

# REVISTA DO TCU

REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO · BRASIL · ANO 41 · NÚMERO 114 · JANEIRO/ABRIL 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*  
Maria Alzira Ferreira, *Subprocuradora-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 114 . JAN/ABR 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**

Benjamin Zymler

É com satisfação que apresentamos o número 114 de nossa revista, relativo ao primeiro quadrimestre de 2009.

Seguindo com o objetivo de divulgar temas relacionados à atuação do Tribunal e à Administração Pública, este número trata tema central para a área de controle externo, que são os contratos e as licitações públicas. Questões relativas à norma e ao Princípio de Reserva Legal são discutidos na distinção entre a imputação de pena de inidoneidade e suspensão legal, assim como na diferenciação de âmbito entre Administração e Administração Pública na aplicação de sanções, apresentando-se também a opinião de famosos juristas sobre o assunto.

A questão da assimetria de informação entre agências reguladoras e empresas prestadoras de serviço no setor elétrico é também discutida em um de nossos artigos. Procura-se entender o âmbito no qual a insuficiência de informação poderá representar irregularidade contratual.

Seria possível conciliar ética e política? O assunto, relevante em face à crescente número de casos de corrupção divulgados pela mídia, também é discutido aqui, seguido de uma análise histórica, filosófica e política. “Direito Tributário” e “Auditoria de Performance” são outros entre os vários temas tratados.

Apresentamos também as seções “Jurisprudência” e “Notícias”, acompanhando a atividade do Tribunal no período.

Esperamos que o leitor tire bom proveito e que possamos contribuir, assim, para o enriquecimento de seus conhecimentos sobre os temas tratados.

Boa leitura.

---

# Sumário

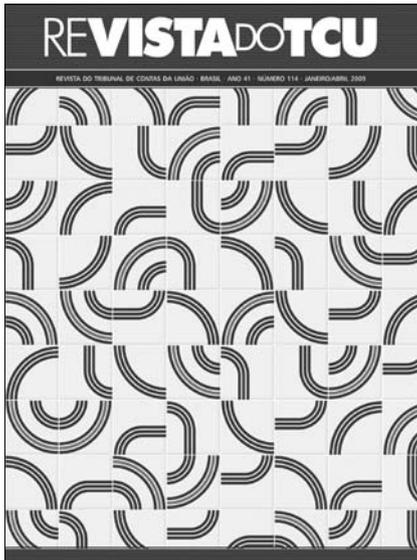
<b>Doutrina</b>	<b>7</b>
<b>Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas</b> Alex Pereira Menezes	<b>7</b>
<b>Assimetria de informação, competição e leilões de energia</b> Alexandre Carlos Leite de Figueiredo	<b>15</b>
<b>A ética na política</b> Ana Cristina Melo de Pontes Botelho	<b>25</b>
<b>Auditoria de Performance – Value for Money (VFM)</b> André Jacintho dos Santos	<b>35</b>
<b>Direito Tributário e Controle Social</b> Antonio Henrique Lindemberg Baltazar	<b>45</b>
<b>Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos</b> Carlos Wellington Leite de Almeida	<b>53</b>
<b>O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da Lei nº 8.666/1993</b> Fernando José Gonçalves Acunha	<b>63</b>
<b>Alterações do Contrato Administrativo: Releitura das Normas de Regência à Luz do Gerenciamento de Riscos, em Gestão Pública Comprometida com Resultados</b> Jessé Torres Pereira Júnior, Marinês Restelatto Dotti	<b>77</b>
<b>Recebimento de Obras e Serviços de Engenharia</b> Marcelo Neves	<b>95</b>
<b>O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?</b> Toshio Mukai	<b>103</b>

---

---

<b>Notícias</b>	<b>109</b>
<b>TCU define participação de estados, municípios e DF na Cide-Combustíveis</b>	<b>109</b>
<b>Governo cria grupo de trabalho para melhorar ensino superior</b>	<b>109</b>
<b>TCU determina licitação de transporte rodoviário</b>	<b>110</b>
<b>Tempo de atividade rural: STF consolida entendimento do TCU</b>	<b>110</b>
<b>Rede de Controle vai fortalecer combate à corrupção</b>	<b>111</b>
<b>TCU define regras para troca de informações em ações de controle</b>	<b>111</b>
<b>TCU constata falhas no ProUni e Fies</b>	<b>112</b>
<b>TCU é convidado a participar de projeto da Câmara para a Copa 2014</b>	<b>112</b>
<b>TCU aponta falhas em benefício para idosos e deficientes</b>	<b>113</b>
<b>Manifestações dos cidadãos geram economia de R\$ 74 milhões aos cofres públicos</b>	<b>114</b>
<b>ANS deixa de cobrar R\$ 3,8 bilhões de planos de saúde</b>	<b>114</b>
<b>Atuação do TCU gera benefício de R\$ 31,9 bi em 2008</b>	<b>115</b>
<b>Jurisprudência</b>	<b>116</b>
<b>Índice de Assunto</b>	<b>120</b>
<b>Índice de Autor</b>	<b>126</b>
<b>Endereços do TCU</b>	<b>127</b>

---



A

A capa desta edição retrata detalhe do painel de azulejos de Athos Bulcão instalado no edifício de três pavimentos em que funciona o restaurante do TCU e que integra o complexo arquitetônico projetado por Oscar Niemeyer, inaugurado em 1998, juntamente com os dois prédios anexos ao edifício-sede.

Cada um dos edifícios anexos conta com seis pavimentos e instalam diversas assessorias, unidades técnicas e secretarias.

O edifício-sede foi planejado por Renato C. Alvarenga e inaugurado em 1975, com projeto paisagístico de autoria de Roberto Burle Marx e abriga os gabinetes de ministros e demais autoridades da Casa, algumas assessorias e unidades técnicas da Secretaria do Tribunal, o Museu do TCU, o Espaço Cultural Marcantonio Vilaça, a Biblioteca Ministro Ruben Rosa e o Auditório Ministro Pereira Lira.

O Instituto Serzedello Corrêa situa-se na Asa Norte, em Brasília e as Secretarias Regionais de Controle Externo nas capitais dos estados.

## Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas

Alex Pereira Menezes

### 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666/1993, instituidora das normas sobre licitações e contratos da Administração Pública, autoriza a aplicação de sanções administrativas, no caso de inexecução total ou parcial do contrato, desde que garantida a prévia defesa. É possível imputar: advertência; multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato (sendo esta possível em concomitância às demais sanções); suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição, ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após o prazo da sanção de suspensão.

A suspensão temporária e a declaração de inidoneidade poderão ser impostas, também, às empresas e aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei, sofreram condenação definitiva por praticarem, com meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; ou demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Clama por pacificidade, outrossim, a discussão sobre o âmbito de incidência da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade, subsistindo controvérsias doutrinária e jurisprudencial. A suspensão incide sobre a 'Administração', enquanto que a inidoneidade (cuja competência exclusiva é do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso) reflete na 'Administração Pública'. No entanto, com frequência, esses termos são usados como sinônimos, o que, indubitavelmente, oculta a diferença entre eles.

### 2 A LEI DAS LICITAÇÕES

Para o legislador, os termos 'Administração' e 'Administração Pública' possuem conotações diferentes, consoante se depreende da leitura do art. 6º da Lei nº 8.666/93.

Alex Pereira Menezes é servidor da Controladoria-Geral da União no Estado de Sergipe. É graduado em Tecnologia em Processamento de Dados e em Ciências Contábeis pela Universidade Tiradentes (UNIT) e pós-graduado em Estatística pela Universidade Federal de Sergipe (UFS)

O inciso XI do supracitado artigo conceitua 'Administração Pública' como

a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas, [enquanto que o inciso seguinte define 'Administração' como] órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

Destarte, a expressão 'Administração' restringe-se ao órgão ou entidade que realiza a licitação ou que celebra o contrato, e 'Administração Pública' corresponde ao universo dos órgãos ou entidades integrantes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em termos práticos, aquele que é declarado inidôneo não poderá contratar com a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto que ao suspenso temporariamente fica-se vedada a sua contratação pela entidade que impôs esta sanção, até que elididos os motivos determinantes.

Convém registrar que a legislação federal das licitações alarga os efeitos da declaração de inidoneidade aos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios por força da competência privativa da União, encartada no inciso XXVII, art. 22, da Constituição Federal, em legislar sobre

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.

Nesse esteio, torna-se obrigatório assentar que, ao fazer alusão à expressão 'Administração Pública', a Lei das Licitações alcançará os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o Ministério Público, quando do exercício de suas funções administrativas de licitar e contratar. Não restando, portanto, qualquer violação à independência e separação dos poderes, haja vista à supracitada competência constitucional privativa da União.

## 2.1 A LEI DO PREGÃO

Em 17 de julho de 2002, novamente se utilizando de sua competência constitucional privativa, a União sancionou a Lei nº 10.520, instituindo, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação denominada Pregão.

Consoante preceitua o seu art. 7º

quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal **ou** Municípios e, será descredenciado no Sicafe, **ou** nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. **[grifos do autor]**

Ao empregar a conjunção alternativa 'ou' no teor do art. 7º – seccionando as esferas governamentais e, ainda, o SICAF dos demais sistemas de cadastramento de fornecedores –, o legislador não trouxe a clareza necessária à sua redação, permitindo inferir que a sanção administrativa do impedimento de licitar e contratar deverá incidir no âmbito de apenas uma esfera governamental (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios). Com uma interpretação lógico-sistemática, entende-se que a incidência estará condicionada à esfera a qual se submete a entidade sancionadora.

Ora, se o infrator for descredenciado do SICAF ou nos sistemas semelhantes de cadastramento de fornecedores mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios (inciso XIV do art. 4º), os órgãos públicos que se utilizam do respectivo sistema (federais ou estaduais ou distritais ou municipais), notadamente, não permitirão a participação do descredenciado em seus certames licitatórios e impedirão a sua contratação pelo Poder Público local.

De outro modo ao disposto na Lei nº 8.666/1993, a Lei do Pregão remeteu a um âmbito de incidência distinto das expressões 'Administração' e 'Administração Pública', pois, para esta, o impedimento de licitar e contratar está adstrito a todo o aparato administrativo integrante de uma única esfera governamental.

Caso o legislador fizesse proveito da conjunção aditiva 'e' ao invés da alternativa 'ou' no corpo do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, não restariam dúvidas de que se estaria referindo ao conceito fixado na Lei das Licitações para 'Administração Pública'.

### 3 CONTROVÉRSIAS

Não obstante a cristalina diferenciação legal, o operador do direito, em vista de controvérsias jurisprudencial e doutrinária, não deverá sentir-se seguro em acatar, de maneira literal, os conceitos preconizados nos incisos XI e XII, art. 6º, do Diploma Legal das Licitações, quando da apreciação dos casos concretos de imposição de sanções administrativas.

Com efeito, Marçal Justen Filho entende que “a pretensão de diferenciar 'Administração Pública' e 'Administração' é irrelevante e juridicamente risível”<sup>1</sup>.

O ilustre autor esclarece:

#### 14) A Suspensão Temporária e a Declaração de inidoneidade

As sanções dos incs. III e IV são extremamente graves e pressupõem a prática de condutas igualmente sérias.

##### 14.1) Distinção entre as figuras dos incs. III e IV

[...]Não haveria sentido em circunscrever os efeitos da “suspensão de participação em licitação” a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar “suspense”. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa <sup>2</sup>.

Com uma interpretação bastante inovadora, o mestre Hely Lopes Meirelles assevera que

a suspensão temporária pode restringir-se ao órgão que a decretou ou até mesmo a uma determinada licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou<sup>3</sup>.

E, continua lecionando:

constituindo a declaração de inidoneidade uma restrição a direito, só opera efeitos relativamente à Administração que a impõe. Assim, a sanção aplicada pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com órgãos e entidades de cada um desses entes estatais, e, se declarada por repartições menores, só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subalternos<sup>4</sup>.

Diametralmente oposto, porém atento às definições insertas na Lei das Licitações, Celso Rocha Furtado ensina que:

a suspensão temporária somente é válida e, portanto, somente impede a contratação da empresa ou profissional punido durante sua vigência perante a unidade que aplicou a pena; a declaração de inidoneidade impede a contratação da empresa ou profissional punido, enquanto não reabilitados, em toda a Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta<sup>5</sup>.

Entendimento compartilhado pelo professor Floriano Azevedo Marques Neto:

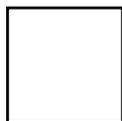
E aqui reside justamente o eixo do argumento: entendessemos nós que a suspensão e a inidoneidade, ambas, têm o mesmo âmbito de consequências, e chegaríamos ao absurdo de tornar as duas penalidades indiferenciadas. Sim, porque ambas possuem uma consequência comum: impedem que o apenado participe de licitação ou firme contrato administrativo. Se desconsiderarmos as diferenças de extensão que ora sustentamos, perderia o sentido existirem duas penalidades distintas. Afinal ambas teriam a mesma finalidade, a mesma consequência e o mesmo âmbito de abrangência. Estaríamos diante de interpretação que leva ao absurdo<sup>6</sup>.

Por fim, abrilhantam as considerações doutrinárias expendidas por Jessé Torres Pereira Júnior:

A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública. [...] Por conseguinte, sempre que artigo da Lei nº 8.666/93 referir-se a Administração, fá-lo-á no sentido do art. 6º, XII. E quando aludir a Administração Pública, emprega a acepção do art. 6º, XI.

Segundo o art. 87, III, a empresa suspensa do direito de licitar e de contratar com a 'Administração' está impedida de fazê-lo tão-somente perante o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que esta é a definição que a lei adota. O mesmo art. 87, IV, proíbe a empresa declarada inidônea de licitar e de contratar com a 'Administração Pública', vale dizer, com todos os órgãos e entidades da Administração pública brasileira, posto ser esta a definição inscrita no art. 6º, XI. Tanto que o art. 97 tipifica como crime 'admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo', o que abrange todo o território nacional dada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF/88, art. 22, I). E não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa<sup>7</sup>.

Na jurisprudência, menciona-se a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), consubstanciada nos julgamentos de sua 2ª Turma dos Recursos Especiais sob nº 151.567-RJ, em 25 de fevereiro de 2003, e nº 174.274-SP, em 19 de outubro de, cujas ementas dos Acórdãos são descritas:



ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA - LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública<sup>8</sup>.

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido<sup>9</sup>.

#### 4 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

A estrutura do Estado Democrático de Direito tem sua origem na Constituição Federal, norma fundamental para regulamentar as relações sociais e embasar também as disposições de ordem penal. Nesse aspecto, a Carta Magna de 1988 protege as garantias fundamentais advindas com o Princípio da Reserva Legal em seu art. 5º, inciso XXXIX (“não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”), ao exigir conteúdo normativo específico para determinadas matérias.

Por conseguinte, em matéria de natureza penal, exige-se do operador do direito a adoção da interpretação do comando normativo de forma mais restritiva, atendo-se ao Princípio da Reserva Legal. Como a penalidade da suspensão temporária representa uma ordem administrativa de cerceamento de direito (de licitar e de ser contratado), aplicada em caráter punitivo a uma inadimplência, outro não poderia ser o entendimento de que se trata de um comando penal em sentido *lato*. Nessa âncora, a Administração deve ser vislumbrada como órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade suspensiva, sob pena de, em se ampliando esse conceito, criar-se-á hipótese sem previsão legal.

Por similaridade nos argumentos, cabe lembrar a magistral aula de Carlos Maximiliano:

Interpreta-se a lei penal, como outra qualquer, segundo os vários processos de Hermenêutica. Só compreende, porém, os casos que especifica. Não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis, ou lhes aplicar penas. [...] Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade; conseqüentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade. [...] Parecem intuitivas as razões pelas quais se reclama exegese rigorosa, estrita, de disposições cominadoras de penas. As deficiências da lei civil são supridas pelo intérprete; não existem, ou, pelo menos, não persistem, lacunas no Direito Privado; encontram-se, entretanto, entre as normas imperativas ou proibitivas de Direito Público. No primeiro caso, está o juiz sempre obrigado a resolver a controvérsia, apesar do silêncio ou da linguagem equívoca dos textos; no segundo, não; por ser mais perigoso o arbítrio de castigar sem lei do que o mal resultante de absolver o ímprobo não visado por um texto expresso. [...] Escritores de prestígio excluem a exegese extensiva das leis penais, por serem estas excepcionais, isto é, derogatórias do Direito comum<sup>10</sup>.

Caso objetivasse que a suspensão temporária da participação de processos licitatórios fosse estendida a toda Administração Pública, em verdade, o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal.

Ademais, se coincidissem o âmbito das duas sanções, estas seriam idênticas, o que contraria a regra de hermenêutica, segundo a qual devem ser afastadas as interpretações desarrazoadas. A Lei 8.666/1993 ao estabelecer uma diferença em relação ao agente competente para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade, ocasiona que tal sanção repercute de forma mais ampla que a de suspensão temporária.

#### 4.1 EFEITOS *EX-NUNC*

O art. 78 da Lei nº 8.666/1993 relaciona, de maneira exaustiva, os motivos determinantes para rescisão de contratos firmados pelo Poder Público. Em nenhum dos seus dezoito incisos, o artigo em tela aduz que a declaração de inidoneidade motiva à rescisão unilateral dos demais contratos vigentes, avençados com aqueles, posteriormente, declarados inidôneos.

Escorando-se, novamente, no Princípio da Reserva Legal, assenta-se que os efeitos da inidoneidade devem ser imputados a partir da data do ato declaratório, ou seja, suas conseqüências não retroagem aos contratos já celebrados ou em execução, excetuando-se, obviamente, o contrato gerador da inidoneidade ou àquele resultante da licitação viciada por alguma infração ocasionadora da declaração. Caso contrário, a empresa, declarada inidônea, sairia impune das infrações cometidas na respectiva contratação.

Este entendimento foi empregado pelo STJ, quando da apreciação, em 14 de maio de 2008, do Mandado de Segurança nº 13.101-DF, cuja ementa do Acórdão segue adiante:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.

2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87e 88).

3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.

4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.

5. Segurança denegada<sup>11</sup>.

Manifestação semelhante já havia sido proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento, em 12 de agosto de 1997, da Apelação em Mandado de Segurança nº 94.01.32238-4/DF, *verbis*:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE - EFEITO SOBRE CONTRATO DECORRENTE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE - APELAÇÃO DENEGADA.

1 - Inexistindo nas normas peculiares às licitações a penalidade de sustação e rescisão de contrato por declaração de inidoneidade em licitação posterior a sua celebração, ilegítimo o ato da Administração que rescinde avença decorrente de procedimento licitatório anterior e em regular execução. (Lei nº 8.666/93, art. 78, I a XVII, e 79, I.).

- 2 - Apelação e Remessa Oficial denegadas.
- 3 - Sentença confirmada.
- 4 - Segurança denegada em parte<sup>12</sup>.

Nesse diapasão, verifica-se que a atribuição da condição *ex-nunc* ao ato declaratório de inidoneidade não significa dizer que os contratos firmados antes da data deste ato sejam imunes à rescisão ou à suspensão em razão de vícios que lhes forem próprios. Os contratos já firmados quando da declaração de inidoneidade, que não foram objeto de análise na aplicação da respectiva punição, permanecem em execução, em virtude do direito adquirido pelo contratado, porém, por força da verificação de motivos legais determinantes de sanções administrativas, não estão isentos de suspensão ou rescisão.

## 5 CADASTRO GERAL UNIFICADO

A ausência de uma ampla e irrestrita publicidade dos atos declaratórios de inidoneidade expedidos pelos órgãos públicos de todo o país, certamente, neutraliza os seus efeitos em outras localidades. Atualmente, os editais licitatórios exigem dos licitantes a apresentação de declaração de que não foram sancionados com atos declaratórios de inidoneidade ou suspensivos, podendo, no caso de falsidade, responder penalmente os declarantes. Como o Poder Público não possui o hábito de proceder averiguações de rotina por não dispor das informações necessárias, na prática, não há consequência para aqueles que prestam declaração

falsa. Como condição essencial para que os efeitos da inidoneidade se façam presentes uniformemente, torna-se necessária a implementação de um cadastro acessível a todos da situação de idoneidade de fornecedores.

Nessa diretriz, a Controladoria-Geral da União (Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal) criou o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas ou Suspensas (CEIS), acessível desde 9 de dezembro de 2008 por meio do Portal da Transparência (<[www.portaltransparencia.gov.br](http://www.portaltransparencia.gov.br)>). Esse banco reuni dados das instituições federais e de unidades da federação que mantêm cadastro próprio sobre fornecedores responsáveis por irregularidades.

Concomitantemente a esse avanço, urge aperfeiçoar as normas gerais sobre licitações e contratos no sentido de tornarem obrigatórios o envio de todos os atos de declaração de inidoneidade e de suspensão imputados e a consulta ao referido cadastro, para fins de habilitação em certames licitatórios e de contratação. Diante disso, reduzir-se-á a possibilidade de atuação de empresas inidôneas na Administração Pública, evitando que um fornecedor que tenha sido declarado inidôneo num determinado município ou estado possa apresentar-se em licitações em outros distritos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As punições administrativas, incutidas na Lei das Licitações, repercutem sobre o poder discricionário do particular em participar de certames licitatórios e de ser contratado pelo Poder Público, preceitos inerentes ao Estado de Direito e aos ideais da ordem econômica. Como enfeixam natureza penal, mister a preservação dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, impondo-se a prevalência da teoria da interpretação restritiva.

*Data venia*, as opiniões emanadas por conceituados mestres careceriam de razoabilidade o fato de alguém ser inidôneo para o governo federal e não o ser para os governos estaduais, distritais ou municipais e vice-versa, como também a interpretação de maneira mais ampla ao âmbito de incidência da punição de suspensão temporária no direito de participar de processos licitatórios, com visível descarte dos conceitos enraizados na própria Lei nº 8.666/1993.

Diante das argumentações trazidas à baila neste artigo, entende-se por possível aferir que o contratado declarado inidôneo assim o será, com a indispensável e geral divulgação, perante qualquer órgão público do país, independentemente da esfera governamental. Enquanto que o suspenso em seu direito de licitar apenas o será perante o órgão ou entidade sancionador.

