” ou “COTEPs” – cotações eletrônicas de preços).

Independentemente do marco regulatório disciplinar<sup>28</sup> o assunto, o fato é que as chamadas aquisições de pequeno valor (art. 24, II, da Lei n° 8.666/93) apresentam volume exponencial em qualquer Unidade Administrativa e, não raro, causam grande entrave na lida diária daqueles que se ocupam da matéria.

**As plataformas eletrônicas estão há muito aptas a realizar essas “compras pequenas” (mas de incidência ímpar) através desses mesmos portais. O procedimento é ágil e, acima de tudo, homenageia a isonomia e a economicidade.**

As cotações abaixo representadas permitiram a economia de pouco mais de 10% (dez por cento) em mais de 26 mil aquisições revelando expressão monetária de quase R\$ 4 milhões (apenas no ano de 2009).

Confira-se o que falamos:

Cotação eletrônica de preços - (COTEP – jan/dez – 2009) - SISG/SIASG					
N° de Cotações		Valor de compra			
Realizadas	Homologadas	Referência	Homologado	Economia	%
26.426	14.048	36.629.278,62	32.718.861,91	3.910.416,71	10,7%

Fonte: SLTI/MPOG

## 5. RESULTADOS E PREMISSAS DEVEM SER DEMONSTRADOS

Numa espécie de “pequena e breve viagem”, fizemos até então diversas afirmações sem preocupação metodológica maior.

No entanto, qualquer “passeio por determinado ramo do conhecimento” demanda minimamente a apresentação mais visível dos fundamentos que deram suporte ao argumento posto. O que queremos dizer, em palavras mais simples é que as afirmações feitas devem se seguir de determinados “demonstrativos” para validá-las.<sup>29</sup>

Anunciamos antes que não nos bastaria fincar premissas enaltecendo o modelo de aquisições trazido pelo pregão. Acreditamos ser necessário demonstrar todas as potencialidades e a real **eficácia do pregão** e, para tanto, temos que mostrar alguns dados estatísticos para que melhor possamos compreender esses nossos pressupostos de **latitude** amplificada.

Por força de mandamento constitucional, o **regime das aquisições governamentais** encontra-se envolto por uma série de limites. As regras fundamentais da **licitação** e a **formalização dos procedimentos** integram essas barreiras, mesmo quando se tratar de **aquisições diretas**. E não poderia ser diferente porque – em última análise e no geral – os recursos públicos destinados a esse domínio são provenientes dos **orçamentos públicos**.

Optamos por circunscrever os demonstrativos ao âmbito do SISG e NÃO-SISG/SIASG e também investigamos dados produzidos a partir da plataforma eletrônica disponibilizada pelo Banco do Brasil. E assim fizemos em razão da abrangência desses dois **portais**<sup>30</sup> (**Comprasnet** e **Licitações-E**).

Voltando olhos para o ano findo (2009), em termos de dados estatísticos, recolhe-se número relevante que contrasta com aquele anunciado no início deste trabalho (um pregão eletrônico para adquirir três veículos e outro procedimento para alguns retroprojetores). Ou seja, no tempo presente, o pregão (eletrônico e presencial) é algo até certo ponto “corriqueiro”:

Número de processos e valor de compras segundo as modalidades Janeiro a dezembro de 2009		
Modalidade	Processos de compra	Valor de compra
Concorrência	1.501	14.135.171.674,85
Concorrência Internacional	46	968.713.110,71
Concurso	16	987.197,81
Convite	1.625	68.219.111,12
Dispensa de Licitação	248.981	5.567.323.475,68
Inexigibilidade de Licitação	16.540	6.113.249.644,63
Pregão Eletrônico	47.289	27.388.159.162,24
Pregão Presencial	1.449	3.518.616.423,13
Tomada de Preços	1.844	665.945.911,52
<b>Total</b>	<b>319.291</b>	<b>58.426.385.711,70</b>

Fonte: SLTI/MPOG

Os dados ganham mais consistência quando se verifica, no global, os números de processos de compras e o “tipo” dos respectivos órgãos compradores. Referimo-nos, por certo, à estrutura federal ali apartando UASG’s (Unidades Administrativas de Serviços Gerais) consideradas SISG (integrantes do Sistema de Serviços Gerais) das UASG’s tidas por Não-Sisg.

Órgãos Sisg e Nao-Sisg - Participação em número de processos 2002 a 2009 (janeiro a dezembro)			
Ano	Unidade Sisg	Unidade Não-Sisg	Total
2002	369.193	3.411	372.604
2003	321.052	3.867	324.919
2004	323.376	5.696	329.072
2005	312.391	7.563	319.954
2006	306.193	9.903	316.096
2007	298.005	12.562	310.567
2008	303.984	16.884	320.868
2009	291.703	27.588	319.291
<b>Média do Período</b>	<b>315.737</b>	<b>10.934</b>	<b>326.671</b>

Fonte: SLTI/MPOG

Mas se chegamos a 2010 com essa “marca numérica” interessante, mais relevante ainda é o “consolidado” da década.

Vejamos então o número de pregões realizados nesses dez anos.<sup>31</sup>

Volume de pregões eletrônicos realizados no Licitacoes-e			
Ano	Licitações	Lotes	Volume em R\$ milhões
2001	67	79	70,1
2002	728	1.229	86,2
2003	4006	11.357	886,7
2004	9.778	39.854	1.579
2005	18.987	69.699	3.022
2006	42.965	141.534	6.871
2007	49.189	175.430	8.901
2008	55.059	198.068	11.689
2009	52.487	180.503	15.227

Fonte: Licitacoes-e

Os números nos mostram uma evolução fantástica no tocante ao aumento do número de pregões eletrônicos ano a ano. “Idem” no tocante ao volume (lotes) de aquisições e respectivos valores negociados.