Finalmente, importante destacar a urgência em normatizar cadastro geral e unificado da situação de idoneidade de fornecedores, tornando, inclusive, obrigatórias a alimentação e a consulta ao banco de dados para fins de habilitação em processos licitatórios e para celebração de contratos, impossibilitando a participação de empresas inidôneas em licitações públicas ou que sejam contratadas pelos órgãos públicos espalhados pelo país.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 13.101-DF, da Primeira Seção. Embargante : União. Embargado : Construtora Gautama Ltda. Relatora : Ministra Eliana Calmon. Brasília, 13 de maio de 2008. Disponível em: [https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=882313&sReg=200702240113&sData=20090525&formato=PDF](https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=882313&sReg=200702240113&sData=20090525&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 151.567-RJ, da Segunda Turma. Recorrente: Santhe Indústria e Comércio de Móveis Ltda. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 23 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199700732487&pv=010000000000&tp=51>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 174.274-SP, da Segunda Turma. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: S Goldberg Ltda. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=174274&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação em Mandado de Segurança no 94.01.32238-4/DF, da Primeira Turma. Apelante: Uniao Federal. Apelado: SO Dutos Ltda. Relator: Desembargador Federal Catão Alves. Brasília, 12 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.trf1.gov.br/processos/processosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.asp?proc=9401322384>.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, n. 03, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. Extensão da declaração de inidoneidade. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1514, 24 ago. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10278>.

#### NOTAS

- 1 JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 105.
- 2 *Ibid.*, p. 605.
- 3 MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 245.
- 4 *Ibid.*, p. 246.
- 5 FURTADO. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 451.
- 6 MARQUES NETO. *Boletim de Licitações e Contratos: Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade*, p. 130-134.
- 7 PEREIRA JÚNIOR. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. p. 798-799.
- 8 REsp 151567/RJ.
- 9 REsp 174274/SP.
- 10 MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 261-263.
- 11 MS 13. 101/DF.
- 12 AMS 94.01.32238-4/DF.

# Assimetria de informação, competição e leilões de energia

Alexandre Carlos Leite de Figueiredo

## 1. INTRODUÇÃO

A década de 90 no Brasil foi caracterizada por uma profunda reestruturação do aparato administrativo do Estado, marcada por uma reorientação político-administrativa, na qual os entes governamentais intensificaram o uso de mecanismos de delegação de atividades até então assumidas de maneira quase que exclusiva pelo aparelho estatal. Nesse diapasão e especialmente após a edição da Lei nº 8.987/1995, instrumentos como a concessão, a permissão e a autorização foram amplamente utilizados como formas de delegação, à iniciativa privada, da execução de serviços de titularidade estatal<sup>1</sup>. Nesse sentido, uma grande quantidade de agentes privados passou a explorar atividades cuja prestação, ainda naquele momento, era monopolizada pelo poder público.

A partir das privatizações das empresas estatais e das delegações da exploração de serviços públicos à iniciativa privada, implantou-se um novo modelo, em bases legais<sup>2</sup>, em que o Estado passou a regular<sup>3</sup> a prestação desses serviços, em vez de ser o provedor direto deles.

A criação das agências reguladoras insere-se nesse contexto de mudança do papel do Estado, no qual a administração pública redefine sua gerência, suas responsabilidades e sua relação com vários setores da economia. As agências são concebidas como entidades, ao menos teoricamente, menos suscetíveis a interesses políticos ocasionais, capazes de promover uma regulação contínua e coerente, que não incorra em problemas de continuidade devido às mudanças de governo. O objetivo foi a criação de um ambiente estável e seguro, que permitisse a atração de investimentos produtivos, a satisfação de necessidades de serviços públicos, o crescimento econômico, o desenvolvimento tecnológico e a geração de empregos.

Em se tratando de serviços públicos, resta patente o dever do Estado de regulamentar as condições de delegação dessas atividades, disciplinar as condições que devem nortear a prestação desses serviços essenciais e fiscalizar a sua execução. A Constituição de 1988 normatiza que a oferta de serviços públicos dar-se-á tanto por empresas privadas como por empresas públicas, sendo que o Estado – detentor da titularidade jurídica desses serviços – pode ser o provedor direto deles ou delegar sua execução a outros, zelando, por intermédio de órgãos reguladores, para que os serviços prestados, em termos de quantidade, qualidade e tarifas, sejam socialmente aceitáveis. De toda sorte, em qualquer dos dois modos de prestação do serviço, recai no Estado a obrigação jurídica de fornecimento, de modo que é imprescindível, para o bem-estar coletivo, que o Estado regulamente e fiscalize a prestação desses serviços.

Alexandre Carlos Leite de Figueiredo é servidor do Tribunal de Contas da União. É graduado em Relações Internacionais e Especialista em Direito Regulatório da Energia Elétrica pela Universidade de Brasília (UnB), e Especialista em Comércio Exterior pela Universidade Católica de Brasília.

Não obstante essa obrigação decorrente da titularidade jurídica estatal sobre essas atividades, a regulação também se mostra fundamental pelo fato de que grande parte dos bens e serviços públicos são monopólios ou monopólios naturais. Ademais, dada a relevância da prestação desses serviços, as imperfeições porventura existentes no mercado concorrencial podem levar a resultados e desequilíbrios indesejáveis, de sorte que a regulação se faz necessária para tentar corrigir essas distorções e proteger os usuários dos serviços de eventuais abusos de poder econômico por parte dos agentes privados prestadores dos serviços.

A teoria econômica tradicionalmente justifica a existência da regulação pela presença de falhas de mercado e pela conseqüente necessidade de corrigi-las. São exemplos dessas falhas os monopólios naturais, as externalidades, as assimetrias de informação e os bens públicos, entre outros.

Os serviços de energia elétrica são serviços públicos essenciais e são prestados sob um forte aparato regulatório do Estado, dado que algumas falhas de mercado são fortemente detectadas na execução de tais atividades. Os serviços de transmissão e de distribuição são considerados monopólios naturais e são regulados de maneira bastante intensa pelo Estado. Adicionalmente, os setores de infra-estrutura, como o é o setor de energia elétrica, demandam elevados volumes de investimentos, além de serem fontes de fortes externalidades. Além disso, são setores cuja relação custo-benefício privado tende a ser inferior à social, o que gera um volume e uma taxa de investimento inferior ao que seria socialmente desejável.

Restando explícita a obrigação do Estado em regular os serviços de energia elétrica, pode-se afirmar que a assimetria de informação entre os agentes prestadores dos serviços e o órgão regulador revela-se um empecilho considerável e um grande obstáculo a ser superado na busca da construção de um aparato regulatório eficiente. A assimetria de informação está na origem de complexos problemas regulatórios e o regulador deve, continuamente, buscar formas de mitigar esse problema. No setor elétrico, as atividades de transmissão e de distribuição são fortemente reguladas e o órgão regulador setorial, objetivando uma regulação

eficiente, busca incessantemente reduzir o *gap* informacional existente entre os regulados e ele próprio. Mas como deve ser analisado o problema da assimetria de informação na atividade de geração de energia elétrica, dado que o modelo atualmente em vigor trata a geração como uma atividade competitiva<sup>4</sup> e que deve ser regulada de forma menos intensa?

## 2. REGULAÇÃO E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO

Pode-se dizer que uma das contribuições mais relevantes das teorias econômicas de regulação diz respeito à análise, descrição e discussão das características do mercado, dentre elas a existência de relevante assimetria de informações entre os agentes econômicos. Ademais, revela-se que esta assimetria informacional é uma das principais responsáveis pelas demandas por regulação dos mercados.

A teoria econômica apresenta vasta literatura e abordagens diversas sobre os pressupostos da regulação, suas formas e suas conseqüências. Destarte, a descrição do arcabouço regulatório está vinculada ao enfoque teórico associado à regulação econômica, seus motivos e objetivos.

Assimetria de informação deve ser entendida no seguinte contexto: ela ocorre quando as informações de conhecimento das firmas reguladas não são observadas ou detectadas pelo órgão regulador ou estão disponíveis em quantidade e qualidade insuficientes para uma regulação eficiente. O regulado tem um conhecimento consideravelmente maior do esforço empreendido na prestação do serviço, de suas atividades, etapas de produção e estrutura de custos, que o órgão regulador. Outrossim, a obtenção dessas informações pelo regulador demonstra-se bastante onerosa, de sorte que as decisões tomadas pelo regulador muitas vezes se subordinam ao conjunto de informações fornecidas pelos próprios regulados. Partindo-se da premissa de que tanto o regulador quanto a firma são agentes racionais e buscam maximizar seus interesses, a firma pode e, provavelmente, adotará comportamentos oportunistas visando obter vantagens na estipulação de metas regulatórias ou na revisão de contratos. Pode-se inferir que a firma tem incentivos para não revelar todas as informações sobre seus esforços e sobre seus custos.

A agência, consciente desses incentivos e também de que o custo de monitoração das informações pelo regulador é extremamente elevado, buscará formas de alinhar os interesses da firma com os seus próprios. Na prática, surgem instituições ou formas contratuais especializadas que, através de incentivos, tentarão alinhar os interesses, de modo que o regulador não necessite ter informações completas sobre a firma para saber que ela agirá de modo compatível com os objetivos e metas regulatórias estipuladas. O intuito, o ideal, é a criação de um sistema que induza a firma a revelar as informações de que o regulador necessita ou a induza a ser eficiente e repartir ganhos de eficiência com os consumidores.

Na ótica do principal agente, as instituições ou contratos peculiares observados na prática são formas de mitigar o problema de informação assimétrica, visando permitir que a relação entre a firma e o regulador possa ocorrer de forma mais eficiente do que ocorreria sem tais instrumentos. De toda sorte, são situações sub-ótimas, já que a assimetria de informação quase sempre leva a soluções regulatórias, nas quais a firma recebe mais do que receberia se o regulador tivesse todas as informações necessárias. Esta diferença é chamada de *rent* informacional. A firma consegue extrair rendas na sua interação com o regulador, já que este tem de garantir as condições necessárias para que a firma opere no mercado, evitando que ela entre em desequilíbrio econômico-financeiro. Isto implica que o regulador, caso não consiga determinar os custos reais de uma determinada empresa, permita que esta cobre tarifas que lhe proporcionem um lucro econômico não-negativo, mesmo quando ela é ineficiente ou, caso seja eficiente, obtenha uma renda extraordinária (GLEIZER, 2005).

A teoria aponta dois principais problemas oriundos da informação assimétrica: a seleção adversa e o risco moral. A seleção adversa (*adverse selection*) decorre do fato de que uma das partes detém informação privada sobre suas características. Do ponto de vista contratual, a seleção adversa pode ser encarada como oriunda de comportamentos oportunistas derivados de assimetria de informações pré-contratuais. Prejudicam a operação das transações antes mesmo do estabelecimento do contrato, pois uma das partes depende de

informações relativas à natureza da outra e que nem sempre são fornecidas. Neste caso, algumas informações são omitidas no momento da definição do contrato (PINTO JR, PIRES, 2000).

O perigo moral (*moral hazard*) decorre do fato de que uma das partes detém informação privada sobre suas ações ou decisões. Diferentemente da seleção adversa, em que o problema se encontra no diferencial de risco entre os diferentes agentes econômicos, o caso do risco moral se baseia nas ações dos agentes, que podem acabar influenciando esse risco. No nível contratual, o risco moral é fruto de comportamentos oportunistas posteriores à elaboração do contrato, podendo decorrer também de um comportamento imprevisto ao longo da execução do contrato. A informação assimétrica, neste particular, não é relativa a características desconhecidas dos agentes, mas a um comportamento oportunista, escondido e não conhecido pela outra parte do contrato, no momento de sua elaboração (PINTO JR, PIRES, 2000).

Certo é que a assimetria de informação coloca-se como um ponto fulcral nos complexos problemas regulatórios, pois, para que o regulador exerça uma regulação eficaz é necessária a existência de uma boa base de informações. Todavia, a obtenção e a formação de uma sólida base de informações ocorrem mediante elevados custos: quanto maior for a assimetria de informações entre os agentes mais custoso será o processo de acesso às informações relevantes e, conseqüentemente, mais custosa será a regulação para o agente regulador setorial.

### **3. O SETOR ELÉTRICO E A INTRODUÇÃO DA COMPETIÇÃO NA ATIVIDADE DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA**

Anteriormente a 1995, tinha-se um modelo de monopólio verticalizado do Estado no setor elétrico. Em 1995 e 1996, foi adotado um outro modelo, desverticalizado, em que os setores de geração - aberto e competitivo -, transmissão, distribuição e comercialização deveriam ser independentes. Este modelo inspirado no livre mercado tinha como motivos principais a introdução de um ambiente competitivo no qual fosse possível - na geração e na comercialização - e a conseqüente mudança regulatória nos segmentos considerados monopólios naturais: transmissão e distribuição.

A introdução da competição no setor só pôde ser viabilizada a partir da reestruturação da indústria, da desregulamentação e do estabelecimento do livre acesso às redes de transmissão. Segundo Tolmasquim (2002), a reestruturação tinha como principal objetivo promover a mudança de um modelo baseado no monopólio verticalmente integrado para um modelo mais competitivo, calcado na desverticalização da indústria. Com esse intuito, foi promulgada a Lei nº 9.074/1995, que, dentre outras coisas, criou a figura do Produtor Independente, estabeleceu o livre acesso às instalações de transmissão e possibilitou a formação de consórcios de geração. A desverticalização de empresas integradas foi adotada com o objetivo de viabilizar cobranças não-discriminatórias da rede de distribuição, eliminar subsídios cruzados e permitir a visualização de custos específicos, objetivando sempre mitigar o problema da assimetria de informação.

Pode-se dizer que foi introduzido um embrionário ambiente de competição no setor, mas o modelo sofreu vários ataques após a crise do racionamento de energia elétrica, ocorrida em 2001. O advento do novo modelo institucional do Setor Elétrico, apresentado em 2004 pelo Ministério de Minas e Energia (MME)<sup>6</sup>, buscou a implementação de novas regras de mercado para estimular a livre concorrência e a competitividade dentro do setor elétrico. A comercialização de energia dentro desse sistema de livre concorrência e competitividade é gerenciada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e se dá perante dois ambientes de contratação: um regulado, do qual participam agentes de geração e de distribuição de energia elétrica<sup>7</sup> e as contratações são geralmente precedidas por leilões<sup>8</sup>, e outro livre do qual participam agentes de geração, comercialização, importadores e exportadores de energia e consumidores livres que negociam livremente a partir de contratos bilaterais.

A regulação da ANEEL recai primordialmente sobre o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), que congrega todos os consumidores cativos e os distribuidores, no qual as compras de energia são realizadas sempre por licitação e pelo critério de menor tarifa. O artigo 11 do Decreto nº 5.163/2004 e o artigo 2º da Lei nº 10.848/2004 determinam que as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do

Sistema Interligado Nacional (SIN) devem garantir o atendimento à totalidade de seu mercado no Ambiente de Contratação Regulada, por meio de compra de energia via licitação, na modalidade leilão. O critério de menor tarifa, utilizado para definir os vencedores de um leilão, está previsto no inciso VII do art. 20 do Decreto nº 5.163/2004. Após os leilões, são assinados os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre os vencedores e as distribuidoras que declararam necessidade de compra para o ano de início de suprimento da energia contratada no leilão. O estabelecimento da contratação conjunta por todos os distribuidores, na forma de um *pool*, permite, em tese, a apropriação na tarifa de economias de escala na compra de energia.

Resumidamente, os agentes de geração candidatos à construção de novos parques geradores devem participar de leilões apresentando propostas de venda de sua energia elétrica, competindo por contratos de compra de energia pelas concessionárias distribuidoras. Nesses leilões, denominados leilões de energia nova, destinados precipuamente ao atendimento do mercado regulado, sagram-se vencedores os empreendedores que ofertarem o menor preço por Mega-Watt hora para atendimento da demanda prevista pelas distribuidoras. Ademais, os geradores podem ainda contratar direta e livremente com consumidores livres. Neste particular, os contratos são livremente negociados, restando aos contratantes a liberdade de definições de preços, prazos e quantidades.

Pois bem, após essas breves considerações acerca das bases competitivas na geração de energia elétrica, mostra-se relevante discorrer sobre como se dá a (pouca) regulação da atividade, analisando as atuais normas de produção de estudos de viabilidade econômica dos empreendimentos, o estabelecimento do preço teto e a competição nos leilões, de maneira a situar o problema da informação assimétrica nesse processo e suas consequências.

#### **4. ESTUDOS NECESSÁRIOS PARA A IMPLANTAÇÃO DE UM EMPREENDIMENTO HIDRELÉTRICO E INFORMAÇÃO ASSIMÉTRICA**

Os estudos necessários para que um aproveitamento hidrelétrico esteja apto a ir a leilão iniciam-se com

a estimação do Potencial Hidrelétrico<sup>9</sup>. Estimado o potencial, segue-se o Inventário Hidrelétrico<sup>10</sup>. A próxima etapa é a realização dos estudos de Viabilidade<sup>11</sup>.

Ressalta-se que todos os estudos de Viabilidade submetidos à apreciação da Aneel são avaliados quanto a sua conformidade em relação aos estudos de Inventário utilizados como referência. O art. 28, da Lei nº 9.427/1996, aliado às normas explicitadas na Resolução Aneel nº 395/1998, indica que não há previsão de exclusividade quanto à realização de estudos de Viabilidade de aproveitamentos hidrelétricos. O empreendedor, privado e/ou público, pode realizar os estudos, por sua conta e risco, e solicitar o registro destes junto à Aneel. Os estudos devem ater-se a vários critérios técnicos e o órgão regulador, após a verificação da adequação dos estudos aos critérios e condições estabelecidas, promoverá o registro destes. Nos moldes do modelo setorial em vigor, não há nenhum impedimento para que mais de um interessado realize esses estudos.

Após o registro na Aneel, cabe à Empresa de Pesquisa Energética (EPE) cadastrar e habilitar tecnicamente os empreendimentos, para fins de participação nos leilões de energia proveniente de novos empreendimentos. Para tanto, a EPE também analisa os estudos de Viabilidade, acompanhados dos documentos de aceite emitidos pela Aneel. A partir da habilitação técnica, a EPE formaliza uma lista de referência a ser encaminhada ao MME, contendo os empreendimentos habilitados para participar dos leilões de energia. À EPE também compete o cálculo do Preço de Referência de cada empreendimento hidrelétrico, a ser homologado pelo Poder Concedente. Este Preço de Referência constitui um preço teto para cada empreendimento, um preço máximo inicial para arremate por parte dos agentes interessados.

É na etapa dos estudos de Viabilidade que o empreendedor tem acesso aos dados mais relevantes quanto às possíveis configurações técnicas do empreendimento. O autor dos estudos de Viabilidade despense tempo e recursos consideráveis estudando e analisando profundamente projetos de engenharia, soluções técnicas, questões socioambientais e até mesmo arranjos financeiros que possam tornar o empreendimento viável técnica, econômica e

ambientalmente. É inegável que esse empreendedor, caso venha a participar do processo licitatório, tem uma vantagem comparativa, na forma de informação assimétrica. A despeito de os estudos apresentados à Aneel deverem ater-se a vários critérios técnicos e ainda passar por minuciosa análise pelo órgão regulador, seria ingenuidade acreditar que, no caso de o empreendedor vir a participar do leilão, ele disponibilize todas as informações de que dispõe ou as apresente com o mesmo nível qualitativo. Deve restar claro que isto não significa que os estudos apresentados sejam, necessariamente, de baixa qualidade, apenas que o empreendedor tem incentivos para guardar para si informações relevantes que possam oferecer-lhe certa vantagem competitiva no processo licitatório vindouro.

A partir dos dados constantes dos estudos de Viabilidade, o empreendedor consegue formular, considerando sua estratégia empresarial, um preço condizente com o retorno econômico por ele esperado. Nesse ponto reside uma considerável informação assimétrica entre os agentes interessados em participar do certame. O empreendedor autor dos estudos de Viabilidade tem uma vantagem temporal e qualitativa acerca das informações explicitadas nos estudos. Os estudos de Viabilidade são liberados para consulta somente após a decisão do Poder Concedente em licitar o empreendimento, enquanto o autor já os conhece, em detalhes, há algum tempo. Não há como negar que esse fato, por si só, lhe confere certa vantagem competitiva e serve, até certo ponto, como barreira de entrada a outros concorrentes. Potenciais concorrentes podem sentir-se desestimulados a participar de um certame se um dos concorrentes for o autor dos estudos de Viabilidade, pois este pode ter omitido detalhes técnicos e de custo que podem revelar-se fundamentais para a formação de uma proposta competitiva.

A título de analogia, nos termos da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), o empreendedor que realiza o projeto básico de algum empreendimento fica, automaticamente, impedido de participar do processo licitatório. Bem certo que o projeto básico de um empreendimento hidrelétrico é realizado, pelo vencedor do certame, somente após a adjudicação do objeto da licitação, contudo, a analogia mostra-se válida tendo em mente o conflito de interesses que pode estar presente nos dois casos.

Para a Lei de Licitações, o projeto básico propicia à Administração conhecimento pleno do objeto que se quer licitar, de forma detalhada, clara e precisa. Deve fornecer aos licitantes as informações necessárias à boa elaboração de sua proposta e possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. Pois bem, os estudos de Viabilidade de um empreendimento hidrelétrico devem, em suma, servir a estes mesmos propósitos: caracterizar o empreendimento, avaliar os seus custos e ainda explicitar elementos fundamentais para a elaboração de propostas por parte dos agentes interessados.

A Lei nº 8.666/1993, julgando ser inconveniente para os objetivos do certame (escolha da melhor proposta para a Administração) e buscando mitigar o problema da informação assimétrica e do conflito de interesses, veda a participação do autor do projeto básico no certame licitatório. Não seria o caso de se pensar em algo semelhante a ser aplicado aos leilões de energia do setor elétrico? Ao se permitir que os autores dos estudos de Viabilidade participem do leilão, não estaria a Administração Pública aceitando, para os leilões de energia, condições combatidas nas licitações em geral?

Repise-se que, se o autor dos estudos de Viabilidade tem intenção de concorrer no futuro leilão do empreendimento, ele tem enormes incentivos para guardar para si informações que lhe garantam vantagem competitiva na elaboração de sua proposta. Essa informação assimétrica lhe confere vantagens na licitação também quanto à formação do preço teto de leilão. É interessante para o empreendedor que o preço teto seja fixado em um patamar superior àquele que seria mais aderente à realidade do empreendimento, de sorte que, na ausência de verdadeira competição, a proposta vencedora possa aproximar-se muito do preço teto estipulado. Nesse cenário, somente ganha o empreendedor, perdendo a sociedade que arcará com um custo superior ao razoável e restando seriamente prejudicada a modicidade tarifária, um dos pilares do atual modelo do setor elétrico.

## **5. PREÇO TETO DE LEILÃO, COMPETIÇÃO E INFORMAÇÃO ASSIMÉTRICA**

Buscando minimizar a assimetria de informação existente entre o autor dos estudos e os outros potenciais concorrentes, a EPE promove um estudo alternativo, no qual, a partir dos dados estruturantes constantes dos estudos de Viabilidade, sugere, quando cabíveis, otimizações nos arranjos de engenharia, nas soluções técnicas e nos custos apresentados. Esses estudos podem ser considerados uma tentativa de mitigar os efeitos da informação assimétrica, tanto entre os empreendedores que participarão do certame, quanto entre o autor dos estudos de Viabilidade e o próprio Poder Concedente.

Em atenção aos comandos constitucionais<sup>12</sup> e à luz da legislação vigente<sup>13</sup>, o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão de controle externo, fiscaliza as concessões de serviços públicos. Este acompanhamento incide sobre o processo de outorga e na posterior execução contratual.

Referido acompanhamento é regido pela Instrução Normativa/TCU nº 27/1998, a qual define que a fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos deve ser concomitante, sendo o seu acompanhamento realizado em estágios, mediante a análise de documentação remetida pelo Poder Concedente ou licitante, sendo que no 1º estágio são analisados, entre outros, o relatório sintético sobre os estudos de Viabilidade técnica e econômica do empreendimento e os estudos de impactos ambientais. Percebe-se que, inicialmente, o foco do controle recai exatamente sobre os estudos de Viabilidade que embasam a concessão do serviço, objetivando a verificação da consistência e razoabilidade das metodologias e premissas empregadas nesses estudos.

Nesse contexto, pode-se considerar que o TCU também atua no sentido de mitigar o problema da informação assimétrica, na medida em que é mais um ator a analisar e apresentar uma avaliação objetiva sobre os estudos de Viabilidade. Não se trata de uma instância revisora, mas sim de controle, que tem a prerrogativa de exarar determinações ou recomendações para a correção de impropriedades eventualmente detectadas no processo de quantificação do preço teto de leilão.

Tanto o Poder Concedente quanto a Corte de Contas objetivam quantificar<sup>14</sup> o preço teto de forma a aproximá-lo o quanto possível da realidade objetiva do mercado, de forma que, em um cenário de baixa competição, o consumidor final não seja prejudicado pelo provável resultado desfavorável de um leilão de energia. Desfavorável porque, se o preço teto for descolado da realidade, a falta de efetiva competição incentivará o empreendedor a ser mais conservador em suas ofertas de lances, tendendo a haver deságios mínimos. Nesse caso, a energia será vendida por um preço superior àquele razoável e apto à proporcionar a justa remuneração do capital do empreendedor. Se o preço teto for bem equilibrado, a eventual falta de competição tenderá a não ser tão prejudicial à consecução dos objetivos do certame.

Tendo em mente que a falta de energia elétrica é um gargalo extremamente custoso ao desenvolvimento de um país e que a expansão da oferta é um tema bastante sensível ao governo e à sociedade em geral, pode-se inferir que o problema da informação assimétrica entre o autor dos estudos de Viabilidade e o Poder Concedente tende a permitir que o preço teto de leilão seja fixado em um patamar superior àquele aderente à realidade da exploração do empreendimento. O Poder Concedente e o órgão regulador, além de não terem a mesma quantidade e a mesma qualidade das informações acerca do empreendimento, não têm conhecimento preciso sobre a eficiência das firmas que competirão no certame, de sorte que há um fundado temor em se fixar o preço teto em um patamar muito baixo, irreal, levando fatalmente ao fracasso do leilão.

O fracasso de um leilão de energia, principalmente de um empreendimento prioritário para a segurança energética do país, é um cenário a ser evitado e a informação assimétrica constitui-se em um empecilho considerável na correta precificação do preço teto. Nesse sentido, deixa-se a cargo da competição a incumbência de fazer com que o resultado final do leilão seja benéfico não só ao empreendedor, mas à sociedade em geral. O problema é que essa mesma informação assimétrica pode prejudicar a competição, servindo como barreira de entrada a novos concorrentes no certame. Ante todo o exposto, é temeroso que o sucesso do atual modelo de leilões de energia reste tão dependente da competição.

## 6. PROPOSTA

A Empresa de Pesquisa Energética, por mandato conferido pela Lei nº 10.847/2004, deve “prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras”. Ademais, o mesmo diploma legal conferiu à EPE competência para “realizar estudos para determinação dos aproveitamentos ótimos dos potenciais hidráulicos” e “efetuar o acompanhamento da execução de projetos e estudos de viabilidade realizados por agentes interessados e devidamente autorizados”<sup>15</sup>.

Tendo em vista as competências atribuídas à EPE e dentro de uma visão estratégica da empresa para o planejamento governamental na área energética, uma possibilidade que se vislumbra poderia ser que, em projetos considerados prioritários pelo Poder Concedente, restasse à EPE a prerrogativa da realização dos estudos de Inventário e de Viabilidade. Nesse sentido já se manifestou a Corte de Contas ao recomendar ao MME que “elabore e submeta projeto de lei à Casa Civil prevendo, na hipótese de empreendimentos de geração hidrelétrica considerados prioritários, a exclusividade da EPE para realizar estudos de viabilidade [...]”<sup>16</sup>.

Não se eliminaria a importante participação privada na expansão da carteira de projetos aptos a serem leiloados e ao mesmo tempo, para aproveitamentos estratégicos, o Poder Concedente mitigaria, ao menos parcialmente, os problemas decorrentes da informação assimétrica.

O Poder Concedente deveria elencar os projetos estruturantes previamente, de forma que os empreendedores particulares saibam, com antecedência, quais são os rios e bacias considerados estratégicos, de forma a evitar o dispêndio de esforços e recursos em duplicidade.

Relativamente aos recursos necessários, salienta-se que a Lei nº 10.848/2004 reservou ao MME 3% da Reserva Global de Reversão (RGR) para custear estudos e pesquisas do setor energético, dentre estes, os estudos de Inventário e de Viabilidade.

## 7. CONCLUSÃO

Não há vedação para que os empreendedores que realizem os estudos de Inventário e de Viabilidade participem dos leilões de energia. Cria-se dessa forma uma possibilidade danosa de conflito de interesses, já que o empreendedor tem incentivos para reservar para si informações que lhe permitam auferir vantagens na formação de uma proposta competitiva.

Essa assimetria de informação também age em desfavor do Poder Concedente, já que, além de não ter a mesma qualidade e quantidade de informações sobre a viabilidade do empreendimento, não tem conhecimento adequado sobre a eficiência das firmas que competirão no certame, de maneira que resta um fundado temor em se fixar o preço teto em um patamar muito baixo, irreal, que definitivamente levará o leilão ao fracasso.

A competição entre os concorrentes é fundamental para a busca da modicidade tarifária e, em um cenário de baixa competição, a fixação do preço teto garante um limite acima do qual o Poder Concedente entende ser onerosa a aquisição da energia. Todavia, a assimetria de informação constitui-se em um relevante obstáculo no processo de precificação desse limite e também age como uma barreira de entrada a novos competidores, reduzindo-se potencialmente a competição.

Uma forma de mitigar esse problema poderia ser que, em projetos estruturantes e considerados prioritários pelo Poder Concedente, fosse atribuída à Empresa de Pesquisa Energética a prerrogativa da realização dos estudos. Não se eliminaria a relevante participação de empreendedores privados na expansão da carteira de projetos aptos a serem licitados e mitigar-se-ia, ao menos parcialmente, as consequências danosas oriundas da presença de informação assimétrica.

Pode-se concluir que a informação assimétrica presente na atividade de geração de energia elétrica tem o condão de prejudicar seriamente todo o sistema regulatório a que está sujeito o setor elétrico. Um dos pilares do modelo atual é a modicidade tarifária, sendo a informação assimétrica nos leilões

de energia um elemento nocivo e prejudicial à consecução desse intento. A busca da modicidade tarifária origina-se na atividade de geração e as tarifas praticadas pelos geradores impactarão diretamente na formação da tarifa paga pelos consumidores finais, de sorte que a intensa regulação imposta aos setores de transmissão e distribuição não são capazes de diluir as consequências danosas de um resultado desfavorável de um leilão de energia, materializadas por uma tarifa superior àquela que seria razoável pela energia gerada.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm)>.

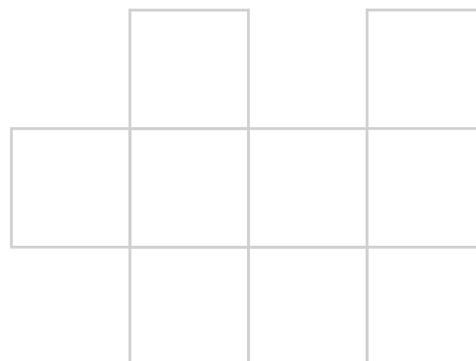
\_\_\_\_\_. Lei nº 9.427, de 26 de Dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética - EPE e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.847.htm)>.

- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm)>.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 5.163, de 30 de Julho de 2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm)>.
- \_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia, CEPEL. Manual de inventário hidroelétrico de bacias hidrográficas. 3.ed. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. 683 p.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.164/2008, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 01/10/2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 2008.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirizações, parcerias público-privadas e outras formas*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GLEIZER, Simone. As negociações necessárias na regulação de serviços públicos concedidos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 10., 2005, Santiago, Chile. *Anais eletrônicos...* Santiago, Chile, 2005. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/gleizer\\_agreg.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/gleizer_agreg.pdf)>.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.
- LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. Assimetria de informações e regulação de mercados. In: ENCONTRO LATINO DE ECONOMIA POLÍTICA DA INFORMAÇÃO, COMUNICAÇÃO E CULTURA, 5., 2005, Bahia. *Portal RP-Bahia*: biblioteca virtual. Disponível em: <<http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/pdf/ClovisMontenegroDeLima.pdf>>.
- MACIEIRA, Leonardo . O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, Brasília, DF, ano 38, n. 110, p. 76-77, set./dez. 2007.
- MELLO, Celso. Curso de direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PEANO, Cláudia. Regulação tarifária do setor de distribuição de energia elétrica no Brasil: uma análise da metodologia de revisão tarifária adotada pela ANEEL. 2005. Dissertação (Mestrado em Energia) – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- PINTO JR. Helder Q. ; PIRES, Melissa Cristina Pinto. Assimetria de informações e problemas regulatórios. Rio de Janeiro: ANP, 2000. Nota técnica. Disponível em: <[http://www.anp.gov.br/doc/notas\\_tecnicas/nota\\_tecnica\\_anp\\_009\\_2000.pdf](http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/nota_tecnica_anp_009_2000.pdf)>
- SANTACRUZ, Ruy. Fundamentos da regulação pública dos mercados. *Arché Interdisciplinar*, Rio de Janeiro, n. 29, v. 10, p. 81-101, 2001.
- SAUER, Ildo et al. A Reconstrução do setor elétrico brasileiro. Campo Grande: Ed. UFMS; São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, Pennsylvania, n. 2, Spring. 1971.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; OLIVEIRA, Ricardo Gorini de; CAMPOS, Adriana Fiorotti. *As empresas do setor elétrico brasileiro: estratégias e performances*. Rio de Janeiro: CENERGIA, 2002.
- ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle externo das concessões de serviço público e das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

## NOTAS

- 1 Não é o intuito do autor discutir se todos os serviços de titularidade estatal devem ser considerados como serviços públicos, bastando, para os propósitos deste artigo, o entendimento de que serviços de titularidade estatal e serviços públicos são sinônimos.
- 2 Ainda que a base para a delegação de serviços públicos aos agentes privados esteja normatizada no artigo 175 da Constituição Federal, a edição da Lei nº 8.987/1995 é que permitiu um processo mais sistemático de delegação desses serviços.
- 3 “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de disciplina das profissões, etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, a exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais). NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 4 Paralelamente à atribuição de regulação, ou pode-se dizer, como parte da competência para a regulação, às agências foram atribuídas funções amplas relacionadas à implementação e proteção da concorrência, limitadas, porém, pelas competências próprias do CADE e dos outros órgãos do sistema nacional de defesa da ordem econômica.
- 5 A firma busca o maior lucro possível, que seria o lucro de um monopólio. Já o regulador, considerando que ele não esteja capturado por nenhum grupo de interesse, objetiva a maximização do bem estar social, definido como a soma do excedente do consumidor e o lucro das firmas.
- 6 As bases do novo modelo institucional do Setor Elétrico estão consubstanciadas na Lei nº 10.848/2004.
- 7 Nos leilões de energia do Ambiente de Contratação Regulada, o Governo assume papel monopsônico, pois compra toda a energia elétrica demandada pelas concessionárias distribuidoras de energia elétrica. Excepcionalmente, em casos de necessidade de ajustes e em percentuais a serem definidos pelo poder concedente, as distribuidoras poderão comprar diretamente, por meio de licitação, energia elétrica fora do Ambiente de Contratação Regulada. Os empreendimentos são habilitados, dependendo do prazo de execução das obras, para participar de leilões de energia usualmente denominados A-5, A-3 e A-1, cujos produtos serão entregues, respectivamente, a partir do quinto, terceiro ou primeiro ano após o leilão.
- 8 O modelo promove uma dicotomia entre energia nova e energia velha, definindo dois tipos de leilões: Leilões de Energia Nova são aqueles para venda de energia provenientes de novas plantas geradoras, enquanto Leilões de Energia Velha são destinados para venda de energia de empreendimentos existentes.
- 9 Equivale ao potencial a ser aproveitado, tanto seja em termos técnicos, econômicos ou socioambientais, levando-se em conta um cenário de utilização múltipla da água na bacia em estudo.
- 10 Etapa caracterizada pela concepção e análise de várias alternativas de divisão de queda para a bacia hidrográfica, visando selecionar aquela que apresente melhor relação entre os custos de implantação, impactos socioambientais e benefícios energéticos. O estudo de Inventário resulta em um conjunto de aproveitamentos, suas principais características, índices custo/benefício e índices socioambientais.
- 11 Etapa na qual são efetuados estudos mais detalhados, para a análise da viabilidade técnica, energética, econômica e socioambiental que leva à definição do aproveitamento ótimo que irá ao leilão de energia. Os estudos contemplam investigações de campo no local e compreendem o dimensionamento do aproveitamento, do reservatório e da sua área de influência e das obras de infra-estrutura locais e regionais necessárias para sua implantação. Incorporam análises dos usos múltiplos da água e das interferências socioambientais. Com base nesses estudos, são preparados o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de um empreendimento específico, tendo em vista a obtenção da Licença Prévia (LP), junto aos órgãos ambientais.
- 12 Artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988.
- 13 As licitações para contratação de energia e a outorga de concessão de novos empreendimentos de geração são regidas pela legislação setorial específica, especialmente pela Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, pela Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, pela Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. No âmbito do TCU, a matéria está regulada pela Instrução Normativa do TCU n.º 27, de 2 de dezembro de 1998.
- 14 Importante reafirmar que o TCU não calcula ou define preço teto de leilão, somente acompanha e controla concomitantemente o processo de outorga, exarando determinações e recomendações para o saneamento de impropriedades e irregularidades eventualmente detectadas.
- 15 Lei nº 10.847, artigo 4º, incisos V e XI.
- 16 Acórdão TCU nº 2164/2008 – Plenário, item 9.2.8.



# A ética na política

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

## 1. INTRODUÇÃO

Os escândalos sobre corrupção praticada nos altos escalões do governo são cada vez mais frequentes, reinando, com raras exceções, a impunidade, a despeito da existência no ordenamento jurídico pátrio de normas legais tidas como modernas, a exemplo da Lei nº 8.429/1992, que 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.

Nesse sentido, o presente artigo tem por escopo central discutir sobre a existência ou não de um tipo de ética que mais se adéque à práxis da atividade política. Questionaremos, outrossim, se a política pode ser exercida de forma dissociada da ética. Na busca de respostas para as nossas indagações e inquietações, empreendemos estudos sobre as principais correntes de filosofia moral.

Como forma de melhor estruturar a nossa explanação, dividiremos o trabalho em cinco partes. Na primeira, faremos considerações sobre a política contra a ética. Na segunda, veremos questões sobre a ética política. Na terceira, abordaremos, de forma resumida, aquelas que são, a nosso ver, as principais teorias éticas, quais sejam: éticas do ser; éticas da consciência e éticas da linguagem. Na quarta, buscaremos respostas para as nossas indagações. Na quinta e última, concluiremos nosso trabalho.

## 2. A POLÍTICA CONTRA A ÉTICA

Pensamos que o que dá um grande impulso para a disseminação da corrupção instalada, em larga escala, no âmbito político, é justamente a imprópria e descabida dissociação que se faz entre a ética e a política. Hodiernamente, mesmo que de forma sorrateira, muitos ocupantes do Poder querem dissociar a ética da política. Assim o fazem para que os fins políticos desejados possam ser alcançados, razão pela qual as questões éticas são relegadas, postas numa espécie de segundo plano. Essa vertente separatista encontra respaldo em Maquiavel, que enfocou em sua teoria que há um campo da política que é distinto do da ética.

Interessante mencionar que o herdeiro político da Revolução Francesa, Imperador Napoleão I, em conversa mantida com Goethe, traçou uma analogia entre a tragédia antiga e a política moderna, tendo apontado a política como o lugar onde ocorre o confronto entre o homem moderno e o destino. De fato, a política, historicamente, tem definido as condições para que o controle da sociedade se faça mediante o poder. Nessa linha, Henrique Cláudio de Lima Vaz<sup>1</sup>, em sua obra intitulada *Ética e Direito*, coloca que:

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho é servidora do Tribunal de Contas da União. É graduada em Engenharia Elétrica pela Escola Politécnica da Universidade de Pernambuco, em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

Dessa sorte, na sua significação mais genuína e tal como a interpretou o gênio de Napoleão, a política no mundo moderno é um fazer na ordem da causalidade eficiente que, como o antigo destino, age sobre a liberdade do alto de um céu misterioso: lá o capricho dos Deuses, aqui as razões do Poder.

Pensava o Imperador naquela época sobre as “Razões do Poder”, e modernamente, no Estado Brasileiro, temos visto que essas mesmas “Razões do Poder” são tomadas como parâmetro para justificar ações que permitam o exercício do poder. Destarte, para que este possa ser concretizado em sua plenitude, atingindo os fins colimados, a ética e o direito são marginalizados e desconsiderados, estabelecendo-se aí um constante clima de tensão entre o Direito, a ética e o poder.

A racionalidade política deveria permear o exercício do poder, no entanto, o que vemos é uma completa irracionalidade e um jogo político que leva à implantação em nosso País de uma perversa corrupção, de difícil controle, à medida que a permissividade do sistema político enseja que as práticas corruptas sejam tidas como normais, não devendo ensejar qualquer tipo de punição, vez que são justificadas como necessárias ao exercício do poder político.

Sob essa perspectiva, o problema vai se tornando cada vez mais grave e de difícil solução, vez que tende à generalização, atingindo as bases fundamentais do Estado Democrático de Direito. Destarte, na prática, a política dominante tem conseguido fazer valer a impunidade, em contraposição aos normativos jurídico-ético-legais. A teoria, então, muito difere da *práxis* procedimental, o que faz com que os desvios sejam cada vez mais acentuados. Em outras palavras, as “Razões do Poder” justificam os meios para que sejam atingidos os fins.

### 3. A ÉTICA NA POLÍTICA

Diante dos cada vez mais frequentes escândalos na política, sempre nos perguntamos sobre se haveria um tipo de ética que mais se adequaria à *práxis* da atividade política? Ou será que o exercício da política não é compatível com a ética?

As questões morais estão sempre presentes em nosso cotidiano e guiam as ações dos indivíduos, sejam elas direcionadas para o bem ou para o mal. Mas o que buscamos entender é se o exercício da política tem de afastar, necessariamente, valores morais. Não podemos perder de vista o fato de que o comportamento ético dos políticos não pode ser vislumbrado sob o prisma de um moralismo abstrato, que está restrito à esfera privada, mas relacionado com um moralismo real mais amplo, vez que está sempre a afetar a coletividade.

Importa esclarecer, *ab initio*, que o estudo da ética comporta distinções em relação ao estudo da moral, posto que esta diz respeito a um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento

individual dos homens, ou seja, os princípios morais pressupõem regras de ações individuais materializadas em realidades históricas concretas. Já o estudo da ética é mais abrangente, pois busca entender o comportamento moral dos homens quando inseridos em sociedade, relacionando-se, portanto, intimamente, com a filosofia, vez que procura encontrar a fundamentação das questões que lhe são colocadas.

Mesmo diante dessas distinções, no presente artigo, empregaremos os termos “moral” e “ética” indistintamente. Explicamos o porquê: a palavra “ética”, procedente do grego, significa “morada”, “lugar em que vivemos”, só posteriormente passou a ter como significado “o caráter”, o “modo de ser”; a palavra “moral”, por sua vez, procedente do latim “*mos*” ou “*moris*”, que a princípio significava “costume”, passou a ter também o significado de “caráter” ou “modo de ser”. Nesse sentido, ética e moral têm significados etimológicos semelhantes, reportando-se a tudo aquilo que se refere ao modo de ser ou caráter resultantes da prática de hábitos bons. Por conseguinte, considerando que, cotidianamente, fala-se em atitude ética para designar atitudes moralmente corretas, não vale à pena, no presente contexto, diferenciar ou tentar impugnar um uso que já se faz tão difundido.

Em continuidade, a busca do entendimento sobre se a ética deve estar ou não presente na política leva a que nos reportemos de logo a Maquiavel, que inovou ao observar atentamente a política como um campo de estudo independente. Veremos que em sua obra “O Príncipe” a política não é mais pensada em termos de ética e de religião, o que provocou uma ruptura tanto com o pensamento dos clássicos greco-romanos, quanto com os valores cristãos da Idade Média. A política passou a ser vista com mais realismo e ceticismo em sua clássica obra, vez que o autor buscava demonstrar, em cada capítulo, para o Magnífico Lourenço de Médici como a política deveria ser exercida e como tirar proveito da fortuna, da *virtù*, da força militar no exercício do poder.

A partir de então, passou a política a ser vista como uma realidade totalmente objetiva, e que, portanto, teria que ter leis próprias consentâneas com o cotidiano dos indivíduos. Destarte, para se conseguir poder pleno, legítimo e duradouro, as situações práticas faziam com que os meios justificassem os fins, mesmo que desconsiderando por completo questões éticas concernentes ao exercício da política. A partir daí, Maquiavel torna pública e memorável sua célebre e polêmica frase: “Os fins justificam os meios”. Ações, as mais antiéticas possíveis, eram justificadas, contanto que o objetivo de manter-se no poder fosse alcançado.