Numa outra perspectiva, é possível visualizarmos a trajetória do pregão (presencial e eletrônico) em contraste com as demais modalidades de licitação. É notável o acréscimo dessa modalidade e a “inversão ocorrida” entre 2005 e 2006 na utilização do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial. O fenômeno se explica por causa da revogação do

normativo que à época não obrigava o pregão eletrônico (em 2005 o Decreto nº 5.450/05 substituiu o Decreto nº 3.697/2000).

Esse mesmo raciocínio está bem evidente em relação aos dados estatísticos relativos ao governo federal (informações que seguem no quadro adiante).

Nessa lida, está claro que a evolução do pregão eletrônico (obviamente para aquisição de bens e de serviços comuns) é extremamente significativa. No período de 2005 a 2009 (janeiro a dezembro) mostrou um crescimento acumulado de 253% (em número de processos) e 468% (em valores despendidos).<sup>32</sup>

Evolução anual dos processos de compras (conforme as modalidades, excluídas as dispensas, inexigibilidades, tomadas de preço e concorrência por técnica e preço)								
Modalidade de compra	Número de processos de compra							
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Concorrência	1.015	694	739	669	449	556	778	1.321
Concorrência Internacional	83	44	58	84	54	70	50	44
Convite	13.536	16.368	19.187	13.193	9.002	6.227	4.967	1.520
Tomada de preços	3.135	2.443	2.949	2.262	1.428	1.494	1.648	1.639
Concurso	3	4	1	4	5	6	8	16
Pregão Eletrônico	420	1.303	2.677	13.384	27.682	35.676	33.972	34.342
Pregão Presencial	4.290	5.671	9.187	6.792	2.717	2.223	1.385	1.091
<b>Total do Período</b>	<b>22.482</b>	<b>26.527</b>	<b>34.798</b>	<b>36.388</b>	<b>41.337</b>	<b>46.252</b>	<b>42.808</b>	<b>39.973</b>

Fonte: SLTI/MPOG. Dados ref. Sisp/Siasg

A se considerar nesse mesmo cenário também os “não-Sisp”, os números se alteram um pouco. E vale conferir:

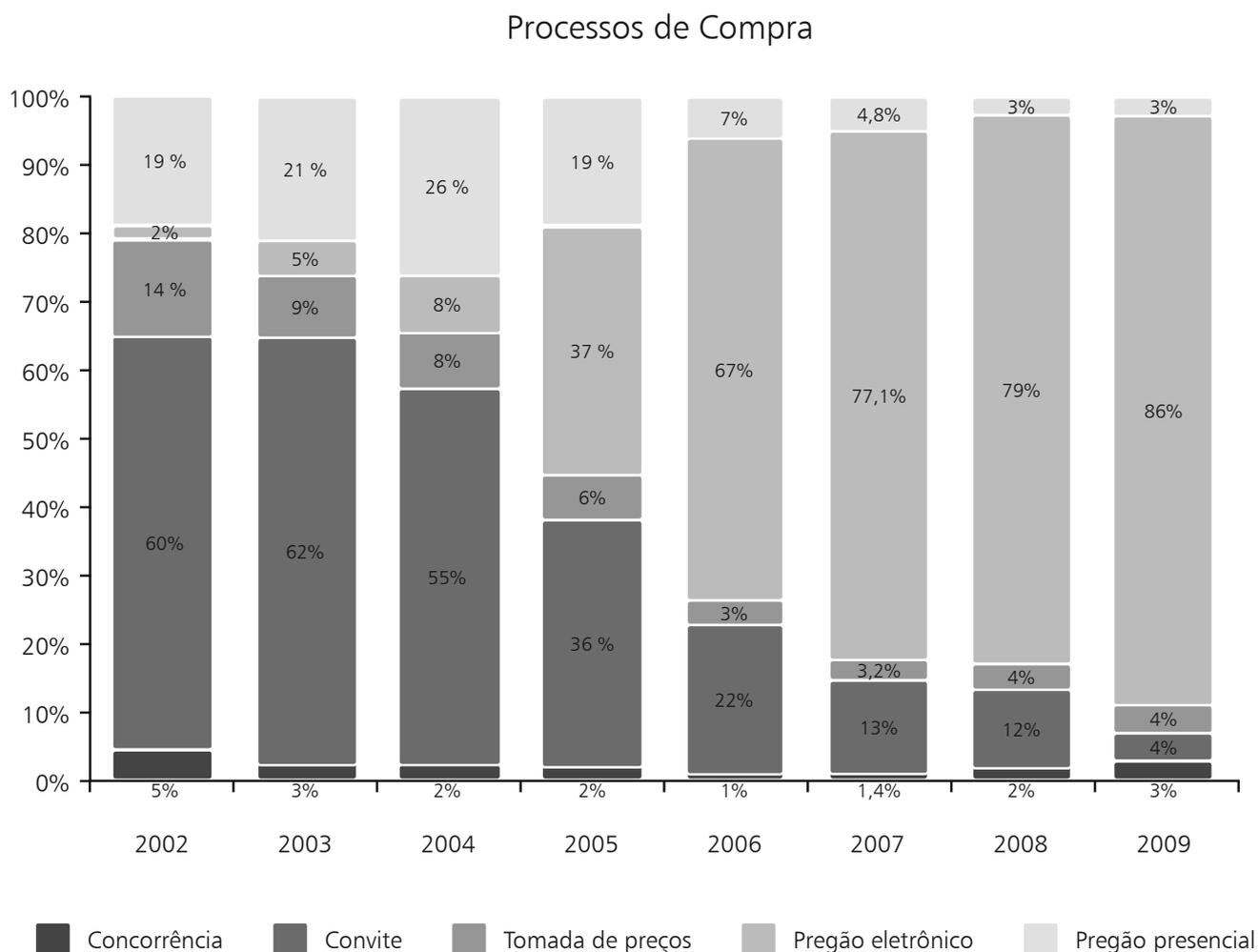
Evolução anual dos processos de compras (conforme as modalidades, excluídas as dispensas, inexigibilidades, tomadas de preço e concorrência por técnica e preço)								
Modalidade de compra	Número de processos de compra							
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Concorrência	1.015	694	739	669	449	556	947	1.373
Concorrência Internacional	83	44	58	84	54	70	50	44
Convite	13.744	16.688	18.800	14.074	10.339	8.177	4.739	1.625
Tomada de preços	3.135	2.443	2.949	2.262	1.428	1.494	1.813	1.759
Concurso	3	4	1	4	5	6	8	16
Pregão Eletrônico	420	1.303	2.677	13.384	27.682	35.676	44.898	47.289
Pregão Presencial	4.290	5.671	9.187	6.792	2.717	2.223	1.670	1.449
<b>Total do Período</b>	<b>22.690</b>	<b>26.847</b>	<b>35.411</b>	<b>37.269</b>	<b>42.674</b>	<b>48.202</b>	<b>54.125</b>	<b>53.555</b>