A despeito das críticas a ele direcionadas, o que proporcionou que seu nome se tornasse adjetivo de coisa má (maquiavélico, maquiavelismo), o autor, a nosso ver, simplesmente retratou a realidade na política de sua época, buscando em todo momento orientar o seu príncipe sobre o que era bom ou mal para o exercício da política e para a manutenção no poder. Para ele, a ação humana vinculada à política segue um caminho e as normas morais seguem outro.

Mas é importante que se diga que, já na antiguidade grega, havia preocupações com questões concernentes à moral e à honestidade. Cícero, por exemplo, em sua obra *De officiis*, afirmava que havia uma honestidade intrínseca, sustentando que aquilo que se contradiz com a honestidade não poderia ser útil ao homem que busca viver em conformidade com a norma natural do bem. Maquiavel, contrariamente ao que afirmara Cícero, colocou, mais realisticamente, que a honestidade, em si, é um mito e que, muitas vezes, faz-se necessário se libertar dela para exercer ações que a moral ordinária reprova, com o fim de criar e manter condições de vida humana autêntica, fundamentada na liberdade e na certeza que só leis equitativas podem buscar<sup>2</sup>.

Afastada da moral e reduzida à técnica de exercício de poder legítimo, a teoria maquiavélica vem sendo, ao longo dos anos, veementemente criticada e tida como um modelo imoral de prática do poder. Tomando como exemplo o caso do Brasil, infelizmente, a prática política vem desde os tempos do Império seguindo à risca esse modelo imoral teorizado por Maquiavel, tão criticado, mas seguido, mesmo que camufladamente. O que vemos hoje são escândalos e mais escândalos sem soluções jurídicas éticas e que dão margem, ante a impunidade reinante, ao cometimento de outras atrocidades éticas, tudo com a justificativa da manutenção e exercício do poder.

Em termos práticos, o escândalo do Mensalão coloca-nos a refletir sobre uns problemas

que as afirmações maquiavelianas encerram em si, quais sejam: o que se pode e o que não se pode fazer para atingir determinado fim? Se se pensa que o fim é justo, tudo se justifica? No caso em comento, a finalidade buscada era a aprovação de projetos de leis e medidas provisórias do poder executivo federal, sem maiores questionamentos. O meio utilizado foi o pagamento de mensalidades (mensalão) para congressistas, a fim de conseguir a adesão necessária. A ética e o decoro parlamentar foram novamente relegados, como em tantas outras vezes. Isso demonstra que a realidade política em que estamos inseridos é bem mais complicada e antiética do que podemos imaginar.

Vivemos distantes daquela situação imaginada por Cícero de uma ordem natural do bem e da honestidade intrínseca do ser humano. Estamos, mesmo, mais próximos da realidade cruel retratada por Maquiavel, na qual o paraíso, o bem e a honestidade estão cada vez mais distantes de nós.

A falta de ética na política tem gerado uma corrupção desenfreada, o que incrementa a miséria, as mazelas e desigualdades sociais, contrariando a visão evolucionista de Marx, no sentido de que a humanidade marcharia sempre numa direção progressista. Às vezes pensamos que estamos regredindo, pois diante de tantas lições obtidas com a história da humanidade, uma vez que a questão da relação entre a moral e a política é um antigo problema colocado à reflexão moral (tão antigo quanto a origem das sociedades políticas), ainda nos deparamos com tantos

desmandos e falta de ética numa atividade essencial para o Estado, e, por conseguinte, para toda a coletividade, que é a política.

A análise da política sempre nos leva, na realidade, a um debate entre fins e meios. Sendo legítimos os fins, pode-se fazer uso de quaisquer meios, mesmo que moralmente repreensíveis? Partindo do pressuposto de que a política é julgada pelos seus resultados, poder-se-ia, então, fugir de julgamentos morais?

Norberto Bobbio<sup>3</sup>, em sua obra “Elogio da serenidade e outros escritos morais” ao falar sobre a solução dualística proposta, mesmo que não literalmente, por Maquiavel, segundo a qual “O fim justifica os meios”, colocou que o dualismo está baseado tanto nas ações finais, que têm valor intrínseco, quanto nas ações instrumentais, que têm valor enquanto servem para o atingimento de um fim determinado. Para ele não há teoria moral que não reconheça esse dualismo, referindo-se à distinção weberiana segundo a qual há ações racionais referidas a valor (*wert-rational*) e ações racionais referidas ao fim (*zweck-rational*).

O mesmo Bobbio, numa perspectiva do rigor moral kantiano, coloca que “em geral numa moral do dever, a consideração de um fim externo à ação não só é imprópria, mas também é impossível, porque a ação, para ser moral, não deve ter outro fim que o cumprimento do dever, que é precisamente o fim intrínseco à própria ação” Nessa linha de entendimento, vê-se que

em Kant as ações ditas instrumentais têm de ser praticadas sob uma perspectiva do cumprimento do dever moral, mesmo que o fim desejado não seja alcançado.

Não vemos, no entanto, como dissociar fins e meios em termos de práxis política, vez que as ações meio, no mais das vezes, são praticadas sem o intuito de cumprimento do dever moral, mas sempre com o fito de consecução de um fim desejado no meio político, que pode ser escuso ou não. Numa pior situação, nem os meios nem os fins justificam-se.

Maquiavel enfatizou, numa passagem de Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio<sup>4</sup>, que “Quando é necessário deliberar sobre a saúde da pátria, não se deve deixar de agir por considerações de justiça ou injustiça, humanidade ou crueldade, glória ou ignomínia. Deve-se seguir o caminho que leva à salvação do Estado e à manutenção de sua liberdade, rejeitando-se tudo o mais”. Quis ele dizer com isso que “A salvação do estado é a lei suprema (*salus rei publicae suprema lex*)”.

Dessa maneira, a ação política deve ser vista, na ótica maquiavélica, em relação à necessidade de salvação da pátria, ou seja, objetiva um bem específico, e não sob o ponto de vista de critérios de julgamento pertencentes à moral comum. Kant, por sua vez, mesmo que em detrimento da coletividade, sustentou o cumprimento do dever com base em uma ação que possa ser considerada moral. Quem estaria com a razão?

Pensamos que, a despeito de a ação política demandar a pronta atuação no que diz respeito à salvação da pátria em perigo, à manutenção da grandeza da nação, enfim, à saúde da sociedade tal como preconizado por Maquiavel, ela não pode ficar afastada de uma ordem ética austera, tal qual a defendida por Kant. Mas, o problema que se põe é o de como conciliar o atingimento de fins essenciais à Nação com as práticas éticas desejáveis no exercício da política.

Creemos, firmemente, que mesmo com essas dificuldades, a política não pode ser autônoma com relação à ética, pois isso provoca uma constante instabilidade social e uma perversão dos valores morais, de forma que tudo pode ser feito e até os mais escabrosos casos de corrupção passam a serem vistos com certo ar de normalidade não só no meio político, como também pela própria coletividade que, em última análise, é a maior prejudicada pela corrupção política. Daí o dizer popular “Rouba, mas faz”.

Para ratificar o entendimento de que não há como desvincular a ética da política, Aristóteles deixou à humanidade uma lição no sentido de que o maior bem individual, que em sua opinião era a felicidade, só seria passível de ser alcançado em uma *polis* dotada de leis que fossem consideradas justas, e para que isso acontecesse os políticos, no exercício das atividades que lhes eram próprias, teriam de ser pessoas virtuosas, no sentido moral, agindo sempre com prudência na tomada de decisões<sup>5</sup>.

Diante dessas considerações, acreditamos que o exercício da política não pode estar dissociado da ética. Aí nos reportamos à mesma indagação inicialmente colocada: haveria uma ética ideal que pudesse servir de parâmetro para a atuação política?

#### 4. HÁ RESPOSTAS ÀS NOSSAS INDAGAÇÕES?

Os estudos sobre as principais teorias éticas desenvolvidas ao longo dos séculos, quais sejam: éticas do ser (teorias do bem e da perfeição), analisadas desde a antiguidade até o final do século XVIII; éticas da consciência (Teorias do sentimento moral, dos valores, do utilitarismo, do socialismo), que abrangem os séculos XVI, XVII e XVIII; éticas da linguagem (Método genealógico dos conceitos morais, éticas procedimentais, ética do discurso), dos séculos XIX, XX e XXI, dão-nos uma dimensão global daquilo que vem sendo compreendido como ética, dentro de uma concepção de filosofia moral, todavia não nos permitem dar respostas finais e acabadas sobre nossas indagações, muito embora nos façam ter maior discernimento na tentativa de dirimir indagações que cotidianamente nos são postas acerca do tema ética na política.

Na época atual, ainda procuramos, constantemente, aquele “bem-viver”, proposto por Aristóteles na antiguidade clássica, em que o homem, como animal político, busca viver num meio comunitário justo e igualitário para a consecução de uma vida boa e feliz, com autorrealização (ética eudemonista). Mas, na prática, para muitos, diferentemente do que se pensava na antiguidade, a busca da felicidade não precisa estar associada com a moralidade. É aí que nasce o problema da corrupção política, à medida que, em geral, todos querem tirar o máximo de proveito pessoal enquanto estão no exercício da atividade política, mesmo que em detrimento do próximo, o que nos distancia cada vez mais daquele meio justo e igualitário idealizado por esse memorável filósofo grego.

Assim, a começar pelas primeiras teorias éticas, antes de tentarmos responder às perguntas colocadas ao longo do texto, surge a seguinte indagação, a partir da teoria política de Aristóteles: será que podemos confiar que os agentes políticos são pessoas que possuem uma virtude intrínseca, por serem representantes legais do povo e por isso sempre agem com prudência e honestidade na tomada de decisões, não sendo necessários controles a eles direcionados?

Dos ensinamentos do Estagirita, vemos que, já naquela época, o filósofo expunha preocupações sobre a rotatividade dos cargos de agentes carcereiros, a conveniência da não acumulação de cargos e da renovação de mandatos, a não ser após longos intervalos, e mesmo assim só em alguns cargos. Depreende-se, então, que os inconvenientes da corrupção em geral, e mais especificamente da corrupção política, já eram vislumbrados de forma admirável naquela época.

Destarte, no sentido aristotélico, fica cada vez mais claro que não trazemos em nós, desde o nosso nascimento, a característica intrínseca da virtude, ou seja, esta não nos é um produto natural ou imanente, mas decorre da prática de toda uma educação moral e cívica. Em outras palavras, pelo concurso da ação, baseada na educação, na maturidade e no hábito, é a própria prática que nos torna homens virtuosos.

Diante disso, concluímos, em relação às teorias filosóficas do bem e da felicidade, que, em geral, o homem em toda a sua história tem buscado realmente a felicidade. Mas, no exercício do poder político, cremos que não poderíamos chamá-lo de altruísta, mas, por que não dizer, egoísta, pois o que se procura é o benefício próprio e daqueles que compartilham dos mesmos interesses políticos, no mais das vezes escusos.

Após essas elucubrações sobre a teoria Aristotélica, damos um salto para os estudos kantianos, que, apesar de criticados, contêm teorias que se mantêm vivas e aplicáveis, até hoje, aos problemas centrais da modernidade. Percebemos que também ele teoriza a busca da felicidade, mas ressaltando que para que a atinjamos havemos que ser dignos dela, isto é, a felicidade torna-se efeito do mérito. Quer-se atingir a boa vontade, ou a vontade boa que dá acesso à consciência do dever moral. A existência humana adquire, assim, uma finalidade moral. Mas essas finalidades morais não devem ser arbitrárias, mas categóricas, abrangendo, para isso, valores absolutos, não condicionais, não relativos a certos fins e desejos.

Mas o que vemos, na prática? As ações políticas vão, frequentemente, de encontro aos imperativos categóricos, à medida que os agentes políticos querem atingir o prazer e a felicidade independentemente da observância de regras éticas incondicionais e não suscetíveis das influências dos desejos individuais. Nessa linha, é ilusório esperarmos que ajam por convicções morais próprias, ou seja, tenham as leis morais relativas ao uso da coisa pública, como um imperativo categórico<sup>6</sup>, tal como pensado na filosofia kantiana.

Kant, é importante que se diga, concordava com a concepção romana de que todos buscam a felicidade (*Omnes homines beati esse volunt*), mas para suportá-la teriam de estar convencidos de que realmente eram

dignos dela, pois segundo ele o grande infortúnio que poderia advir para um homem era o menosprezo por si próprio. Nesse sentido, a felicidade obtida por meios escusos ou não condizentes com uma razão íntima seria, por assim dizer, uma falsa felicidade, pois estaria em desacordo com o nosso próprio eu. Dessa forma, mesmo sendo o ser humano imbuído de uma racionalidade ética, não se pode assegurar que a moralidade lhe seja uma característica intrínseca. Demanda-se, então, a produção de normativos acerca da ética dos agentes políticos, produção essa que deve ser feita com a maior austeridade possível, sendo, também, legitimada pela vontade da população, que, em última análise, é a mais prejudicada pela corrupção política. Mas isso só não basta. Há de se impedir (ou reduzir ao máximo) as interferências do poder político e econômico nessa produção normativa e também no processo de aplicação prática do direito positivado. Vislumbramos, dessa forma, que para que os imperativos possam ser válidos no cotidiano do ser humano, não podem estar apenas incluídos como uma abstração na mente dos indivíduos, mas têm que ser consubstanciados em normativos. Imperativos devem ser, portanto, vestidos por características formais próprias. Essa é uma das missões da filosofia moral (ética) e da ciência jurídica, ou seja, pensar quais imperativos mais se amoldam à *práxis* política, para serem juridicizados e aí não só proporcionarem uma reprovação intrínseca, mas, propriamente, uma reprovação jurídica pública de ações fora dos padrões de moralidade.

Diante de uma situação que poderíamos até chamar de uma corrupção endêmica, não podemos esperar que os agentes políticos reconheçam, conscientemente, como seres racionais, os comandos morais concernentes às suas atividades, sem que haja necessidade do estabelecimento de normativos próprios da ética e da intervenção de instâncias de controle. Daí a necessidade de empreenderem-se reflexões cada vez mais profundas sobre o problema da ética na política, já que podemos dizer que se trata de uma atividade nobre que requer representantes imbuídos não só de uma ética de convicções (Kant), própria de cada indivíduo, mas de uma ética da responsabilidade (Weber) totalmente voltada ao interesse público. Os comandos éticos relacionados com o trato da coisa pública têm de ser impostos e delineados de forma austera nas leis, sempre levando em consideração parâmetros imbuídos de uma ética da responsabilidade.

Já no decorrer da filosofia moderna, vimos que Descartes entendia que a condução ao imoralismo decorria da certeza de que há incompatibilidade entre moralidade e felicidade. A solução, então, seria remediar a inconstância dos espíritos fracos por intermédio da Lei, mesmo considerando que essas previsões legais pudessem suprimir as liberdades tão defendidas por ele.

Assim, diante da concepção preponderante no meio dos agentes políticos corruptos no sentido de que a felicidade tem de ser obtida a todo custo, mesmo que em detrimento da moralidade que se espera ver no decorrer de suas atuações como homens públicos, ratificamos que não há como fugir de leis de cunho ético, que tomam por base muitos dos estudos empreendidos na área da filosofia moral. Mesmo que essas leis venham atentar, de certa forma, contra a liberdade humana, tão defendida por Descartes<sup>7</sup> e por Kant<sup>8</sup>, elas são extremamente necessárias, em especial no Brasil, onde os deveres morais a serem observados pelos homens públicos são comumente desconsiderados.

Com relação à ética utilitarista, será que podemos esperar que o ser humano, em particular o agente político, seja capaz de renunciar à sua própria felicidade em prol da felicidade dos outros, aí entendidos como a coletividade? Diante de tantos fatos históricos com o qual nos deparamos, cremos que essa renúncia e abnegação podem até acontecer, mas como fatos excepcionais.

A nosso ver, a regra é que poucos têm, verdadeiramente, a intenção de servir ao bem comum. Por isso, a noção de utilidade tão bem delineada pelos pensadores ingleses Bentham e Stuart Mill parece-nos ser utópica, numa sociedade em que, sabidamente, os grupos não são compostos pela soma das partes, pois têm interesses bastante divergentes. Em sendo assim, não vislumbramos como a noção de utilidade possa servir de medida de valoração para o comportamento humano, mais especificamente para o dos agentes políticos.

Com relação às éticas da era da linguagem, observamos que se trata de uma maneira bastante interessante de ver a moral, utilizando-se a linguagem como forma de justificação prática dos juízos de valoração moral. Estes têm de ser validados e justificados enquanto juízos morais, de forma que saibamos quais são verdadeiros e necessários, e em que sentido o são.

No sentido do agir político, os normativos éticos previamente estabelecidos num determinado ordenamento jurídico necessitam de uma motivação sempre voltada para o bem da coletividade. Nessa linha, para agir moralmente, os agentes políticos não devem vislumbrar interesses particulares, mas, sempre, públicos. Agindo contra estes, estarão agindo contra a ética, conduta esta digna de reprovação legal e social.

Mas o que vimos foi que ora considerando a ideia do bem, ora expressando a realidade objetiva, ora expressando a ideia de ordem, em geral, havia e há nos homens estudiosos da filosofia moral uma forte pretensão de que houvesse racionalidade e objetividade no trato dos valores. Os bens humanos buscados incluem primordialmente coisas que são boas pela sua própria natureza, ou seja, bens objetivamente bons, como a ausência de imoralidade ou, mais especificamente, moralidade administrativa, consubstanciada como princípio constitucional insculpido no art. 37, *caput*, da Carta Magna de 1988.

Como conciliar racionalidade, objetividade e moralidade? Pensamos que só por intermédio da feitura de normas condizentes com as realidades históricas e com as aspirações das populações diretamente interessadas. Normas, no sentido kantiano, mais imperativas e voltadas para o formalismo, racionalismo e rigorismo, mesmo que direcionadas para universos de menores dimensões que as imaginadas por Kant, bem assim as imbuídas de uma ética de responsabilidade, no sentido weberiano, seriam, no nosso sentir, um ponto referencial bem interessante.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos, assim, de ressaltar que não encontramos uma resposta pronta e acabada para a indagação feita no início do capítulo, sobre se haveria uma ética que mais se adequaria ao exercício da atividade política.

Mesmo cientes da complexidade das relações entre a ética e a política, não vislumbramos, tal como teorizado por Maquiavel, como a imagem da política pode estar dissociada da ética, pois esta tem que penetrar nos desdobramentos da política, dada a premente necessidade de sua estruturação ética. Noutros termos, mesmo detentor de uma lógica própria, o poder político não pode se desvencilhar da ética. Em se dissociando da ética, a política perde sua capacidade intrínseca de realização do bem da coletividade dentro dos padrões de moralidade exigidos.

Diante dos ensinamentos de Kant, que priorizam um agir moral intrínseco e válido para todos (imperativo categórico), e de Max Weber, que levam em consideração que na ética política devem ser ponderados os resultados das ações, de uma coisa temos certeza: a ética da conduta política não pode ser semelhante à ética de qualquer outra conduta.

No nosso sentir, mesmo diante do fato de a política ser uma ciência autônoma e detentora de uma lógica própria, a ligação entre a ética e a política não se pode romper, sob pena de se instalar um campo bastante fértil para a inobservância de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, com destaque para o princípio da moralidade.

Quanto à relação entre o direito, a política e a ética, muito embora reconheçamos a autonomia das questões jurídicas no campo do direito, das questões

políticas no campo da política e das questões éticas no campo da ética, entendemos que essa autonomia não implica a dissociação entre o direito e a ética, tampouco entre o direito e a política. Nesse contexto, os normativos jurídicos devem fazer uma interface entre política e ética, harmonizando-as, permitindo aos julgadores punir de forma austera, aqueles que ameaçam a moralidade e não abrindo espaços para a impunidade, que funciona como um incentivo para a prática de atos corruptos das mais diversas espécies.

Realisticamente, o que vemos é que a construção eficaz do tão falado Estado Social Democrático de Direito, no qual o princípio da moralidade deveria se realizar amplamente, fica cada vez mais prejudicada, pois os desvirtuamentos ocorrem sem que haja a efetivação prática das medidas punitivas cabíveis para os políticos corruptos.

Assim, considerando que a democracia<sup>9</sup> pressupõe a participação de todos, não apenas no processo de escolha dos governantes, mas nos fatos sociais que afetam a coletividade administrada; considerando que sempre devemos nos perguntar quais são os principais desafios éticos com os quais nos defrontamos no combate e prevenção da corrupção; considerando que os escândalos sobre corrupção produzem um profundo mal-estar no seio da nossa sociedade, o que faz com que reapareçam antigas preocupações éticas; considerando que o exercício da política deve ser compatível com a ética; considerando que não há uma ética ideal ao exercício da atividade política; surge nova indagação: não seria a associação das éticas da convicção (Kant), da responsabilidade (Weber) e do discurso (Habermas) um caminho a seguir para o alcance de soluções normativas mais efetivas?

## REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *Ética na política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002.
- CANTO-SPERBER, Monique; OGIEN, Ruwen. *Que devo fazer? A filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005.
- DENNY, Ercílio A. *Ética e política*. Piracicaba, 1999.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.
- DIAZ, Elias. *Ética contra política: los intelectuales y el poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.
- PERELMAN, Chaïm, *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A ética na política*. São Paulo: Lazuli, 2006. (Coleção idéias à mão)
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. Organização e introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Loyola, 2002.
- ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

## NOTAS

- 1 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. São Paulo: Edições Loyola. 2002, p. 177.
- 2 Dicionário de Ética e Filosofia Moral. [Org.] Monique Canto-Sperber. Editora Unisinos.
- 3 BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- 4 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 4. ed. Editora Universidade de Brasília, 1994.
- 5 Dicionário de Ética e Filosofia Moral. [Org.] Monique Canto-Sperber. Editora Unisinos.
- 6 Kant fundamenta os princípios gerais da ação humana na razão prática, enunciada nos seguintes termos: "Age de maneira tal que a máxima de tua ação sempre possa valer como princípio de uma lei universal." O argumento filosófico delineado ficou conhecido como imperativo categórico e, segundo ele, a nossa ação deve ser universal, ou seja, válida para todos.
- 7 "[...] E eu punha entre os excessos, particularmente, todas as promessas pelas quais se suprime algo da própria liberdade. Não que eu desaprovasse as leis que, para remediar a inconstância dos espíritos fracos, permitem, quando se tem um bom propósito ou mesmo, para a segurança do comércio, um propósito que é apenas indiferente, fazerem-se votos ou contratos que obrigam a perseverar neles; mas porque eu não via no mundo nada que permanecesse sempre no mesmo estado, e porque, no meu caso particular, prometia-me aperfeiçoar cada vez mais meus julgamentos, e não torná-los piores, eu teria pensado cometer uma grande falta contra o bom senso se, pelo fato de aprovar então alguma coisa, me obrigasse a tomá-la como boa também depois, quando ela tivesse deixado de sê-lo ou quando eu tivesse deixado de considerá-la como tal." (DESCARTES, op. cit., p. 13)
- 8 "As questões metafísicas, em Kant, tratam precisamente do que não posso conhecer. No entanto, não posso evitar pensar acerca do que não posso conhecer, por que isso refere-se ao que mais me interessa: a existência de Deus; a liberdade, sem a qual a vida seria indigna para o homem, seria 'bestial'; e a imortalidade da alma. Na terminologia kantiana essas são as questões práticas, e é a razão prática que me diz como pensar a respeito delas. Mesmo a religião existe para os homens enquanto seres racionais 'apenas dentro dos limites da razão'." (ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Reluma Dumará. p. 28)
- 9 Bobbio assim se refere à democracia: "as definições de democracia, com todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como 'poder em público'. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomar as suas decisões às claras e permitem que os governados 'vejam' como e onde as tomam. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia, a política e as lições dos clássicos*. São Paulo: Campus, 2006. p. 75). Nesse sentido, um caminho para garantir condutas políticas éticas é a transparência e a visibilidades das ações públicas.