Fonte: SLTI/MPOG. Dados ref. Sisp e não-Sisp/Siasg

Evidentemente que se o pregão foi com o passar dos tempos ganhando espaço no cenário das modalidades licitatórias, é natural que as denominadas “modalidades tradicionais” (concorrência, tomada de preços e convite) foram perdendo força. Ou seja, ocorreu o óbvio à medida em que o pregão foi se solidificando. Tomada de preços, concorrência e convite foram dando lugar ao pregão (eletrônico e presencial).

Merece lançar olhos na figura 9 (adiante) para verificar o quanto, ano a ano, o pregão foi ganhando seu espaço. Exemplificativamente, tenhamos como referência dessa evolução de que falamos o pregão eletrônico: 2%, em 2002, 5% em 2003, 8% em 2004, 37% em 2005 (lembramos do Decreto n° 5.450/2005), 67% em 2006, 77% em 2007, 79% em 2008 e 86% em 2009).

Figura 10 - Evolução anual da participação do número de processos segundo as modalidades



(Fonte: SLTI/MPOG. Sisg/Siasg. Excluídas as dispensas, as inexigibilidades, concorrência e tomada de preço por técnica e preço).

Vejamos outros resultados importantes envolvendo o pregão.

**Ainda em relação ao pregão eletrônico, foi observada a evolução da economia gerada pelo uso do mesmo em relação ao valor de referência, neste caso tomando como base o período de 2005 a 2009. Nesse contexto, a economia média ficou em torno de R\$ 3,1 bilhões (21%) e acumulou um aumento de 237% de 2005 a 2009. Além disso, no ano de 2009 os cofres públicos economizaram cerca de 21% (R\$ 5,5 bilhões) nas compras governamentais quando realizadas por pregão eletrônico.<sup>33</sup>**

Os bens comuns mais comprados por pregão eletrônico pertencem ao grupo Equipamento para processamento automático de dados, (incluindo firmware), software, acessórios e equipamento de suporte, que respondeu por 16% (R\$ 2,4 bilhões) do valor total gasto nessas compras. Por outro lado, no caso dos serviços comuns, o grupo mais significativo foi o de "Outros serviços de suporte" que representou 15% (R\$ 785,3 milhões) dos valores despendidos na contratação desses serviços.

Finalizando a apresentação dos resultados, observou-se também a **evolução da economia gerada** pelo uso do pregão presencial em relação ao valor inicial das propostas, agora tomando como base o período compreendido entre os anos de 2003 a 2009.

**No pregão presencial a economia média foi de R\$ 483,7 milhões (12%), tendo uma variação acumulada de 38,7% no período de 2003 a 2009. Quanto ao ano de 2009, a economia gerada ao Governo pela utilização do pregão presencial nas compras públicas foi de 436,4 milhões (14%).”<sup>34</sup>**

A potencialização do pregão repercutiu não apenas no setor público, como dissemos. E também reverberou no Mercado.

O Licitacoes-e conta atualmente com **mais de 2.500 “compradores”** (Unidades Administrativas). São mais de 530 municípios (Porto Alegre, Campinas, Salvador, Vitória, Santos, Recife, Natal, Aracaju, Belo Horizonte, Ribeirão Preto) com acesso ao serviço, o próprio BB, 16 estados (AL, AM, AP, BA, CE, ES, MT, PR, PE, PI, RJ, RN, RS, RO, SE e SC), dezenas de tribunais judiciários, fundações, hospitais e empresas públicas (ECT, Furnas, Infraero, Chesf), dentre outros.

E, esse mesmo Portal, apresenta **125.000 fornecedores** aptos a ofertar produtos e serviços aos entes compradores. Mensalmente são cadastradas 3 mil novas empresas (fornecedores).

Dados do Governo Federal (SLTI/MPOG) mostram, de outra parte, que o **“número de fornecedores está concentrado nas regiões Sudeste (37%) e Nordeste (20%), de forma mais representativa nos estados de São Paulo (14%), Rio de Janeiro (12%), Minas Gerais (10%) e Rio Grande do Sul (9%). A evolução desse número no período de 2002 a 2009 mostrou que os micro fornecedores vem aumentando sua participação ao longo do mesmo, passando de 46.541 (27%) em 2002 para 134.362 (35%) em 2009, o que representa um crescimento real de 189%. Nesses anos, o número médio desses fornecedores ficou em torno de 78.743 com uma participação média de 30%.**

Quanto aos pequenos fornecedores, estes tiveram uma participação menor ao longo desses anos. Em média, esses negócios representaram 24% (60.356) dos fornecedores cadastrados do governo, passando de 44.576 em 2002 para 75.965 em 2009, com um crescimento real de 70%.

Por fim, os outros fornecedores também apresentaram uma participação sem grandes variações percentuais. Representavam em 2002 cerca de 47% (81.024) do total de empresas que forneciam para o governo, respondendo por 46% (175.788) desse total em 2009. Entretanto, esse aumento representou um crescimento real de 117%.<sup>35</sup>

Vê-se, assim, que os números expostos mostram toda a magnitude do pregão e das plataformas tecnológicas em que ele se materializa.

Não podemos nos esquecer de que o ambiente eletrônico permite não apenas a realização de pregões, mas também de outros procedimentos que fazem papel idêntico. Referimo-nos às “cotações eletrônicas” ou “aquisições eletrônicas” outras que não o pregão.

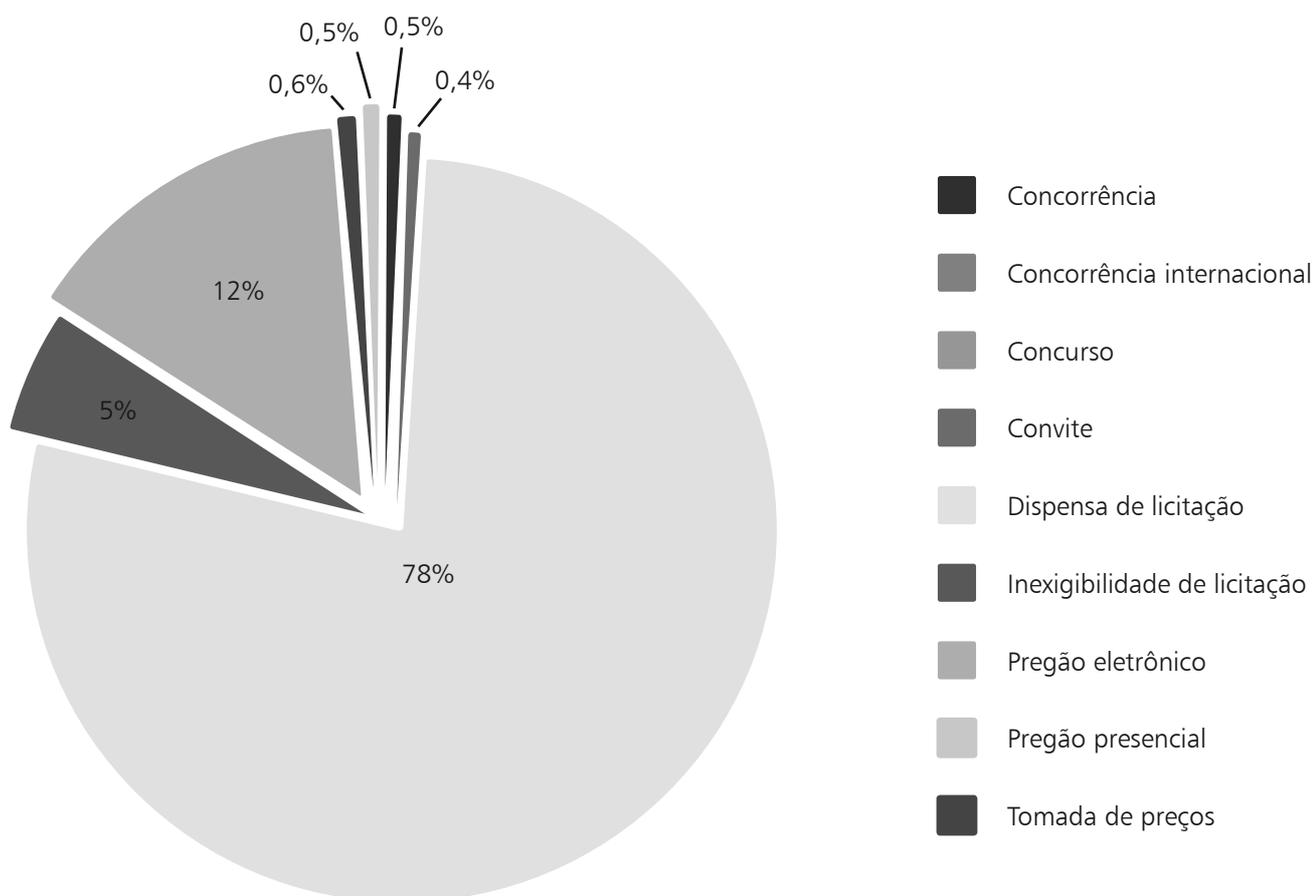
Para que compreendamos o assunto, há que se lembrar que o universo das contratações diretas sem licitação (e das inexigibilidades) é amplíssimo.