# Auditoria de Performance – *Value for Money* (VFM)

André Jacintho dos Santos

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte da ação de disseminação de conhecimentos adquiridos no curso de Auditoria de Performance nos Serviços Públicos, *Value for Money*, oferecido à Secretaria-Geral da Organização dos Tribunais de Contas de Língua Portuguesa (OISC/CPLP), promovido pelo Tribunal de Contas de Portugal e ministrado por Robert Reeve, instrutor do *National Audit Office* (NAO) no período de 2 a 5 de dezembro de 2008.

O treinamento abordou o conceito de *Value for Money* e técnicas relacionadas. Basicamente, esse conceito refere-se ao valor de retorno para a sociedade, a partir de uma despesa ou investimento feito pelo poder público, em outras palavras, benefícios obtidos como resultado de despesas incorridas.

O artigo está estruturado em tópicos, da seguinte maneira: 1) O que é VFM?; 2) Seleção de estudo; 3) Planejamento; 4) Gerenciamento de Projeto; 5) Abordagem dos seis chapéus do pensamento; 6) Análise de Questão; 7) Auditoria de Campo VFM; 8) Conclusão.

## O QUE É VFM?

Inicialmente, é importante citar as origens do VFM no NAO para uma melhor compreensão do seu conceito. O VFM, no NAO, é desenvolvido a partir da responsabilidade de apresentar o relatório de contas ao Parlamento Inglês. Ele tem evoluído por um longo caminho de relatórios apresentados.

Não obstante isso, deve-se ser consciente de suas raízes no trabalho de auditoria financeira e não se pode perder de vista os benefícios a serem adquiridos a partir de trabalho em estreita colaboração com os colegas a auditoria financeira, estabelecendo uma boa compreensão dos riscos de VFM associados a cada departamento governamental.

A evolução do VFM tem se caracterizado pela flexibilidade e criatividade, em vez de uma abordagem altamente prescrita ou codificada. O curso estabeleceu as abordagens necessárias para realizar um estudo com padrões de qualidade satisfatórios, reforçando os benefícios de permanecer flexível e sensível às necessidades do Parlamento e de outras partes interessadas.

André Jacintho dos Santos é servidor do Tribunal de Contas da União. É graduado em Administração pela Universidade de Brasília (UnB).

O ciclo VFM expõe as fases críticas da vida de um estudo VFM. Este ciclo se aplica a quase todos os estudos no contexto brasileiro, com os devidos ajustes.

Figura 1 – Ciclo de estudo VFM



Deve-se ter uma abordagem baseada no risco de conceber os estudos. A equipe de estudo precisa reconhecer estes fatores no início, determinando prazos, custos, recursos e demandas de estudo nesse sentido. Essa análise de risco é o cerne do estudo no processo de seleção.

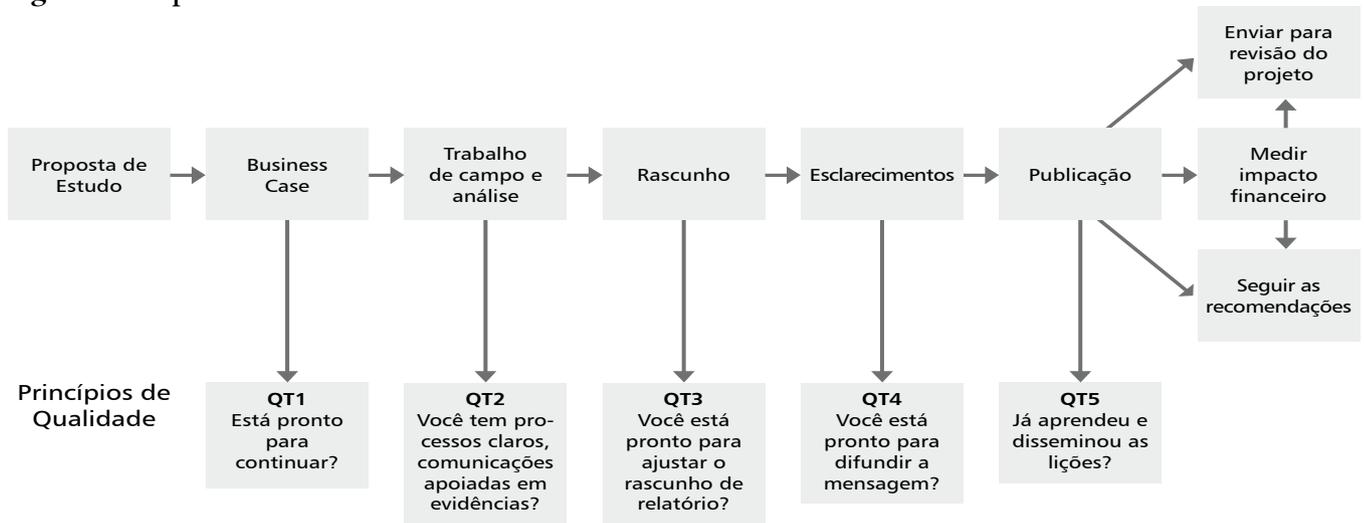
Em todos os estudos VFM, deve haver um equilíbrio entre o tempo, o custo e a qualidade (O triângulo prazo-custo-qualidade). Se decidirmos que o estudo está com o tempo crítico e o relatório deve ser publicado rapidamente, talvez seja necessário implantar uma ampla equipe de estudo ou recorrer à assistência externa, para realizar o trabalho de campo no menor período possível. Se, porém, o estudo é politicamente sensível, utiliza tecnologia de ponta, metodologias ou a natureza é muito complexa, tem-se a necessidade de reconhecer isso em termos de calendário e custos, gerindo os riscos.

Os auditores devem encontrar o equilíbrio certo entre estes três elementos. Deve ser possível entregar um produto de alta qualidade, embora tendo apenas um montante razoável de tempo e permanecendo dentro do orçamento.

Em um estudo de VFM, há o que se chama de limiares de qualidade que são projetados para orientar a equipe, fazendo com que ela se concentre nas perguntas importantes. A equipe deve ser capaz de responder "sim" às perguntas colocadas em cada limiar antes de passar à próxima fase do trabalho.

Há cinco Limiares de qualidade que podem ser utilizados de forma eficaz, como um auxílio à tomada de decisão nos pontos críticos no estudo. Os limiares representam garantia de que as equipes fizeram investigação suficiente e análise em certos pontos vitais do estudo para garantir um produto de qualidade. A figura abaixo resume a forma como os limites se referem ao ciclo de estudo.

Figura 2 – O processo de estudo



A finalidade da prestação de serviços públicos é sempre evoluir. Os governos procuram melhorar a qualidade do serviço que os cidadãos recebem por: 1) fornecer serviços mais rapidamente; 2) utilizando tecnologia mais atual; 3) envolvendo parceiros, tais como o setor privado, no financiamento e prestação de serviços; 4) tornar os serviços mais acessíveis, e 5) entregar de uma maneira mais concentrada, como através de “balcões únicos” que oferecem vários serviços em um único local.

Quando novas abordagens à prestação de serviços são introduzidas, é necessário assegurar que exista confiança na elaboração de relatórios ao Parlamento, de que maneira é gasto o dinheiro dos contribuintes, e se a otimização dos recursos está sendo alcançada.

Ao mesmo tempo, novas abordagens de entrega envolvem alguns riscos, bem como se a função de auditoria foi vista como um desincentivo para a assunção de riscos. É, portanto, necessário demonstrar que a auditoria externa e independente que se reporte ao Parlamento é um agente benéfico para a mudança.

Tem-se respondido a mudanças na forma como os serviços são fornecidos, as expectativas dos Parlamento e os cidadãos: 1) adoção de uma abordagem

positiva da nova forma de prestação de serviços; 2) incentivando a gestão de risco; 3) centrando-se mais nos resultados e menos nos processos; 4) alargando o foco dos exames; 5) abordando questões interdependentes; 6) promovendo melhorias no desempenho; 7) apoiando a unidade de informação do Governo; e 8) procurando alargar o impacto do trabalho.

O mandato do NAO é: “O Controlador e o Auditor Geral podem proceder a análises sobre a economia, eficiência e eficácia de qualquer departamento do governo que tem usado recursos públicos no desempenho de suas funções”. Como se pode observar, este mandato é muito parecido com a missão do TCU.

Economia é a minimização do custo de recursos utilizados para uma atividade, embora tendo em conta a qualidade adequada. Eficiência é a relação entre resultados, em termos de bens, serviços ou de outros resultados e os recursos utilizados para produzir-lhes. Uma atividade eficiente maximiza a produção para uma dada entrada, ou minimiza a entrada para um determinado produto e, ao fazê-lo, não se descuida da qualidade adequada. Eficácia é a medida que os objetivos foram atingidos e a relação entre os impactos desejados e os reais impactos de uma atividade.

O trabalho de VFM desempenha um papel crítico na ajuda ao Parlamento para controlar o Governo responsabilmente e garantir que os recursos públicos sejam bem usados. Mas para se trazer um valor agregado, o objetivo final de um trabalho de VFM deve ser benéfico para promover a mudança dentro dos órgãos auditados. Essa mudança pode implicar: 1) melhorias na qualidade do serviço; 2) mais eficiência em termos de custos de realização dos objetivos declarados; 3) poupanças financeiras; 4) melhores maneiras de se trabalhar, e 5) prevenção de desperdícios.

Em síntese o VFM é valor de retorno a partir de uma despesa ou investimento, em outras palavras, benefícios obtidos como resultado de despesas incorridas. O VFM é atingido quando o valor dos benefícios são superiores aos custos e quando se alcança: economia; eficiência e eficácia.

A auditoria de VFM tenta responder a duas questões básicas: 1) Está tudo sendo feito de maneira correta? e 2) Tudo tem sido feito certo?

### **SELEÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS ESTUDOS DE VFM**

A abordagem à seleção e delimitação dos estudos e dos processos deve se iniciar explicitando quem gera as ideias de estudo. No geral, tais ideias surgem das equipes de auditoria; do Parlamento; dos órgãos ou entidades governamentais; e do grande público, juntamente com outras partes interessadas.

Os fatores a serem considerados na seleção do estudo, são: 1) melhora do serviço entregue; 2) impacto financeiro e eficiência; 3) a cobertura do estudo e seu risco; e 4) questões atuais.

Além disso, tem-se de considerar as fontes de informação histórica, como por exemplo: 1) nas entidades auditadas, os relatórios anuais; 2) nas partes externas interessadas, trabalhos acadêmicos, mídia etc.; 3) no Parlamento, os pareceres; e 4) nos outros organismos de auditoria ou inspeção.

É muito importante conhecer as técnicas de identificação do projeto. A abordagem proposta para a identificação de um estudo irá variar consideravelmente em função da natureza do sujeito e da quantidade de conhecimentos que a equipe de estudo possui desde o início. A ênfase deve ser sempre na construção de uma boa compreensão do tema analisando no o menor tempo possível. Isto poderia envolver uma única reunião na qual um tema já é conhecido ou uma maior recolha de dados em que o tema é novo ou complexo. O processo, muitas vezes, começa com uma pesquisa bibliográfica, análise de documentos e serviços de consultores externos.

Ao cotejar a pesquisa, os tipos de informações que são susceptíveis de serem particularmente úteis incluem: 1) despesas, renda, recursos, o número de pessoal e da cobertura geográfica; 2) papéis e responsabilidades dos

principais funcionários; 3) legislação, regulamentação e os instrumentos políticos; 4) um resumo das prováveis interesses do Parlamentar no assunto; 5) beneficiários e destinatários dos serviços; 6) terceiros envolvidos, e 7) mudanças em relação ao que precede, nos últimos anos - principais eventos e datas.

As equipes devem garantir que capturaram os pontos de vista do cliente e de terceiros, na medida do possível. Os clientes-chave da equipe são susceptíveis de incluir o tesoureiro, a Administração, o gestor do departamento de finanças, os chefes de serviços operacionais e do chefe de auditoria interna. Terceiros podem ser indivíduos, empresas, representantes e outros órgãos que operam em condições normais do mercado de governo.

É de grande valia identificar os especialistas reconhecidos - profissionais, acadêmicos, peritos e outros órgãos - em seu campo e fazer contato. Eles podem ajudar a manter informado de novas investigações e recomendar outros contatos.

A equipe também deve garantir que a sua ideia de estudo seja coerente com a estratégia do auditado. Estas estratégias têm sido desenvolvidas para ajudar em uma abordagem para o auditado e para ajudar a priorizar o uso dos recursos. As ideias são desenvolvidas pelo Diretor da unidade auditada, em articulação com outros funcionários-chave, e abrangerá: 1) um resumo dos principais desafios enfrentados pelos auditado que gostaria de ser abordado no programa de trabalho; 2) oportunidades para o trabalho ajudar a aumentar o desempenho de serviços ao cidadão; 3) fragilidade específica que precisa ser mitigada através da inovação e de novos métodos; 4) as implicações para o auditado.

## **PLANEJAMENTO**

Um planejamento adequado é fundamental. As equipes precisam saber o que eles querem alcançar e como elas estão indo para lá chegar. Para fazer isso, é necessária a elaboração de: 1) o que - a utilização questão análise ou um método semelhante para definir suas perguntas; 2) o modo como - uma metodologia, repartida em tarefas; 3) quando - definir um calendário realista; 4) o que - identificar as habilidades e competências necessárias para cada vertente do trabalho, incluindo a necessidade de consultores, e 5) o custo.

Os procedimentos para o planejamento de estudos devem estar expostos quando começar a planejar um estudo, as equipes passam por duas fases do processo de planejamento.

Etapas 1: um curto documento de opções é necessário, dando uma breve sinopse da proposta, com um número de opções viáveis. Esta etapa atende a importante questão da "O que devemos olhar?". Este documento é enviado para a decisão, nesta fase defini-se a rota do estudo e o nível de recursos que se está preparado para investir.

Etapa 2: um planejamento mais detalhado - o plano de estudo - contendo os métodos, orçamento e prazos, em torno da decisão da primeira fase, e concluída em modelo de formulário. Esta etapa responde à pergunta “Como devemos fazer isso?”.

### **GERENCIAMENTO DE PROJETO**

Um projeto é, basicamente, algo que tem data de início, meio e data final. Os projetos são diferentes, pois suas atividades têm um número de características distintas, trazem mudanças, oferecem novas oportunidades e possuem elementos desconhecidos, portanto, criam riscos. O projeto terá um resultado mensurável em termos de impactos, ou seja, traz mudança para o que é feito ou a forma como algo é feito. Um projeto possuirá benefícios tangíveis, como melhoria de procedimentos, aumento de receita ou custo minimizado; e benefícios intangíveis, quando uma organização se desloca seus objetivos estratégicos.

As principais ameaças ao sucesso do projeto são: má comunicação; falta de planejamento na programação, nos recursos e nas atividades; metas não atingidas; falta de controle de qualidade; custos em desconformidade com o orçado; inadequada coordenação de recursos; má gestão; incompetência técnica; falta de recursos financeiros para realizar o trabalho corretamente.

Um bom projeto inclui um escopo, objetivos, supervisão, plano com itens específicos (tarefas, modo de alcance dos objetivos, ordem das tarefas, recursos necessários, prazos e controle de qualidade).

As principais etapas da gerência do projeto são: estudo de viabilidade; planejamento do projeto; implementação do projeto; revisão pós-implementação e manutenção.

São necessárias competências rígidas e flexíveis na gestão de projetos. As rígidas são: estratégia; planejamento e programação; análise de rede; estruturas de repartição de trabalho e técnicas de controle. Além disso, faz-se necessário identificar os riscos e as ameaças. As flexíveis são: construção de times; liderança; apresentação/comunicação; motivação; influência e negociação.

Um adequado gerenciamento de projeto deve responder a algumas questões, por exemplo, 1) como se apresenta o projeto terminado; 2) que resultado aparece; 3) como se mede o resultado; 4) qual é o cronograma e; 5) o modo como se ajusta aos objetivos do projeto. Diante disso, o desafio do projeto é cumprir os objetivos dentro do prazo, do orçamento e com qualidade.

## ABORDAGEM DOS SEIS CHAPÉUS DO PENSAMENTO

Essa abordagem é baseada na Obra de Edward de Bono que pode ser exposta, sinteticamente, do modo a seguir.

O chapéu azul está preocupado com o controle da organização e do processo de pensamento. Também aborda a gestão da utilização dos outros chapéus. Ele proporciona a estrutura durante debate; explora um tema; mantém o foco; exige resultado e define prazos.

O chapéu branco é neutro e objetivo. Ele está preocupado com fatos e números. Ele se importa com as informações disponíveis e necessárias; avaliação da nova situação; influencia decisões; compensa visões irrealistas; pré-planeja; resolve desavenças e negocia.

O chapéu preto é negativo e pessimista e dá a visão negativa. Enfatiza o porquê de uma coisa não poder ser feita; trata de precauções/riscos. Ele tem cuidado, visualiza as dificuldades e os problemas; evita os erros; avalia as alterações; verifica na prática e negocia.

O chapéu amarelo é positivo, dá a visão otimista positiva relativa aos valores e benefícios. Ele explora uma nova ideia; julga uma ideia; compensa a negatividade; lida com as grandes mudanças e checa os valores omitidos.

O chapéu vermelho sugere fúria, raiva e emoções. Ele lida com sentimentos e intuições, faz a leitura do grupo; explora emoções subjacentes; toma votação sobre uma decisão e prevê a aceitação de uma ideia.

O chapéu verde indica criatividade, dá novas ideias e alternativas, desafia a satisfação consigo mesmo; busca melhoria; força mais ideias, mesmo obtendo fracassos.

Nessa abordagem é importante lembrar manter sempre o tipo de pensamento indicado pelo chapéu. Se surgirem outras ideias, guardá-las. Os chapéus indicam um tipo de pensamento, eles não são descrições de pessoas ou modo de pensar. Em vez de argumentar, disponha as ideias diferentes em paralelo - uma ao lado das outras - e, em seguida, compare-as mais tarde. É fundamental manter sempre o ritual dos chapéus e suas respectivas cores, não deixando de tratar seriamente essa abordagem, tendo em mente que isso pretende simplificar os pensamentos.

## ANÁLISE DE QUESTÃO

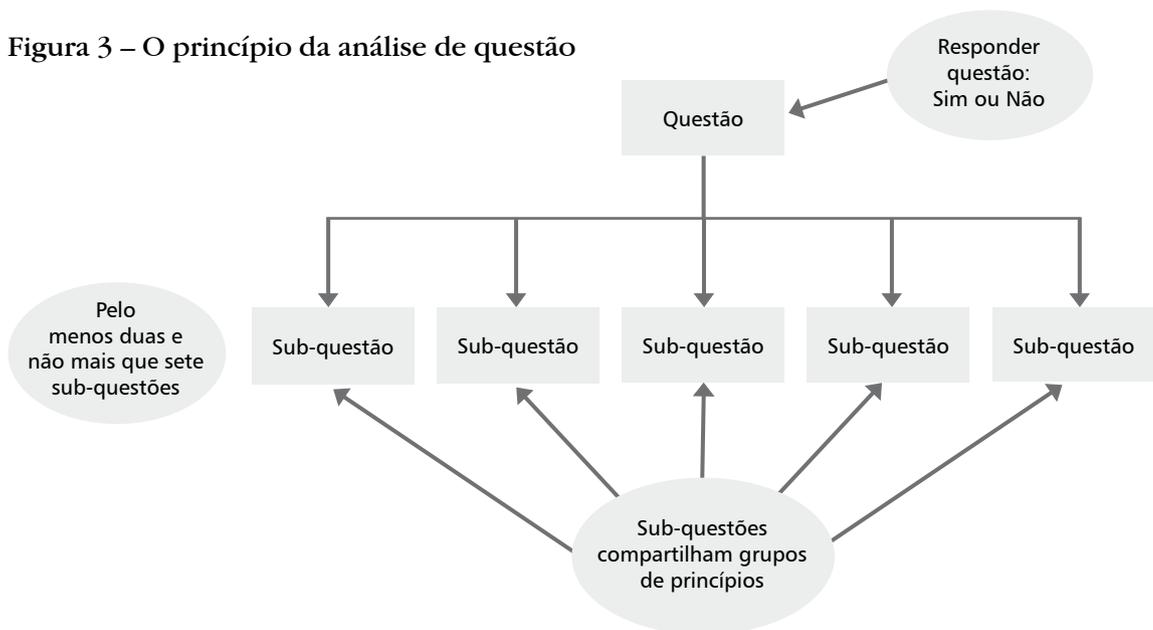
Outra técnica abordada no curso foi a Análise de Questão que é baseada no livro de Barbara Minto, *The Pyramid Principle*.

Essa técnica é utilizada para esclarecer sobre o que é o estudo e quais evidências têm-se de recolher. Além disso, auxilia a produzir um estudo bem estruturado a tempo e dentro do orçamento.

A Análise de questão toma a forma de pirâmide, fornece um enquadramento para o estudo, com uma rigorosa abordagem estruturada, compondo uma hierarquia de perguntas Sim/Não. As perguntas Sim/Não permitem a avaliação e a comparação. As questões são focadas, portanto, não coletam evidências demasiadamente; o estudo em equipe tem respostas mais claras na fase do *Dinner Party*, em outras palavras, numa reunião mais descontraída.