Em se tratando de aquisições governamentais, os dados nos mostraram que **“em número de processos de compra a dispensa de licitação é a modalidade mais utilizada pelas Unidades de Administração e Serviços Gerais - UASG 235.688 processos (81%), enquanto que em relação ao valor de compra o pregão eletrônico é a forma mais empregada para aquisição de bens e/ou contratação de serviços (41%), correspondendo a R\$ 20,5 bilhões”**.<sup>36</sup>

Vale visualizar esse cenário:

Figura 11 - Demonstrativo das dispensas e inexigibilidades

### Processos de Compra



Fonte: SLTI/MPOG – Sisd/Siasg. Janeiro a dezembro de 2009

Dos quase 300 mil processos de aquisições, as dispensas refletem mais de 235 mil. Ou seja, mais de 80% (oitenta por cento) das compras levadas a efeito<sup>37</sup>.

Número de processos de aquisições segundo a modalidade 2009 (jan-dez) (*) vide figura 5		
Modalidade	Processos de compra	Valor de compra
Concorrência	1.443	14.135.171.674,85
Concorrência Internacional	46	968.713.110,71
Concurso	16	987.197,81
Convite	1.520	68.219.111,12
Dispensa de Licitação	235.688	5.399.712.320,25
Inexigibilidade de Licitação	15.838	5.824.096.648,18
Pregão Eletrônico	34.342	20.471.916.665,42
Pregão Presencial	1.091	2.740.335.020,74
Tomada de Preços	1.719	628.707.031,16
<b>Total</b>	<b>291.703</b>	<b>49.730.106.817,32</b>

Fonte: SLTI/MPOG

Em suma, o pregão mostrou que é uma excelente ferramenta de aquisições públicas e as plataformas eletrônicas respectivas foram muito além do esperado porquanto edificaram estruturas pautadas pela transparência, isonomia, legalidade, lisura e, sobretudo, economicidade, celeridade e segurança.

Enfim, a evolução anual dos processos de pregão eletrônico e os respectivos valores contratados dão a mostra exata do quanto já se fez e do quanto ainda se fará pela via dessa modalidade:

Evolução anual do número de processos e do valor de aquisições feitas por pregão eletrônico - 2005 a 2009 (janeiro a dezembro) Valores corrigidos pelo IPCA dessazonalizado		
Ano	Número de processos de compra	Valor de compra
2002	420	128.141.632,91
2003	1.303	279.563.138,14
2004	2.677	745.392.699,69
2005	13.384	4.825.972.274,37
2006	27.682	14.500.367.970,29
2007	35.676	20.178.757.753,61
2008	44.898	19.183.982.661,78
2009	47.289	27.388.159.162,24
<b>Média</b>	<b>21.666</b>	<b>10.903.792.161,63</b>

Fonte: SLTI/MPOG

De fato, há alguns poucos anos quatro centenas de pregões (eletrônicos) eram realizados para adquirir bens e serviços comuns cujos valores de contratações resultavam em não mais do que R\$ 129 milhões. Em 2009, ao reverso, mais de 47 mil procedimentos são realizados para contratar valores que superam os R\$ 27 bilhões.

E não nos esqueçamos de que o quadro acima mostra apenas aqueles pregões eletrônicos realizados através do Portal Comprasnet.

Num cálculo simples, para finalizar, devemos somar aos 47 mil procedimentos, outros 52 mil realizados no Portal Licitacoes-e (Banco do Brasil). Totalizam eles, apenas em 2009, mais de R\$ 42 bilhões.

Esses números mostram a grandiosidade do tema e a necessidade de a ele se dispensar – sempre – os cuidados necessários.

## 6. FENÔMENOS DO TIPO *HERD TRACKING* FORAM FUNDAMENTAIS PARA O SUCESSO DO PREGÃO

Acreditamos que nessa primeira década de pregão, alguns fenômenos foram importantes para a consolidação do instituto.

Pareceu-nos facilitada a **assimilação do procedimento** do pregão (em suas linhas mestras) pelo setor destinatário (Administração e mercado). A adoção de uma ritualística mais razoável (sumária, com fases invertidas, e concentrada) foi preponderante para isso.

Curiosidade ocorreu, no entanto, no tocante às **possibilidades do objeto** cuja configuração foi trazida pela nova moldura. Ou, noutras palavras, o que – enfim – poderia ser licitado por pregão?

Desde a MP 2.026/00, em sua primeira edição, licita-se por pregão **bens e serviços comuns**. É o que sempre disse a norma ditada pelo Executivo ou aquela proveniente do Legislativo, por conversão. O objeto do pregão são (sempre foram), em resumo:

- Bens e
- Serviços

Mas, desde que qualificados de **comuns**. Ou seja, objeto do pregão é o bem comum ou o serviço comum.

Em pouco tempo surgiram dúvidas sobre os **serviços de engenharia** e alguns **bens** que apresentam características específicas (helicópteros, ambulâncias, etc.).

A **comunidade jurídica** em sua maioria (incluindo o Tribunal de Contas da União) deu

um **giro de 360°** (trezentos e sessenta graus) e, após **idas e vindas**, tornou à estaca inicial para compreender que o **qualificativo do serviço** (que tomamos como exemplo) **é o ser comum e não o ser de engenharia**.<sup>38</sup>

E esse entendimento atual (que desde sempre foi o nosso) impera novamente e não mais traz dúvidas a quem quer que seja. É dizer, o pregão abarca a vasta imensidão de objetos do nosso dia-a-dia. E esse foi mesmo o espírito que norteou a sua criação.

Não obstante, persiste a problemática em se desvendar – por outro lado – **o que é de fato o serviço de engenharia, a ponto de distingui-lo de uma obra de engenharia?** A pergunta é oportuna porque a obra em si remete para um domínio de **impossibilidade** diante do cenário legal vigente, muito embora a tendência seja **evoluir nesse setor** para admitir tal objeto no domínio do pregão.<sup>39</sup>

A fluidez e a plasticidade conceitual do objeto do pregão são verificáveis de modo casuístico e hoje o setor bem convive com essa dinâmica que é, antes de tudo, relativa ao mercado de fornecedores.

## 7. PERSPECTIVAS

O absoluto sucesso do pregão é uma experiência que o Brasil está vivenciando aos poucos.

Se é certo, de um lado, que há aquilo que denominamos de “obrigatoriedade relativa”<sup>40</sup> no tocante à utilização dessa ferramenta, é também correto que o passar do tempo se incumbirá de mostrar que **“a não utilização do pregão, sem qualquer justificativa plausível, é conduta passível de sujeitar o gestor às sanções respectivas porque as demais modalidades não permitem (como regra) a obtenção de ótimos resultados quando da contratação de bens e de serviços comuns”**.

Ou seja, se o pregão se mostra (e se demonstra) como sendo uma ferramenta propiciadora de bons resultados e catalisadora de valores prestigiados pelo sistema normativo (eficiência, competitividade, celeridade, economicidade, isonomia, publicidade, etc.) não concebemos possa o gestor (ou autoridade responsável) desdenhar a sua utilização em detrimento

de outra via que não detenha tais atributos. É aí que entendemos possa até mesmo haver responsabilização do agente público acaso não se justifique previamente alinhavando os motivos pelos quais abandonou o melhor caminho.

De outra parte, entendemos que a maturação decorrente da passagem do tempo se incumbirá de fazer com que a assimilação desse instituto se dê com maior ênfase em todas as estruturas orgânicas da nossa federação. Sabemos todos que há muitas “unidades gestoras de orçamentos públicos” (falamos em “gênero” para nos referir a todas aquelas unidades administrativas que licitam) que ainda não se deram conta da importância do tema. Seja por descuido próprio, por desconhecimento das regras, ou por simples gestão irresponsável deliberada. Mas estamos falando de uma década, no interior de um cenário onde o controle da Administração Pública ainda é mais formal do que efetivo.

De qualquer sorte, todos sabemos também que há modificação formal a ser feita na sistemática da Lei Geral de Licitações (Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional). A nova estrutura dará ao pregão mais robustez vez que abarcará (segundo o Projeto atual) até mesmo as “obras públicas”.

Notamos, todavia, que mesmo a despeito de vindouras modificações no regime licitatório estas em nada alterarão as ritualísticas já incorporadas nas rotinas da Administração Pública. Os problemas persistirão, não temos dúvidas, em torno da etapa interna (ou preparatória) onde incluímos a indispensável necessidade de se dotar o instrumental humano de todos os meios (estruturais e intelectuais) para que possa bem se ocupar dos respectivos procedimentos.

Mas, enfim, temos motivos de sobra para comemorar esses 10 anos de pregão. E com a mesma alegria que comemoramos há uma década aquela aquisição de três simples veículos no ano de 2000 (Comprasnet).

Creemos por tudo que o futuro breve é muito favorável ao Setor.

## NOTAS

- 1 O usuário foi o próprio Banco do Brasil. Fonte: Licitacoes-e.
- 2 Em 2000, à época da Medida Provisória do Pregão (nº 2.026/00) já estávamos envolvidos em dois grandes projetos. Um, editorial, que resultaria na primeira publicação sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – no Brasil. Escrevemos esse livro em co-autoria com os Professores Carlos Motta, Jorge Jacoby e Léo Alves. O outro projeto, educacional, nos levou a todos os Estados da Federação brasileira no intuito de disseminar a LRF perante as Cortes de Contas do Brasil. E assim fizemos na honrosa companhia dos Professores Carlos Motta, Luciano Ferraz e do então Presidente da Atricon (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil), Conselheiro Moura e Castro (do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais). Desde então disseminávamos o pregão como um “instrumento de gestão” direcionado às aquisições governamentais, como fazemos questão de enfatizar sempre.
- 3 A instituição formal do pregão, enquanto modalidade de licitação, destinada à Administração Pública em geral se deu com a edição da Medida Provisória 2.026, em maio de 2000. Anteriormente a isso, há a experiência da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – não está sendo considerada por nós a despeito das similitudes procedimentais.
- 4 Não resistimos à tentação de elaborar uma (agradável) ligação (metafórica) do que se fala com a arte. E, no particular, recordamos do “Surgimento da compreensão” tal qual posto em Osmo Rauhala (Publicação do Museu de Arte Moderna – MAM, Rio de Janeiro, 2009): “Por que a arte existe na vida humana? Ninguém sabe exatamente. Tampouco sabemos porque sonhamos ou como será o tempo daqui a um mês. A ciência consegue nos fornecer o modelo para vários fenômenos, mas esta também não define como as leis da natureza surgiram e qual será o destino de tudo. Exista ou não a teoria total da explicação de tudo, tão sonhada pela ciência, os fenômenos da vida se inter-relacionam. A condição do tempo, tempo de dormir dos humanos, previsões sobre as necessidades energéticas, preferências estéticas das pessoas ou um fator ainda mais sensível pode conduzir a economia mundial. O mecanismo não é novo mas se aciona a cada ano. (...) A compreensão é a peça central do nosso instinto de sobrevivência. O instinto conduz as nossas decisões, seja sobre o ato de beber água, ultrapassar o carro da frente ou investir em ações. A tomada de decisões corretas demonstrará, ao longo do tempo, se nós, nossos descendentes e a espécie humana se preservarão no planeta. Se compreendermos a informação obtida na realidade ao nosso redor, as possibilidades são boas. Porém, isto requer a manutenção de nossos instintos saudáveis e atentos”. (p. 16).
- 5 Há dezenas de plataformas “aptas” ao cumprimento das normas de incidência. Há inúmeras, no entanto, que se arriscam a transitar em terreno vulnerável. Em nossa avaliação, estamos considerando (por motivos metodológicos) o Comprasnet e o Portal do Banco do Brasil.
- 6 No caso, simultaneamente **expectadora**.
- 7 Referimo-nos diretamente àqueles valores constitucionais inscritos na Ordem Econômica e na Organização do Estado (artigos 37 e 170, especialmente, da Constituição Federal de 1988).