Devem estar envolvidos na Análise de Questão, a alta administração e os principais interessados, auditado e consultores. É importante usar um facilitador independente. A seguir é ilustrada essa metodologia.

Figura 3 – O princípio da análise de questão



#### AUDITORIA DE CAMPO VFM

Basicamente, a auditoria de campo consiste em formular perguntas claras, decidindo que evidências seriam necessárias para responder às questões, além de obter e analisar a prova. As evidências devem ser suficientes, pertinentes e confiáveis. É necessário refletir sobre: 1) a independência das fontes de evidência; 2) a qualidade da análise de dados; 3) cuidado na coleta da evidência, e 4) finalidade para a qual a prova será usada.

As metodologias de trabalho de campo têm como principais etapas no desempenho da auditoria de campo: a coleta de dados e análise dos dados. Os dados podem ser quantitativos ou qualitativos.

Os métodos quantitativos estão preocupados com números e tudo o que é quantificável. Os resultados são frequentemente apresentados em tabelas, gráficos ou outras formas de estatísticas. Eles são estatisticamente representativos da população; fazem perguntas como “quantos” ou “quantas vezes”. Além disso, podem fornecer medidas claras de custos, benefícios e resultados; podem fornecer avaliações da força das evidências; muitas vezes formam a base das manchetes sobre poupança, benefícios e eficácia; muitas vezes simples, mas potencialmente poderosos e qualquer um pode usar estas ferramentas.

Os métodos qualitativos são sobre dados verbais e visuais sobre pessoas, incluindo as opiniões, sentimentos e experiências. Eles não são estatisticamente representativos da população, fazem questões como “como” e “por que”, além de fornecerem conhecimento muito útil em uma área sob controle.

Os principais métodos de coleta de dados quantitativos são: 1) revisão de dados numéricos nos arquivos, documentos e impressos; 2) Amostragem; 3) sondagem de fatos, e 4) *Benchmarking*. Os principais métodos de coleta de dados qualitativos são: 1) revisão de arquivos de dados não-numéricos; 2) revisão de documentos; 3) entrevistas; 4) observação; 5) exame sobre visões e experiências, e 6) grupo focal.

A análise dos dados envolve interpretação de dados para se chegar aos achados de auditoria. A interpretação dos dados deve ser clara e lógica. As principais metodologias de análise de dados quantitativos são: calcular valores numéricos; a extrapolação das tendências; custos unitários; estatísticas básicas e testando hipóteses; análise regressiva; análise fatorial e análise de custo-benefício.

A fase final de análise de dados avalia a força da evidência, combinando os resultados de diferentes fontes, comparando os critérios (o que deve ser) com a auditoria, pondera os argumentos e afirmações, consulta *experts* e faz comparações.

A desvantagem de métodos qualitativos e quantitativos é responder perguntas “o que” ou “por que”, mas não ambas. Outro embaraço é conciliar dados qualitativos e quantitativos, as diferentes abordagens apóiam-se mutuamente. No entanto, há como se fazer verificação cruzada de coerência, reduzindo o viés nos dados. Dessa forma, não se pode esquecer-se da triangulação com a finalidade de verificação.

Dentro do mesmo contexto, para se decidir se a prova é satisfatória, deve se perguntar se é suficiente, ou seja, se é mensurável na quantidade ou convincente na qualidade. Além disso, deve ser capaz de convencer uma pessoa razoável que as conclusões e as recomendações são justificáveis e embasadas. Adicionalmente, para verificar se a prova é relevante, ela deve ser lógica e sensata em relação aos objetivos e critérios de auditoria e observar o propósito, a fonte e o seu alcance. Para que a prova seja confiável, ela deve ser coerente com os fatos e válida, corroborada por mais de uma fonte, documentável em vez de oral, direta em vez de indireta e original em vez de fotocópias. Por fim, e mais relevante, a prova deve responder as questões de auditoria.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade, apresentar os conhecimentos adquiridos no curso de Auditoria da Performance nos Serviços Públicos. As técnicas apresentadas podem ser objeto de estudo e adaptadas ao contexto brasileiro de controle externo, na medida em que as metodologias apresentadas têm por objetivo salvaguardar a utilização dos recursos públicos em benefício da sociedade.

A reputação dos trabalhos de auditoria se baseia na qualidade dos relatórios. A credibilidade depende de serem vistos como precisos, equilibrados e imparciais. Uma maneira de conseguir isso é buscar a partir de observações daqueles que são o tema do relatório. Para se apurar essas questões estabelece-se que: 1) todos os materiais e os fatos relevantes foram incluídos; 2) os fatos não estão em conflito; 3) sua apresentação é justa; 4) as observações ou conclusões chegarem a partir de um acordo com o necessário equilíbrio.

Diante disso, fica lançada a semente de que o controle externo federal é muito mais que um simples verificador do atendimento de normas e procedimentos por parte dos jurisdicionados. Dentro desse contexto e indo além, vislumbro todas as Secretarias de Controle Externo do TCU, adotando metodologias de auditoria operacional em processos de sua competência, não se restringindo a auditorias de conformidade. Podendo, sim, avançar nos procedimentos operacionais dos órgãos e entidades a fim de serem agentes de mudança no sentido de converter suas ações em benefícios reais para a sociedade, cumprindo de forma capital a sua missão na democracia brasileira.

## REFERÊNCIA

Auditoria de Performance. In: ACÇÃO DE FORMAÇÃO SOBRE AUDITORIA DE PERFORMANCE (VFM), 1., 2008, Lisboa. Material didático do curso. Lisboa: Tribunal de Contas de Portugal, 2008.

# Direito Tributário e Controle Social

Antonio Henrique Lindemberg  
Baltazar

*A fome é a realidade, o efeito e o  
sintoma da ausência de cidadania.  
Herbert de Souza (Betinho)*



## 1. INTRODUÇÃO

O direito tributário sempre foi pensado sob o enfoque da relação obrigacional do cidadão-contribuinte com o Estado, a partir de uma lúdima relação impositiva, como ato de império. Nesse sentido é a gênese da expressão Fisco, proveniente de *fiscus*, que era a cesta de junco com a qual eram arrecadados pelos romanos os impostos, particularmente dos povos conquistados.

Todavia, com a constitucionalização das relações tributárias, que entre nós foi iniciada com a Emenda nº 18 à Constituição de 1946, e as posteriores reformulações ocorridas com as Constituições de 1967 e 1988, a reflexão tributária começou a se orientar pela integração do direito tributário aos direitos fundamentais, pela promoção de mudanças que venham a realizar o ideário da justiça fiscal.

A tributação, dentro do moderno Estado Democrático de Direito, afasta-se da visão meramente arrecadatória, e torna-se instrumento necessário para a execução dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil<sup>1</sup>, especialmente, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades econômico-sociais.

É sob essa visão que surge o controle social das políticas públicas, do que se requer a participação efetiva da sociedade como mecanismo de democratização da democracia<sup>2</sup>, permitindo que os cidadãos não só participem indiretamente da formulação das políticas públicas, mas, também, fiscalizem a aplicação dos recursos públicos obtidos através das receitas arrecadadas pelos entes federados.

## 2. DIREITO TRIBUTÁRIO E CONTROLE SOCIAL

Com fundamento em nossa história econômica colonial, onde todas as riquezas aqui produzidas tinham como destino certo a grande metrópole portuguesa, situada a milhares de quilômetros do Brasil, é comum a visão social da tributação como algo a ser evitado a todo custo, como uma verdadeira lesão à liberdade individual.

Antonio Henrique Lindemberg Baltazar é servidor da Receita Federal do Brasil. É pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas (IDP-DF) e Mestre em Direito Constitucional (IDP-DF).

Nesse contexto recordemos, a título de contextualização histórica, a experiência da inconfidência mineira – uma tentativa de insurreição abortada pelo governo português em 1789 – cujo principal pretexto foram as altas taxas implementadas sobre a extração do ouro (derrama). Após quase 220 anos, os brasileiros enxergam o Poder Público assim como os revoltosos de Minas enxergavam a Metrópole, como apropriadores, e, assim sendo, fazem de tudo para se eximir do pagamento dos tributos. Ocorre que, enquanto antigamente o dinheiro aqui arrecadado era gasto em terras lusitanas, hoje, os tributos servem para o financiamento do próprio Estado brasileiro.

É de se recordar, contudo, que onde se adota o sistema econômico capitalista existe poucas formas de obtenção de recursos com o intuito de financiar as atividades estatais, quais sejam: (i) tributação; (ii) intervenção direta no exercício da atividade econômica; (iii) emissão de moedas; (iv) obtenção de empréstimos. Assim, se não quisermos um Estado intervencionista, endividado ou com crise inflacionária, necessário se faz apoiarmos a tributação, pois sem esta não resta outra saída senão a exploração direta de atividade econômica pelo Estado. Nesse sentido, a tributação torna-se imprescindível à existência de um país onde as atividades econômicas são em regra executadas pela iniciativa privada, em um regime de liberdade-estatal<sup>3</sup>.

Portanto, “a liberdade é razão e limite da tributação”<sup>4</sup>, ou, em outras palavras, “os tributos são o preço da liberdade, no sentido de que se constituem no espaço aberto pelos direitos fundamentais e visam sua garantia”<sup>5</sup>.

Os tributos são responsáveis pela manutenção do Estado, mantendo os serviços e a implementação das políticas públicas, cujo escopo é permitir ao Estado alcançar o bem comum. Assim, necessário se faz o rompimento da dicotomia tributação/liberdade, de forma a possibilitar que o destino da arrecadação tributaria seja a concretização dos imperativos constitucionais. Sem isto, continuaremos a vivenciar a postura da sonegação fiscal como um fato normal na (de) formação do povo brasileiro.

É importante observar que no cenário brasileiro faz-se habitual o discurso legitimador da sonegação tributária dentro da ideia do “para que pagar se não há retorno dos serviços públicos”. Como afirma Eduardo Ribeiro Moreira, a sonegação de tributos justifica-se por um processo de racionalização, processo este que acaba por justificar qualquer ilegalidade. A racionalização das ações humanas para o comportamento ilícito é responsável pelo processo de corrupção. “A corrupção inicia-se nas pequenas condutas, como a sonegação de tributos, o uso indevido de influências e favorecimentos, estímulo de aquisição de produtos piratas, e a penetração dessas práticas ilegais faz-se com um discurso reacional de justificação”<sup>6</sup>.



É certo que as políticas públicas voltadas à redução da miserabilidade social, ao acesso à educação e à saúde são ainda insuficientes. Contudo, não é pela postura do não-pagamento dos tributos, do cada-um-por-si típico das classes não afetadas pelas mazelas sociais, que os problemas sociais que afetam nossa sociedade acabarão por se resolver.

A mudança de nossa realidade passa por uma postura ativa de todos os cidadãos na definição de prioridades e no controle dos gastos públicos, seja através de organizações representativas da sociedade (conselhos, sindicatos, grupos de bairros) ou diretamente através da conduta cidadã de cada um de nós. Somente quando levarmos a sério a advertência realizada pelo grande escritor russo Fiódor Mikhailovitch Dostoievski, em seu livro *Irmãos Karamázov*, no sentido de que todos somos responsáveis por tudo e por todos é que as soluções começarão a ser enxergadas. E é justamente através do controle social da arrecadação tributária e dos gastos públicos que se forma uma postura de consciência da justiça fiscal.

Muito se discute sobre a elevada carga tributária brasileira<sup>7</sup>, nos astronômicos valores arrecadados pela Receita Federal do Brasil, mas quase não se escutam debates sobre o orçamento público. Assim fazendo, a preocupação circunscreve em torno das receitas tributárias arrecadadas pelo Poder Público, deixando ao esquecimento a aplicação destas receitas. Evidentemente, essa realidade é muito perversa, pois, afinal de contas, a ausência de fiscalização é que abre espaço para as famosas máfia da ambulância, dos sanguessugas, dos cartões corporativos, entre tantas outras que dilapidam o patrimônio público.

Se é certo que existem órgãos de controle dos gastos públicos, como é o caso dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e da Controladoria Geral da União, também é verdade que o controle por eles exercido é insuficiente e limitado, o que faz com que o Poder Executivo elabore as políticas públicas distante de um efetivo controle exercido pela sociedade. Por isso, é essencial que a sociedade participe do controle dos gastos públicos, monitorando as ações governamentais e exigindo o uso correto dos recursos arrecadados. Tais atos

são mecanismos importantes de fortalecimento da cidadania, que, infelizmente, em nosso país acaba sendo confundida com o mero exercício, de quatro em quatro anos, do direito ao voto.

Daí a observação de Roque Carraza de que o mero exercício do voto, desapegado do efetivo controle social, apresenta-se despido de importância prática, gerando apenas uma democracia de fachada<sup>8</sup>. Iguamente, afirma Rogério Gesta Leal,

o controle de exercício do sufrágio como ato isolado de participação política tem se confundido com a delegação incondicionada de mandatos (poder) e agentes públicos por tempo certo e determinado, comodamente transferindo a estes todas as responsabilidades e liberdades à solução das mazelas sociais. Em verdade, a sociedade civil tem tido no voto, no envolver dos tempos democráticos, um dos únicos momentos espacial e temporal de vinculação e relação com a Administração Pública, após o que se ausenta do espaço público para que os donos do poder possam desempenhar seus papéis<sup>9</sup>.

É nesse sentido que deve ser entendido o ultimato do sociólogo Português Boaventura de Souza Santos: *Precisamos democratizar a democracia*<sup>10</sup>. É preciso mais controle social, é preciso mais cidadania.

Diversos mecanismos de participação direta da comunidade na gestão das políticas públicas vêm sendo implementados no Brasil. Orçamento participativo, criação de conselhos – tais como conselhos municipais de educação, conselho de alimentação escolar, conselhos municipais de saúde, conselho de assistência social-plebiscito e iniciativa popular legislativa são alguns dos mecanismos encontrados para efetiva prática desse espírito constitucional.

Se é certo que nossa democracia – como não poderia ser o contrário – é eminentemente representativa, também é verdade que, por razões diversas, vivencia-se, não só em terras brasileiras, mas em dimensão global, uma flagrante crise acerca da atuação dos representantes políticos. Sobre assunto, lembra José Horácio Meirelles Teixeira,

o elemento representativo, que era o ‘democrático’ ao tempo do absolutismo, é hoje o elemento ‘não democrático’, na democracia moderna. Frente ao monarca absoluto, o Parlamento aparece como se fosse o povo; frente ao povo, entretanto, na democracia moderna, o Parlamento aparece como a negação da democracia. É por isso que Rousseau já aceitava a representação como ‘mal menor’, procurando corrigi-la com o mandato imperativo, o *referendum*, etc<sup>11</sup>.

Desse modo, para assegurar o princípio democrático é que as Constituições modernas incorporaram institutos de democracia direta ou participativa (referendo, plebiscito, iniciativa popular, ação popular, direito de petição), pois quase ninguém, com lucidez, atualmente, é capaz de afirmar que na democracia representativa a nação é efetivamente representada por seus mandatários, sendo comum o completo desvirtuamento do conceito de mandato, ou seja, delegação de poderes baseado na fidelidade, na lealdade.

Assim sendo, como instrumento de participação direta do povo surge o controle social nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações de gestão e execução das políticas e programas públicos. Trata-se de uma ação conjunta entre Estado e sociedade, em que o eixo central é o compartilhamento de responsabilidades.

O controle social pressupõe alterações profundas na construção de uma sociedade democrática, especialmente no comportamento entre Estado e cidadão, os quais deixam de ser vistos como oponentes e se transformam em partícipes no processo de definição, implementação e de avaliação da ação pública. A própria Carta Constitucional já estimula tal integração, seja através da obrigatoriedade da transparência das contas públicas<sup>12</sup>, seja através da institucionalização do direito de o cidadão denunciar as irregularidades encontradas<sup>13</sup>. Todavia, tais instrumentos somente serão eficazes se ocorrer uma verdadeira mobilização da sociedade, na qual se assumam a tarefa de participar ativamente na construção de uma sociedade menos desigual.

Embora estejamos afundados em uma sociedade injusta, pobre e desigual, nossa cultura de controle social ainda é incipiente. Qual o motivo de nossa indiferença? Talvez nossa formação histórica, talvez a dessensibilização no olhar que o costume nos proporcionou e que abre as portas a uma sociedade imoral. Talvez! O importante é que em uma sociedade responsável não há lugar para a omissão, não há espaço para a indiferença. A insensibilidade diante das agruras alheias, em que a fome, a ausência de moradia e a miserabilidade aflitante que a sociedade convive sem se importar, e até critica quando são realizados programas públicos de distribuição de renda, faz-nos aceitar tais atos como comuns e irreversíveis. Afinal, quem se importa com o garoto que vende bala nos sinais de trânsito de nossas cidades?

E não adianta invocarmos a postura de que “sou um bom cidadão, pois pago meus impostos”, como se o mero pagar impostos retirasse a nossa responsabilidade social. Isto é insuficiente, é necessário muito mais! Afinal de contas, qual foi a última ocasião em que pedimos a nota fiscal referente a um produto ou serviço adquirido? Já utilizamos nosso poder-dever constitucional de denunciar ilegalidades ou abuso de poder cometido? Já cobramos do poder público a prestação de contas de suas atividades em conformidade com o que estabelece a Constituição Federal? Já procuramos os vereadores de nossos municípios como o intuito de verificar se os mesmos estão a fiscalizar a aplicação das verbas públicas? A resposta é, quase sempre, não. Não temos uma cultura de cidadania ativa. Como dizia Raul Seixas, “sentamos no trono de nosso apartamento esperando a morte chegar”. Em síntese, não basta reclamar, há necessidade de atuar.

Nesse enfoque, um exemplo positivo de controle social e que vem sendo ampliado a cada ano é o que envolve o Orçamento Participativo<sup>14</sup>. A participação popular na elaboração do orçamento municipal de inúmeras cidades vem demonstrando ser esta uma forma mais democrática de decidir sobre a aplicação dos recursos públicos. Informações são recolhidas, trocam-se experiências, realizam-se pesquisas, congressos e eventos participativos para que se promova uma maior isonomia na distribuição de bens e serviços.



O Orçamento Participativo<sup>15</sup> é um importante instrumento de democracia direta ou participativa que possibilita à sociedade influenciar o processo de fixação de despesas, no qual o cidadão torna-se responsável pelo acompanhamento da elaboração do orçamento público e da aplicação dos gastos públicos previstos no orçamento. Embora a metodologia utilizada seja diferente nos municípios que institucionalizaram o orçamento participativo, podemos apontar como atos comuns a realização de assembleias abertas em bairros ou distritos e periódicas etapas de negociação direta com o governo. Normalmente são eleitos delegados que representarão um tema ou território nas negociações com o governo, os quais ficam responsáveis pelo diálogo com os representantes da prefeitura sobre execução das obras e prioridades previstas no orçamento aprovado através da participação popular. O que ressalta desta experiência é que a participação popular permite incluir no orçamento público as demandas prioritárias na perspectiva da própria população, discutindo os problemas urbanos que mais afetam seu cotidiano, decidindo o que deve ser feito para sanar estes problemas, e mais, sua participação exala decisão, não tendo mero caráter consultivo.

Outra experiência de sucesso é a realizada pelo Programa de Educação Fiscal, programa de âmbito nacional, integrado pelos Ministérios da Educação, Receita Federal do Brasil, Secretaria do Tesouro Nacional, Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF) e Secretarias de Fazenda e de Educação estaduais. A Educação Fiscal é um processo que visa a construção de uma cidadania através do conhecimento da função socioeconômica dos tributos. O objetivo é estimular a participação cidadã como instrumento de controle social e fiscal do Estado<sup>16</sup>.



É interessante observar que o fomento ao controle social dos gastos públicos, longe de ser contrário aos interesses do Estado, na verdade contribui para a própria persecução de seus interesses tributários, pois a efetividade do sistema tributário e a redução da sonegação fiscal apenas se concretizarão com procedimentos que visem a sensibilização da função socioeconômica do tributo como mecanismo de redistribuição de renda e redução das desigualdades sociais. A partir de então, o direito tributário passará a ser visto não mais como o algoz do cidadão-contribuinte, mas como instrumento que venha assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista.



### 3. CONCLUSÃO

Se é certo que em todas as regiões do País são verificados problemas de infraestrutura e oferta de serviços públicos, tais como a precariedade dos serviços de esgoto, fornecimento de água, coleta de lixo, manutenção de estradas, habitação, saúde, educação, transporte urbano, também é certo que a mudança destes problemas não ocorrerá com o discurso do “para que pagar se não há retorno dos serviços públicos”. A gestão democrática dos recursos públicos, através do controle da aplicação dos tributos arrecadados e a participação da sociedade na definição das prioridades para o gasto público, seja por meio de organizações representativas da sociedade civil ou por meio da mobilização direta da sociedade, parece-nos uma das únicas saídas possíveis.

A gestão democrática dos recursos públicos é a forma mais significativa de exercer a nossa cidadania com dignidade e responsabilidade social, de onde se torna imprescindível a participação e o controle democrático dos recursos públicos pela sociedade, os quais, conseqüentemente, serão revertidos em benefícios para a própria população.

A participação direta da sociedade possibilita o rompimento da dicotomia entre espaço público e espaço privado, possibilitando a inserção do controle do patrimônio público dentro da perspectiva do patrimônio de todos. E isto não requer muito de nós! Começemos por deixar de sermos omissos diante da sonegação, o contrabando, a pirataria<sup>17</sup> e a corrupção. Exijamos a nota fiscal de todos os produtos e serviços que utilizemos. Um pequeno passo para cada um de nós, mas uma grande conquista na redução das mazelas sociais.

Em conclusão, uma sociedade verdadeiramente democrática, cujo pilar é a promoção do bem de todos, requer, para a concretização de seus objetivos, uma postura que denote a etimologia da palavra república<sup>18</sup>, qual seja, a de que todos tratem os bens públicos como pertencentes a cada um de nós. Assim sendo, nesta perspectiva é que se insere o controle democrático da gestão pública, no qual os cidadãos devem pressionar o Poder Público para que haja transparência em seus atos<sup>19</sup>, além de promover ações coletivas próprias para sanear irregularidades e responsabilizar os agentes políticos. Enfim, o controle das receitas e gastos públicos são meios pelos quais os cidadãos organizados verdadeiramente exercem a sua cidadania.

**REFERÊNCIAS**

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GARCIA, Maria. *Os poderes do mandato e o "recall"*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 13, jan./mar., 2005.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado; AJURIS, 2005-2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes; 7)

SÁNCHEZ, Félix R. *Orçamento participativo: teoria e prática*. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. (Reinventar a emancipação social para novos manifestos; 1)

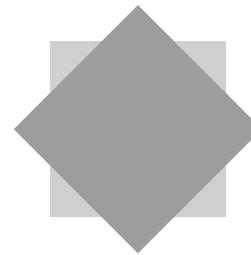
SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 961-986.

**NOTAS**

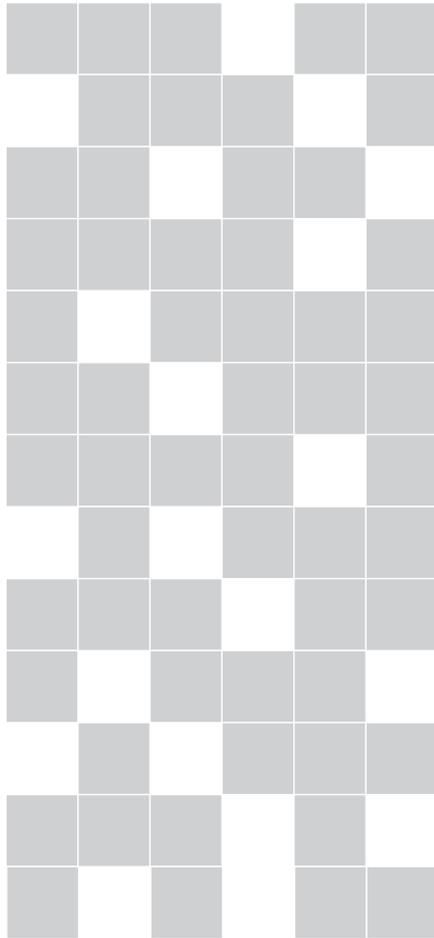
- 1 Cf. art. 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- 2 SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa. Col. Reinventar a Emancipação Social, vol.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, in passim.
- 3 CF/88 Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
- 4 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p.149.
- 5 TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SARMENTO, Daniel. (coord). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.982.
- 6 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p.139.
- 7 A carga tributária em 2007 foi de 34,79% do PIB brasileiro, e a arrecadação total brasileira de R\$ 903,64 bilhões. Cf. Receita Federal do Brasil: Carga Tributaria no Brasil 2007. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/historico/EstTributarios/Estatisticas/default.htm>>, acesso em: 15 set. 2008

- 8 CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 67.
- 9 LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo (org.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 162.
- 10 SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa. Col. Reinventar a Emancipação Social, vol.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, in passim.
- 11 APUD GARCIA, Maria. Os poderes do mandato e o recall. Revista dos Tribunais: São Paulo, Ano 13, jan./mar., 2005. p. 3.
- 12 Dois instrumentos eficazes de controle da arrecadação e dos gastos públicos acessíveis ao cidadão são os sítios do Tesouro Nacional, onde se encontram dados referentes às transferências obrigatórias e voluntárias das receitas tributárias e o Portal da Transparência, onde se encontram dados consolidados da receita recebida pelos Estados e Municípios e o modo como esta receita foi utilizada. Cf. < [www.tesouro.fazenda.gov.br](http://www.tesouro.fazenda.gov.br)> e < [www.portaldatransparencia.gov.br](http://www.portaldatransparencia.gov.br)>.
- 13 Cf. art. 5º, XXXIV da CF/88 onde se assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.
- 14 Segundo José Afonso da Silva, “orçamento é o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programa de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro”. SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 23 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2004. p. 718. No Brasil, o orçamento é realizado através de três peças orçamentárias, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei de Orçamento Anual (LOAs). A análise do programa orçamentário e a verificação de sua execução é um imperioso instrumento de fiscalização do poder público. No plano constitucional o assunto é tratado nos arts. 163 a 169 da CF/88.
- 15 SÁNCHEZ, Félix R. Orçamento participativo - teoria e prática. São Paulo: Editora Cortez, 2002.
- 16 As informações sobre o programa de educação fiscal podem ser obtidas no sítio < <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/educacao-fiscal/index.htm>>.
- 17 A pirataria, segundo dados da CPI da pirataria, é responsável pelo fechamento de postos formais de trabalho na indústria nacional, com a exploração subumana de trabalhadores responsáveis pela confecção dos produtos falsificados, pelo financiamento de organizações criminosas, especialmente as ligadas ao narcotráfico.
- 18 Etimologicamente, do latim, Res significa Coisa e Publica significa Pública.
- 19 Se de um lado deve ser estimulado o controle social das políticas públicas, de outro lado é dever do Estado a transparência da gestão pública através da publicação, em linguagem clara, das informações necessárias à fiscalização do cidadão.



# Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos

Carlos Wellington  
Leite de Almeida



Carlos Wellington Leite de Almeida é servidor do Tribunal de Contas da União. É mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB), especialista em Programação e Análise Financeira pelo International Monetary Fund Institute (EUA), especialista em Economia e Orçamento de Defesa pelo Center for Hemispheric Defense Studies (EUA), bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR) e bacharel em Ciências Navais pela Escola Naval.

## 1. INTRODUÇÃO

A fiscalização contratual constitui-se em um dos mais relevantes temas da gestão pública contemporânea, no Brasil. Verdadeiro “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos, não são raros os casos em que boas licitações e bons contratos são perdidos em seus fins devido a deficiências na fiscalização ou mesmo à ausência desta. O presente texto trata do assunto e procura lançar algumas luzes sobre o controvertido labor do fiscal de contratos. São definidos, inicialmente, o conteúdo da fiscalização da execução contratual e os deveres do fiscal de contratos. Logo após, são tratados assuntos pertinentes como a terceirização de serviços, a instituição obrigatória de preposto, a responsabilidade pelos encargos previdenciários e trabalhistas, as alterações contratuais e a subcontratação. Em seguida, recebem atenção os temas da liquidação da despesa e das penalidades contratuais. Finalmente, conclui-se pela necessidade de se implementar medidas efetivas de fiscalização contratual e pela caracterização da atividade de fiscalização como uma questão de postura profissional do servidor incumbido.

## 2. FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL

A fiscalização da execução contratual é obrigatória para todos os órgãos e entidades públicos. Não se insere na esfera de discricionariedade do gestor a decisão de fiscalizar ou não, sendo o não-exercício desse poder-dever uma falta grave. O fundamento dessa obrigatoriedade encontra-se na Lei nº 8666/1993, cujo artigo 67 define que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. No que se refere à contratação de terceiros para assistência à fiscalização, é importante deixar claro que a responsabilidade primária pela fiscalização é sempre da Administração, o que, necessariamente, envolve o fiscal do contrato.

**Acórdão nº 1930/2006-TCU-P:** O art. 67 da Lei 8.666/1993 exige a designação, pela Administração, de representante para acompanhar e fiscalizar a execução, facultando-se a contratação de empresa supervisora para assisti-lo. Assim, (...) o contrato de supervisão tem natureza eminentemente assistencial ou subsidiária, no sentido de que a responsabilidade última pela fiscalização da execução não se altera com sua presença, permanecendo com a Administração Pública.

A fiscalização do contrato administrativo é a parcela da gestão contratual que focaliza a exigência do cumprimento contratual por parte das contratadas. Distingue-se da gestão contratual, que é a condução integral do processo de contratação, desde a identificação das necessidades da Administração até o fim da execução do contrato, com o seu devido encerramento. E distingue-se, ainda, da auditoria contratual, que consiste na verificação das ações de gestores e fiscais, de maneira a permitir a avaliação geral dos procedimentos implementados, tanto do ponto de vista estritamente legal quanto do ponto de vista da qualidade da gestão e da fiscalização. A fiscalização dos contratos administrativos encerra diferentes aspectos e deveres, entre os quais se destacam:

- a) registrar em livro próprio todos os atos e fatos relacionados à execução contratual;
- b) preferencialmente, fazer o preposto assinar os registros das ocorrências;
- c) manter um livro de ocorrências para cada contrato;
- d) manter postura exigente em relação a todos os itens da execução contratual, demandando o cumprimento de todas as obrigações;
- e) promover ou propor ajustes contratuais, quando se fizerem necessários; e
- f) aplicar ou propor a aplicação das penalidades.

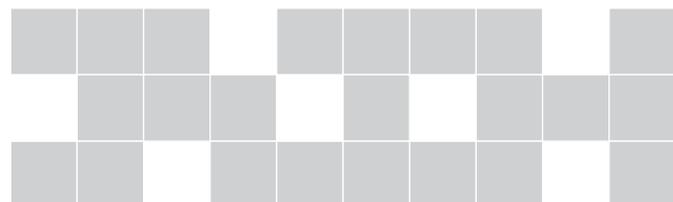
A Lei nº 8666/1993 refere-se ao fiscal de contrato como o “representante da Administração”. O artigo 67 estabelece a base de sua atuação. Seu parágrafo 1º define a obrigação de anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução contratual, e determinar o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos. O parágrafo 2º assevera que as decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser, por ele, solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas apropriadas. A omissão na tomada de providências constitui falta punível administrativamente, o que dá tom ao esperado bom desempenho dos fiscais.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTJ:** Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

O fiscal é a mão forte do dirigente do órgão ou entidade e o mais importante agente da Administração no que se refere ao contrato que supervisiona. Deve manter uma postura isenta e equilibrada, de forma a cobrar o adequado cumprimento do objeto contratado. Ocupa uma posição de autoridade sobre o executor e deve atuar, sempre, em prol da garantia de qualidade na execução contratual. O fiscal de contratos, em suma, é aquele servidor especialmente designado que:

- a) identifica necessidades a serem atendidas pela empresa contratada, no âmbito do contrato;
- b) redige ou auxilia o setor encarregado na redação de cláusulas contratuais, tanto no contrato original quanto nos aditivos;
- c) exige cumprimento do contrato, observando o menor dos detalhes, tendo em mente que um contrato cumprido em quase 100% é, na verdade, um contrato descumprido;
- d) toma providências com vistas ao ajuste ou à melhoria dos contratos; e
- e) acompanha as ocorrências de execução, procede aos registros escritos e promove a documentação.

A terceirização de serviços constitui-se em um dos mais importantes fenômenos contemporâneos da Administração, seja de negócios privados, seja na seara da gestão pública. Consiste na transferência de atividades-meio de uma organização para outras pessoas (terceiros), permitindo concentração nas atividades finalísticas e nas atividades-meio consideradas estratégicas (VIEIRA, 2006). No Brasil, o fenômeno da terceirização surge com o Decreto-Lei nº 200/1967, é instensificado com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado (1995), e consagra-se, atualmente, em normas diversas, tais como a Lei nº 9.632/1998, o Decreto nº 2271/1997 e o Decreto nº 4.547/2002 (extinção de cargos). A terceirização nos



leva à necessidade de identificar novos conceitos, entre os quais são especialmente relevantes os de:

**Contratante ou tomador de serviços:** pessoa jurídica ou natural que recebe os serviços do terceiro, mediante contrato. No caso em foco, o órgão ou entidade da Administração Pública.

**Terceiro:** pessoa jurídica (normalmente) ou profissional autônomo (excepcionalmente) que, mediante contrato, assume responsabilidade pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços.

**Empregado terceirizado:** é pessoa natural (trabalhador) subordinado ao Terceiro, que desempenha atividades sob suas ordens e não tem, nem pode ter, vinculação com a contratante.

A postura do gestor e do fiscal da Administração contratante é essencial para garantir que as vantagens da terceirização, que efetivamente existem, não se revertam em ônus e problemas para o órgão ou entidade, tais como: desabastecimento, queda de qualidade, dependência do contratante, elevação de custo e problemas judiciais. Fundamental esclarecer, ainda, que a terceirização atinge apenas a atividade-meio das organizações, nunca a sua atividade-fim. Por isso, não poderão ser terceirizadas atividades inerentes às categorias funcionais do plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou no caso de cargo extinto, total ou parcialmente. No caso de cargo parcialmente extinto, as terceirizações somente poderão ocorrer na mesma medida em que os cargos originais são efetivamente encerrados.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELT:** Art. 9º É vedada a contratação de atividades que: I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Uma das características essenciais da terceirização é a ausência do vínculo de subordinação entre o tomador dos serviços (órgão ou entidade contratante) e o empregado terceirizado. Este

último subordina-se ao terceiro, isto é, à empresa com que mantém vínculo empregatício e que é contratada pelo órgão ou entidade para a prestação de serviços. O vínculo do empregado terceirizado com a Administração contratante faz-se por meio indireto e a ocorrência eventual de subordinação direta constitui irregularidade grave. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) estabelece importantes parâmetros a respeito do assunto.

**SÚMULA 331 TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO 256.**

I) A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74).

II) A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com órgãos de Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III) Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

### 3. ADMINISTRAÇÃO E PREPOSTO

Como já mencionado acima, a formação de vínculo de subordinação entre o órgão ou entidade pública e o empregado terceirizado constitui-se em um dos mais graves problemas que podem surgir quando da terceirização de serviços. A subordinação é típica da relação laboral com vínculo empregatício, sendo terminantemente vedada no caso de terceirização. Caracteriza-se pelo exercício de poder por parte do contratante diretamente sobre o empregado terceirizado. A sujeição indireta é a que caracteriza a relação terceirizada, e é admitida pela Justiça do Trabalho, sem configurar vínculo empregatício. Na terceirização, a relação empregado-administração dá-se na figura do preposto (VIEIRA, 2006).

A Lei nº 8.666/1993, no artigo 68, define que o contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato. O preposto é o responsável pela orientação da conduta do pessoal terceirizado, devendo os integrantes do órgão ou entidade contratante absterem-se de fazê-lo. Essa postura é de capital importância para que não se gere o vínculo de subordinação. A não ser quando o funcionário da empresa contratada está cometendo falta realmente grave, que justifique a interferência direta e imediata do fiscal, ou de outro servidor, todo contato com o pessoal terceirizado deve ser feito por intermédio do preposto.

#### 4. ENCARGOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS

Quando da terceirização, os órgãos e entidades contratantes devem dedicar especial atenção aos encargos trabalhistas e previdenciários relacionados com o contrato de serviços. Isto porque, no caso dos encargos trabalhistas, configura-se a responsabilidade subsidiária da Administração. Já no caso dos encargos previdenciários, a situação é ainda mais grave, configurando-se responsabilidade solidária do órgão ou entidade contratante. É dever específico do fiscal de contratos adotar as providências com vistas à supervisão da adimplência da empresa terceirizada quanto aos encargos trabalhistas e previdenciários.

As obrigações trabalhistas abrangem parcelas pagas diretamente ao empregado, tais como salário, horas extras, 13º salário, férias, insalubridade e periculosidade. Forma-se, como já dito, a responsabilidade subsidiária da Administração pelas obrigações trabalhistas. Deve-se estabelecer fiscalização periódica, no mínimo, por amostragem, do cumprimento dessas obrigações. É recomendável, quando da elaboração dos contratos, inserir permissivo de auditoria das obrigações trabalhistas.

**SÚMULA 331 TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO 256.**

IV) O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei 8.666/93).

Quanto aos encargos previdenciários, ensejadores da gravosíssima responsabilidade solidária, a ação administrativa demanda a retenção dos encargos previdenciários, no momento do pagamento das faturas. Nos casos de cessão de mão de obra, isto é, de disponibilização ao contratante, em suas dependências ou de terceiros, de segurados que realizam trabalho contínuo, a Lei nº 8.212/1991, em seu artigo 31, define que o contratante deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura e recolher a importância aos cofres da Previdência Social.

**Acórdão nº 089/2000-TCU-Plenário:** o pagamento de multas por atraso na entrega de documentos ou recolhimento de tributos não se justifica. A jurisprudência do Tribunal é no sentido de que o fato seja evitado, pois, se verificada culpa ou dolo, o pagamento de multas, juros e correção monetária caracterizará débito, ficando o responsável obrigado ao seu ressarcimento.

Tão grave é a responsabilidade solidária da Administração em relação aos encargos previdenciários, que o recolhimento dos 11% referidos independe, mesmo, do efetivo pagamento à empresa terceirizada. É dizer, se o pagamento à empresa for obstado, por exemplo, por sua situação irregular junto ao fisco, ainda assim, o órgão ou entidade contratante deverá recolher os encargos previdenciários, a fim de evitar a incorrência em multa. A orientação para a administração do Tribunal de Contas da União (TCU) é bem clara nesse sentido, e, a responsabilidade pelo cumprimento compete ao fiscal do contrato.

**Infosemat 02/2008 - Retenção de Contribuição Previdenciária (orientação interna do TCU):** quando se verificar a ocorrência de pendências que impedem o pagamento, não se deve deixar de encaminhar a nota ou fatura ao setor competente para retenção da contribuição previdenciária. Para que não haja a incidência de multa e encargos por atraso no recolhimento do tributo, recomenda-se a todos os fiscais de contratos que, ao receberem a nota fiscal ou fatura, certifiquem-se da correção do documento e, ainda que haja pendência que impeça o pagamento, o encaminhe para retenção da contribuição previdenciária. Realizada a retenção, o fiscal do contrato tomará as providências necessárias para o saneamento das pendências junto à contratada, a fim de liberar o pagamento.

## 5. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

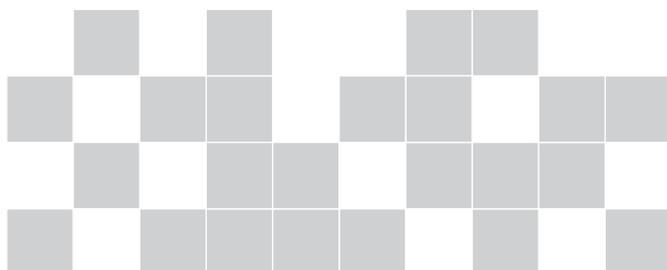
Os contratos administrativos, como os contratos celebrados à luz do Direito Civil, podem sofrer alterações ao longo de sua execução. Embora dentro de limites mais rígidos do que aqueles relativos ao Direito Civil, não há a pretensão normativa que um ajuste entre a Administração e a contratada seja inalterável. São diversos os motivos que podem levar a alterações no contrato (FERNANDES, 2006).

Quanto à iniciativa, as alterações podem ser unilaterais ou por acordo, sendo as unilaterais uma possibilidade deferida apenas à Administração. Quanto ao alcance, as alterações dos contratos administrativos podem ser qualitativas, quando dizem respeito a características inerentes do objeto contratado, sem subverter-lhe a natureza, ou quantitativas, quando alteram o volume de serviços, fornecimentos ou aquisições, mantidos os custos unitários. Alteração quantitativa é a que muda as quantidades de produto ou de serviço, aumentando-as ou reduzindo-as, dentro de limites legalmente definidos. Os custos unitários são mantidos, no que se diferenciam, em essência, as alterações quantitativas das alterações de preço que serão vistas adiante. Os limites legais às alterações quantitativas, previstas na Lei nº 8.666/1993 são:

**De forma unilateral:** acréscimos e supressões devem obedecer ao limite de 25% do valor atualizado do contrato, por ato unilateral da Administração, limite de 50% se se tratar de reforma em edifício ou equipamento, do valor atualizado do contrato.

**Por acordo:** supressões podem, desde que por acordo das partes, exceder os limites de 25% ou 50%, conforme o caso. Acréscimos permanecem restritos aos limites acima definidos.

As alterações de prazo devem ser sempre justificadas de forma expressa, pois não podem servir para afastar culpa do contratado. Além disso, devem respeitar os limites definidos na Lei nº 8.666/1993, art. 57, e nunca incorrer em renovação. A renovação trata da extensão de contrato já com a vigência expirada, caracterizando, na verdade, um novo contrato. É instituto jurídico inválido, por burlar a regra geral da licitação.



As alterações de preço podem ocorrer de três formas: reajuste de preço, repactuação de preço ou revisão de preço. O reajuste do preço, forma mais simples, consiste na alteração do valor inicial do contrato, com periodicidade e índice previamente fixados, destinado apenas à preservação do valor inicial do contrato, devendo ter periodicidade mínima de 12 meses e ser formalizado mediante simples apostilamento.

A repactuação do preço consiste na alteração do valor de maneira pactuada entre as partes, com periodicidade previamente fixada, mas não vinculada a índices prévios, devendo ser levada em conta a efetiva variação de custos e encargos na execução. Como o reajuste de preços, deve ter periodicidade mínima de 12 meses, mas sua formalização dá-se mediante aditivo contratual, sendo insuficiente o simples apostilamento. O período mínimo de um ano já era previsto na Instrução Normativa MARE nº 18/97 e continua na recente Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTI.

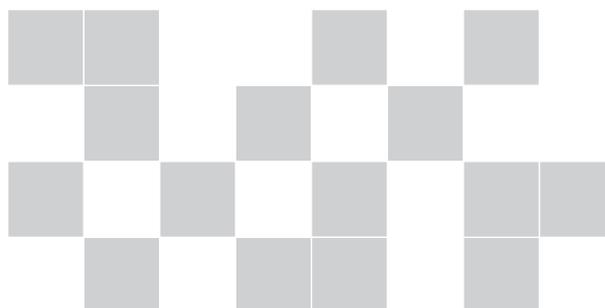
**Instrução Normativa MARE nº 18/97:** será permitida a repactuação do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTI:** Art. 37 Será admitida a repactuação dos preços dos serviços continuados contratados com prazo de vigência igual ou superior a doze meses, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano.

Os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecido no art. 3º da Lei nº 10.192/2000 e no art. 5º do Decreto nº 2.271/1997. No caso dos incrementos de mão de obra ocasionados pela superveniência da data-base, a data do orçamento a partir da qual correrá o prazo mínimo de um ano será a data do acordo, convenção, dissídio coletivo ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta. Essa orientação decorre do Acórdão nº 1563/2004-TCU-P e foi incorporada pela Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTI.

**Acórdão nº 1563/2004-TCU-P:** os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua **não se constituem em fundamento** para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro; (...) no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano (...) conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, **considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta**, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

A revisão de preço faz-se necessária quando de fato imprevisível ou previsível, mas de consequências imprevisíveis/incalculáveis, após a definição do preço. Tem natureza extraordinária e não é limitada a valores certos. A Lei nº 8.666/1993 define que os contratos poderão ser alterados para restabelecer a relação inicialmente pactuada, na hipótese de fatos imprevisíveis/incalculáveis, retardadores/impeditivos, força maior, caso fortuito, fato do príncipe de álea econômica. No que se refere a questões de ordem tributária, especificamente, no artigo 65, o mesmo diploma estabelece que quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como superveniência de disposições legais, após a apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão contratual, para mais ou para menos, conforme o caso.