- 8 “Uma nova modalidade de licitação denominada de pregão foi criada para a aquisição de bens de serviço comuns. A Medida Provisória (MP) 2026, publicada hoje no Diário Oficial (D.O), tem como objetivo aperfeiçoar o regime das licitações dentro do Programa de Redução de Custos na Aquisição de Bens, Obras de Serviço, integrante do Plano Plurianual (PPA) 2000/2003. O pregão permite a confrontação direta entre os interessados, com lances verbais sucessivos até a proclamação do vencedor. Essa modalidade de licitação já acontece na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que tem conseguido reduções de cerca de 22% entre os preços iniciais e finais. O governo espera, se mantida a média de redução de preços da ordem de 20%, economizar cerca de R\$ 440 milhões por ano com a adoção do pregão no âmbito da administração federal direta, nas autarquias e fundações. Poderão ser adquiridos por meio dessa modalidade de pregão bens de serviço comuns - cujos padrões de desempenho de qualidade possam ser objetivamente definidos por edital. Nessa categoria estão incluídos bens como peças de reposição de equipamentos, mobiliário padronizado, combustíveis, material de escritório e serviços tais como limpeza, vigilância, conservação, locação, além de manutenção de equipamentos, agenciamento de viagens, vale-refeição, bens de serviço de informática, transporte e seguro-saúde. Para participar do pregão, será necessário encaminhamento prévio da proposta escrita de preço. Também será permitido o uso da Internet como veículo para a divulgação e realização dos procedimentos dessa modalidade de licitação. De acordo com a nota publicada no D.O, a documentação será simplificada. As certidões de regularidades exigidas na Lei 8666 poderão ser substituídas por declaração firmada pelo licitante, devendo ser apresentada apenas na celebração do contrato” (Gazeta Mercantil, InvestNews, 5 de maio de 2000).
- 9 Para saber mais sobre o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e as repercussões da Lei Complementar nº 123/06 nas licitações e contratações públicas, consulte monografia que escrevemos em co-autoria com o Professor Edgar Guimarães (Santana, Jair Eduardo. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06* / Jair Eduardo Santana, Edgar Guimarães; prefácio Benjamin Zymler. 2. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009).
- 10 Fonte: SLTI/MPOG.
- 11 Sobre “empate ficto” e demais temas relacionados aos 6 (seis) benefícios conferidos às MPE’s (micro e pequenas empresas), consulte o nosso *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06 (op. cit.)*.
- 12 Fonte: SLTI/MPOG.
- 13 Fonte: SLTI/MPOG.
- 14 Merece destacar a Mensagem nº 110 do Congresso Nacional (Diário Oficial da União – DOU – de 30.07.2002) para retificação do artigo 8º da Lei nº 10.520/02.
- 15 Fenômeno que atua também no plano da Constituição Federal. Até 5 de fevereiro de 2010, tínhamos 70 (setenta) emendas constitucionais (sendo 64 emendas que se somam às 6 outras ditas de “revisão”).
- 16 Ainda hoje é habitual a divulgação de dados estatísticos do pregão com destacada ênfase para a economia gerada pelo procedimento. Em nosso *Pregão Presencial e Eletrônico – Sistema de Registro de Preços – Manual de Implantação, Operacionalização e Controle* (3ª. Ed., Belo Horizonte: Editora Fórum) apresentamos uma dimensão que pode ser perversa ao mercado e à Administração Pública decorrente da desenfreada e irracional busca por menores preços.
- 17 Sempre preferimos utilizar a expressão **menor melhor preço** em lugar de **menor preço** para não dar a impressão de que este deve ser obtido em detrimento da qualidade de bens e de serviços contratados.
- 18 Bahia, Paraná, São Paulo, Sergipe, dentre outros tantos.
- 19 Prazo existente entre a publicação dos avisos (imprensa e internet) e a realização da sessão pública.
- 20 Há diferenças abissais entre o **credenciamento** realizado no pregão presencial e aquele que é relativo ao pregão eletrônico.
- 21 Convocamos o leitor para o estudo aprofundado que fizemos em 2009 sobre o tempo aleatório (ou randômico) e o tempo de prorrogação automática no pregão eletrônico. Demonstramos a necessidade do pregoeiro dominar as categorias fundamentais do “tempo de encerramento da disputa”, tema que se contrasta com a vantajosidade buscada no procedimento e se traduz num dos vetores dirigentes da escolha do vencedor (*Tempo aleatório – ou randômico – ou prorrogação automática?* Revista O Pregoeiro. Curitiba: Editora NP, março de 2009, Edição Especial).
- 22 Preço, valor e custo são realidades inconfundíveis. Para saber mais, veja o nosso *Termo de Referência e valor estimado nas licitações*. 2a Ed., revista e ampliada. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2010.



- 23 Ato **passíveis de recurso**, por evidência. A propósito, confira o nosso *Pregão presencial e eletrônico – Sistema de Registro de Preços – Manual de Implantação, operacionalização e controle*, onde cuidamos do assunto em profundidade. Em nosso site pessoal ([www.jairsantana.com.br](http://www.jairsantana.com.br)) o leitor poderá encontrar artigos específicos sobre o tema **recurso no pregão**.
- 24 Até onde sabemos, ainda somos quem publicou a única obra sobre Termo de Referência no Brasil (*Termo de Referência e valor estimado na contratação pública*. 2ª Edição, 2010, Curitiba, Editora Negócios Públicos). É antiga a nossa preocupação com a **etapa antecedente da sessão pública** porque, dizemos, é no **termo de referência** (ou no **projeto básico**) que encontraremos os **códigos genéticos do objeto que se quer contratar**. Na sessão pública não se altera eventual cenário de patologias existentes na definição do objeto.
- 25 Não confundamos a **obrigatoriedade do pregão** com a **preferência** da utilização da via eletrônica. Na realidade, o pregão eletrônico acaba sendo a trilha obrigatória porque, segundo a norma regente, apenas diante de uma impossibilidade justificada é que o pregão presencial poderá ocorrer. Mas sempre há de se prestigiar essa modalidade de licitação. O seu afastamento injustificado (é nossa tese) importa em ato de gestão antieconômica passível de responsabilização.
- 26 É que o termo **virtual** expressa, segundo sentido ordinário, aquilo que “existe apenas em potência ou como faculdade, não como realidade ou com efeito real”. Ou seja, nunca nos pareceu que ao tratar da virtualidade estivéssemos cuidando de **simulações ou de ficções criadas pelos meios eletrônicos ou por ferramentas da tecnologia da informação**. Longe disso, nesse setor estamos mesmo diante de uma situação real transportada para o ambiente eletrônico.
- 27 Calha-nos indicar como fonte de aprofundamento para pesquisa em E-gov (governança eletrônica) o seguinte estudo (especialmente em razão das dimensões desse interessante projeto): *Benchmarking E-government: A Global Perspective. Assessing the Progress of the UN Member States*. United Nations, Division for Public Economics and Public Administration (EUA, NY, 2001).
- 28 O art. 4o, § 2o do Decreto nº 5.450/05 estatui que “na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica (...)”.
- 29 Recomendamos leitura de *A rulebook for arguments* (Weston, Anthony. Hackett Publishing, 2000) e *Introdução ao pensar. O ser, o conhecimento e a linguagem* (Buzzi, Arcângelo R. 23a Ed., Vozes, Petrópolis, 1995).
- 30 Há um número expressivo de **plataformas eletrônicas** disponíveis para se realizar as aquisições governamentais (confira uma extensa relação em nosso site pessoal: [www.jairsantana.com.br](http://www.jairsantana.com.br) > links). Chegamos a solicitar formalmente dados estatísticos a alguns portais que reputamos expressivos para o cenário brasileiro. Mas até o fechamento deste trabalho (março de 2010) não havíamos obtido retorno.
- 31 Os dados estatísticos aqui fornecidos por vezes consideram período menor que uma década.
- 32 Fonte: SLTI/MPOG.
- 33 A se considerar também as UASG’s “não-Sisg”, esses números se alteram: a economia média fica em torno de R\$ 3,3 bilhões (19%) e o aumento acumulado chega a 562%. Para 2009, a economia média é de cerca de 21% (R\$ 7,4 bilhões). Fonte: SLTI/MPOG.
- 34 Fonte: SLTI/MPOG.
- 35 Fonte: SLTI/MPOG.
- 36 Fonte: SLTI/MPOG.
- 37 Avaliação relativa a 2009. No ano anterior, 2008, a categoria “dispensa” representou 81% (oitenta e um por cento) nessa mesma perspectiva (participação do número de processos e valor de compra segundo as modalidades. A se considerar também os “nao-Sisg”, os números são diferentes: 248.981 processos de dispensa representando total de 78% para a dispensa (Fonte: SLTI/MPOG).
- 38 Confira em nossa obra (*Pregão presencial e eletrônico...; op. cit.*) toda essa discussão em torno dos serviços de engenharia podem ser licitados por pregão? Em nosso site pessoal ([www.jairsantana.com.br](http://www.jairsantana.com.br) > artigos) há trabalho específico sobre o tema.
- 39 Veja o nosso *Obras públicas podem ser licitadas por pregão?*, artigo publicado na Revista Negócios Públicos (Curitiba: Editora Negócios Públicos, março de 2009, p. 31). Também disponível em nosso site pessoal ([www.jairsantana.com.br](http://www.jairsantana.com.br) > artigos).
- 40 Veja-se o nosso *Pregão presencial e eletrônico... (op. cit.)* para melhor compreender o marco regulatório que revela essa relatividade na utilização do instituto.