## 6. SUBCONTRATAÇÃO

A subcontratação ocorre quando o contratado entrega parte da obra, serviço ou fornecimento a terceiro que executará parcela do objeto contratual em seu nome. É importante notar que a subcontratação tem caráter excepcional, sendo vedada por regra e somente aceita quando expressamente prevista em edital e contrato. Outra característica importante da subcontratação é a manutenção do vínculo de responsabilidade, de forma exclusiva, entre a Administração e o contratado original, que continua a responder integralmente perante o órgão ou entidade, ainda que a subcontratação haja sido autorizada e realizada dentro dos limites do ato convocatório e do contrato.

A subcontratação, quando autorizada pela Administração somente poderá ser parcial, nunca total. A subcontratação total consiste na sub-rogação contratual e trata-se de instituto terminantemente vedado nos contratos administrativos. O órgão ou entidade contratante poderá, sendo mesmo recomendável, estabelecer, já no edital, percentuais máximos do objeto permitidos para a subcontratação. Ou, se for o caso, inserir cláusula que vede a subcontratação. A prática, pelo contratado original, de subcontratação não autorizada constitui motivo para a rescisão contratual.

Em qualquer caso, a Administração deve resguardar-se do direito de avaliar previamente as condições da empresa a ser subcontratada. Essa avaliação inclui as condições jurídica, financeira, de regularidade fiscal, de regularidade com obrigações trabalhistas e a capacidade técnica para execução do contrato, a qual deve ser, no mínimo, igual à da contratada original. A Administração deve reservar-se, ainda, o poder de não autorizar a subcontratação<sup>1</sup>.

## 7. LIQUIDAÇÃO DA DESPESA

A liquidação, segunda fase do ciclo da despesa orçamentária (empenho, liquidação e pagamento), constitui-se no momento mais delicado da fiscalização dos contratos administrativos. O fiscal de contratos, servidor especialmente designado pelo órgão ou entidade contratante, é o mais importante ator desse importantíssimo ato da gestão administrativa. O fiscal é de fundamental importância para a garantia de que o pagamento corresponda à efetiva entrega do objeto (bem ou serviço). As falhas cometidas pelo fiscal no momento da liquidação trazem consequências negativas mais do que preocupantes para a Administração e são falhas de difícil reversão em momentos futuros. É no momento da liquidação da despesa que o fiscal de contratos deve mostrar o máximo de seu valor profissional.

A liquidação, nos termos da Lei nº 4.320/1964, artigo 63, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Tem por fim apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. Constituem base da liquidação o contrato, a nota de empenho, os comprovantes de entrega do material ou prestação do serviço, e, de fundamental importância, a verificação *in loco* do cumprimento do objeto. Quando da liquidação da despesa devem ser observados pelo fiscal, rigorosamente, os seguintes elementos:

- a) regularidade fiscal;
- b) regularidade previdenciária;
- c) conformidade do objeto descrito na nota com contrato e empenho e com efetiva entrega;
- d) conformidade do período de faturamento;
- e) condições de habilitação e qualificação; e
- f) atestação do objeto, isto é, a confirmação, pelo fiscal, de que o bem foi efetivamente entregue ou os serviços efetivamente prestados.

É importante ressaltar que essas verificações devem ocorrer, obrigatoriamente, a cada pagamento realizado. A manutenção das condições de habilitação, por exemplo, não se limita à fase licitatória da habilitação ou ao momento da assinatura do contrato. Trata-se de obrigação cometida ao contratado durante toda a vigência contratual. Outra observação relevante é a de que a verificação dos elementos acima também não é restrita ao momento da liquidação, com vistas à realização do pagamento. Pode o fiscal exigir a comprovação de sua adimplência a qualquer momento, atitude esta que é mais do que recomendável.

## 8. PENALIDADES CONTRATUAIS

Faz-se importante destacar a íntima relação existente entre a fiscalização contratual e a aplicação de penalidades pelo órgão ou entidade ao contratado. O regime dos contratos administrativos, informado que é pelos princípios da superioridade do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, confere à Administração a prerrogativa de aplicar sanções ao contratado, pela inexecução total ou parcial dos contratos administrativos (Lei nº 8.666/1993, artigo 58, inciso IV). Embora a Lei não reprima somente condutas dos contratados, mas, também, dos agentes da

Administração, a prerrogativa de aplicar penalidades é deferida exclusivamente à parte pública no ajuste. As seguintes penalidades podem ser aplicadas ao contratado (Lei nº 8.666/1993, art. 87):

- a) Advertência;
- b) Multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e
- d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção de Suspensão temporária.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de rescisão contratual. Embora a rescisão unilateral não esteja listada no dispositivo que enumera as penalidades contratuais, na verdade, trata-se de penalização do contratado, em boa parte dos casos. A doutrina do Direito Administrativo costuma dividir as possibilidades de rescisão unilateral do contrato em “rescisão penalidade” e “rescisão não-penalidade”.

Entretanto, embora goze a Administração de prerrogativas especiais no âmbito dos contratos administrativos, como tem o dever constitucional de zelar pela justiça, não pode simplesmente impor sua vontade, aplicando penalidades sem adequada fundamentação, apropriada proporção e, sobretudo, sem a precisa caracterização da ocorrência da irregularidade a ser penalizada (FERNANDES, 2006). É aí que entra em cena a figura do fiscal do contrato, personagem crucial de cujo labor depende, em essência, a caracterização das irregularidades cometidas pelo contratado. Da correta anotação dos livros de contratos, da juntada tempestiva de informações e documentos comprobatórios das ocorrências, resultará a possibilidade de exercício do poder sancionador pela Administração.

Por fim, merece registro a possibilidade de declaração de inidoneidade pelo TCU, com fulcro na Lei nº 8.443/1992, artigo 46, no caso de fraude

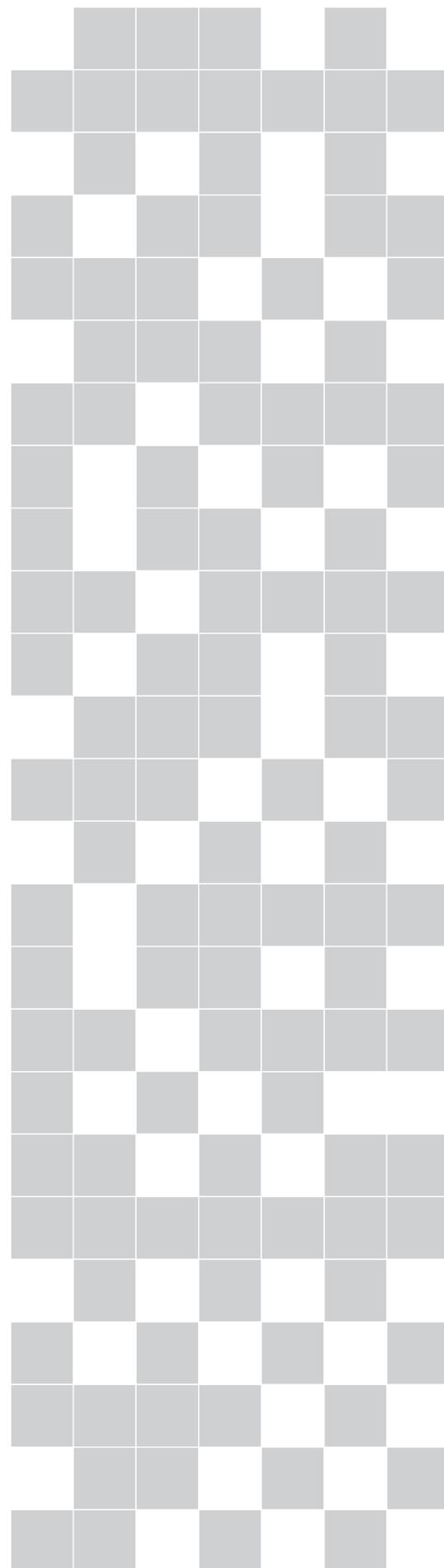
comprovada a processo licitatório. Licitantes assim apenados estarão impossibilitados de contratar com a Administração Pública Federal por um período de até 5 (cinco) anos. Contudo, não se trata de penalidade contratual, aplicada pelo contratante ao contratado faltoso, mas de penalidade de caráter jurisdicional, aplicada pela Corte de Contas quando do exercício do Controle Externo.

## 9. CONCLUSÃO

A fiscalização constitui parcela importante da execução dos contratos administrativos. O correto exercício da fiscalização contratual representa muito da possibilidade de uma contratação atingir verdadeiramente seu propósito ou não. Não são raros os casos em que um processo de gestão caracterizado por uma licitação bem conduzida, culminando em um contrato bem elaborado, termina por malograr como resultado de deficiente fiscalização contratual. A fiscalização contratual, nesse sentido, constitui, de fato, verdadeiro “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos.

Temas como a liquidação da despesa, a aplicação de penalidades, a subcontratação e as alterações contratuais, entre outros, devem constituir preocupação constante dos gestores públicos. Tratam-se de assuntos em constante evolução. As terceirizações, por exemplo, trouxeram novas e importantes realidades para o universo das contratações administrativas. Questões relativas à responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e à responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas, no caso de terceirização, merecem a mais dedicada atenção dos servidores públicos envolvidos na condução contratual das unidades gestoras.

Os danos provocados por uma fiscalização contratual deficiente são, por si mesmos, evidentes. Desperdício de recursos generalizado, perda de objeto, punições de servidores que poderiam ser evitadas, e, mesmo, penalidades aplicadas desnecessariamente a boas empresas contratadas são apenas algumas das mazelas que resultam da ausência ou da insuficiência da atuação dos fiscais de contratos. Os ordenadores de despesa devem estar cientes dessa realidade e fazer incorporar à gestão dos órgãos e entidades que dirigem uma adequada cultura de fiscalização, na qual servidores especialmente designados e adequadamente capacitados conjuguem ao seu conhecimento profissional a necessária postura quando do exercício da fiscalização de contratos administrativos. Exercer a atribuição de fiscal de contrato é, antes de tudo, uma questão de postura.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.547, de 27 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a extinção de cargos efetivos no âmbito da Administração Pública Federal. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4547.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4547.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento diferenciado e simplificado para as Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública Federal. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998. Dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9632.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9632.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). Instrução Normativa MARE nº 18, de 22 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18\\_97.htm](http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/anexos/instrucao-normativa-no-02>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 89/2000, Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Sessão 16/10/2002. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1563/2004, Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão 06/10/2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 1930/2006, Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Infosemat nº 02/2008. Retenção de Contribuição Previdenciária. Orientação interna do TCU. 2008.

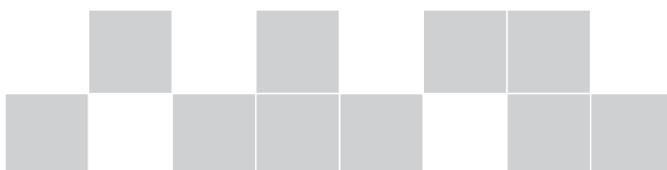
\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços, legalidade, revisão do Enunciado nº 256. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez 1993 e 04 jan 1994.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3.ed., rev., atual.e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006. ISBN 85-8914-898-X

VIEIRA, Antonieta Pereira e outros. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. ISBN 85-7700-003-6

## NOTA

- Entretanto, é importante destacar que o Decreto nº 6.204/2007, que regulamenta o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, dedica-se a incentivar a possibilidade de subcontratação em favor desse tipo de empresa. O artigo 7º do referido diploma, em seu caput, seus incisos e parágrafos, trata dessa faculdade deferida aos órgãos e entidades.



# O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da Lei nº 8.666/1993

Fernando José Gonçalves Acunha

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a pretensão de examinar o papel do aplicador da lei nos casos de contratações diretas da Administração Pública celebradas sem a realização de prévia licitação. Não nos propomos, aqui, a estudar cada um dos casos destacados nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, mas a demonstrar, a partir de um exame geral dos institutos da *dispensa* e da *inexigibilidade de licitação*, a relevância da atuação do intérprete da lei quando diante de um caso concreto que requer decisão. Nosso intuito, ao cabo, é demonstrar como o recurso à lei é um passo na solução dos casos concretos que não esgota, em absoluto, mesmo em situações nas quais se imagina ser limitada a discricionariedade administrativa, a correta avaliação e a sensibilidade técnico-jurídica do aplicador.

Para este estudo, propomos um roteiro que parte do exame do princípio constitucional da licitação e das suas exceções legais, para, expondo os caracteres constitutivos de cada figura, destacar, ao longo do texto, os momentos de mediação interpretativa fundamental para a correta aplicação dos institutos que permitem a celebração de contratos administrativos sem a realização de prévia licitação.

### 1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LICITAÇÃO E SUAS EXCEÇÕES

A Constituição Federal estabelece o regramento da Administração Pública no Território nacional a partir de seu art. 37. Um dos temas que mereceu maior preocupação do constituinte de 1988 foi o das contratações realizadas pelo Poder Público. Nesta seara, a redação constitucional denuncia que a pretensão do constituinte foi limitar, tanto quanto possível, o âmbito de aplicação da discricionariedade administrativa, àquela altura vista como sinônimo do arbítrio tão característico do regime precedente.

Para tanto, a Constituição sujeitou à legislação ordinária de regência a regulamentação minuciosa do tema, estabelecendo como princípio maior a existência de prévia licitação pública como *conditio sine qua non* para a realização lícita e legítima de contratações públicas.

Fernando José Gonçalves Acunha é Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná e especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo UniCEUB.

A preocupação constitucional com a realização de licitações como forma de garantir a lisura na aplicação de recursos públicos foi de tal forma extensa que o legislador não livrou nem mesmo entidades dotadas da personalidade jurídica de direito privado que sejam compostas – parcial ou integralmente – por capital público (como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista), do âmbito de aplicação da regra<sup>1</sup>.

Refere Carlos Pinto Coelho Motta (2005, p. 6) que “a obrigatoriedade da licitação como antecedente dos contratos com a Administração, explícita no art. 2º da Lei 8.666/93, é expressão do princípio da moralidade”. Essa e outras manifestações colhidas da doutrina e da jurisprudência (tanto do Poder Judiciário, quanto dos Tribunais de Contas, em especial do TCU) revelam o entendimento corrente, acertado a nosso ver, segundo o qual o princípio da licitação é uma garantia e deve ser enaltecido.

Entretanto, o legislador constituinte, ciente das dificuldades que a realidade apresenta e da complexidade do ordenamento jurídico, fez constar que a licitação é, em termos jurídicos, uma regra geral – e não a única regra –, para a celebração de contratos administrativos<sup>2</sup>, aplicável universalmente, ressalvados os casos especificados na legislação.

Sabe-se, contudo, que, se a regra é a realização da licitação, e se há exceções a essa regra, tais exceções comportam uma interpretação restritiva e limitada, só sendo cabível a não utilização da licitação pública quando se estiver diante de situações que indiquem ser inviável, ou altamente desvantajoso para o ente ou órgão público, a realização do certame<sup>3</sup>.

Já aqui emerge o papel fundamental do intérprete. A leitura simples da lei não permite resolver problemas (ao contrário, a lei, como qualquer texto, é sempre um campo aberto de possibilidades de solução, ou de geração de novos problemas). Há de se analisar, sempre, o caso concreto para que se determine se o que se apresenta é uma das possibilidades legislativamente regulamentadas de exceção à regra geral da licitação, único caminho que tornará lícita a contratação direta.

Mas a constatação da possibilidade da contratação direta, decorrente não apenas da expressa disposição

da lei e da Constituição, mas da interpretação sistemática do ordenamento jurídico em harmonia com a realidade, que nem sempre permite a realização prévia dos certames, será importante para a continuidade do presente trabalho.

## 2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Partindo do pressuposto lançado no parágrafo anterior, passa-se ao exame das diferenciações legais existentes entre os institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação, uma vez que suas hipóteses de cabimento, assim como seus procedimentos de utilização, são bastante diversos.

A análise inicial da questão aqui tratada pode se dar a partir da lição de Joel de Menezes Niebuhr (2003, p. 122):

Ao lado do tema da obrigatoriedade de licitação pública, vem a talho o seu inverso, isto é, a inexigibilidade e a dispensa dela. A inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido da licitação pública, que pressupõe disputa. A dispensa relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público, que não deveriam, por obséquio à razoabilidade, ser suportados. Nesta ordem de idéias, os casos de inexigibilidade, por se referirem à inviabilidade de licitação pública, não são prescritos taxativamente pelo legislador, a rigor, nem precisam de norma jurídica que os autorize. Já os casos de dispensa, em sentido oposto, requerem específica previsão normativa, cabendo, portanto, ao legislador enunciá-los, mesmo em obediência ao princípio da legalidade.

Interessante é o comentário do Ministro Benjamin Zymler (2006, p. 95), do Tribunal de Contas da União, que diferencia as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação em razão de critérios lógicos de etapas sucessivas, afirmando a necessidade de primeiro se verificar se a competição é viável ou não (caso em que se aplica a inexigibilidade) para, apenas posteriormente, sendo ela viável, decidir-se se ela será ou não realizada (dispensa de licitação). Vejamos a lição:

A contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/1993) decorre da inviabilidade de competição. Já a contratação direta com arrimo na dispensa de licitação tem por pressuposto a viabilidade de competição. No entanto, dispensa-se a licitação em virtude de circunstâncias peculiares que acabam por excepcionar o princípio da isonomia.

Assim sendo, por imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do direito observar se a licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação.

Tal entendimento – que contraria um impulso até mesmo natural, dado que as hipóteses de dispensa (arts. 17 e 24<sup>4</sup>) estão situadas antes das hipóteses de inexigibilidade de licitação (art. 25<sup>5</sup>) na Lei 8.666/93 –, bem evidencia uma interpretação mais coerente a respeito do tema. Ora, uma licitação só poderá ser considerada vantajosa ou não se, primeiro, for possível. Não há como, *v.g.*, por absoluta falta de condições de competição, um agente administrativo pretender licitar objeto cujo fornecedor é exclusivo, ou para o qual não haja, em absoluto, nenhum critério objetivo de avaliação e julgamento. É bem por isso que o esclarecimento acima avulta em importância.

A inexigibilidade de licitação, como dito, tem azo quando ocorre uma situação fática em que não é possível realizar-se a disputa. Por isso mesmo, a afirmação acima transcrita de Niebuhr (2003, p. 122), que refere que nem mesmo haveria a necessidade de previsão legal que regulamentasse a inexigibilidade.

A impossibilidade de haver concorrência licitatória para determinada contratação pela Administração Pública é uma das situações que apresenta um sem número de hipóteses de cabimento. Não é prévia e abstratamente determinável, como seria necessário para o caso de seu arrolamento legislativo *numerus clausus*.

Justamente por isso, a lei não apresenta um rol taxativo das hipóteses de cabimento. Antes, enuncia um princípio, segundo o qual é inexigível a licitação sempre que a competição for impossível ou inviável (pela inexistência de critérios de julgamento, pela exclusividade na prestação de certa atividade, entre outros), passando, a seguir, a estipular exemplos legais dessa impossibilidade de competição. Mas, é bom que se diga, a lei não esgota a atividade do intérprete, a quem sempre caberá avaliar, diante dos fatos que se apresentam à sua análise, se a norma que permite a contratação direta é aplicável ou não.

Essa conclusão aponta, ainda, noutro sentido: a margem de cognição e avaliação dos fatos por parte do administrador (que é o intérprete por excelência, dado ser o agente a quem compete licitar ou contratar diretamente), nos casos de inexigibilidade de licitação, é bastante maior do que nos casos de dispensa, já que não presente o artifício da legislação exauriente como suporte e limite ao agente público para pautar suas escolhas por realizar ou não uma licitação.

Os pressupostos específicos da inexigibilidade de licitação variam conforme o caso tratado. Veja-se, *v.g.*, que, quando a hipótese for a do inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, será inexigível a licitação sempre que o bem ou serviço pretendido pela Administração for exclusivo de determinado fornecedor ou prestador de serviços. No caso do inciso II do mesmo artigo (contratação por inexigibilidade de licitação dos serviços técnicos profissionais referidos no art. 13 da lei), o objeto deverá apresentar-se como singular e prestado por profissional com notória especialização. E, no caso do inciso III, será inexigível a licitação para a contratação de profissionais de setor artístico consagrados pela crítica ou pela opinião pública.

Em cada caso, a jurisprudência e a doutrina têm identificado os traços característicos destes requisitos. Veja-se, outra vez a título exemplificativo, que a qualificação do serviço como singular é tarefa complexa, como também o é a notória especialização do profissional. Adentrar os meandros de cada um desses elementos não faz parte do escopo deste trabalho, sendo suficiente, a nosso ver, a notícia de que a matéria pode assumir tal grau de complexidade e que, por isso, o papel do intérprete na mediação entre a lei e a realidade é imprescindível. A lei fornece o princípio que ilumina a matéria (não realização de licitação quando a competição não puder ocorrer), mas a avaliação de quando a contratação direta pode ou não ocorrer sempre caberá ao aplicador do direito. A insistência nesse ponto dá-se exatamente porque, mais adiante, será fundamental ressaltar o papel do intérprete ainda quando a lei aparentemente for mais restritiva e supostamente oferecer margem menor de avaliação e mediação interpretativa. Defender-se-á que, ao contrário do que possa parecer, também nessas situações é à interpretação que caberá o papel definitivo sobre a aplicação ou não do texto ao caso por ele regulamentado.

### 3 DISPENSA DE LICITAÇÃO

Já é tempo de analisar a dispensa de licitação (sempre com a advertência de que o ponto de interesse do instituto, neste trabalho, são os casos do art. 24 da Lei nº 8.666/1993), a qual, a seu turno, liga-se à inconveniência da realização da disputa pública. Têm entendido, doutrina e jurisprudência, que as hipóteses nas quais será admissível a sua utilização estão exaustivamente arroladas na lei.

Isso porque, seguindo a orientação de ser a licitação prévia uma regra, cingir-se-iam as suas exceções a um cabimento bastante restrito. Dessa forma, é evidente que a ordenação sobre o tema, tendo em vista preservar a moralidade administrativa e o respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, restringiu ao máximo as hipóteses de discricionariedade do administrador.

Ora, como a dispensa envolve um juízo de valoração a respeito das situações em que a realização de um certame é ou não é conveniente, entende-se que tal margem de escolha foi atribuída, única e exclusivamente, ao legislador, o qual, ao fixar o rol legal de situações nas quais a licitação pode ser entendida como não pertinente, esgotou a possibilidade de deliberação sobre o tema. O interesse público e a forma de seu atendimento já teriam sido, assim, previamente estabelecidos pelo legislador.

Noutras palavras, não caberá ao aplicador da lei, sob o pretexto de atender a determinada necessidade pública, considerar não pertinente a licitação fora das hipóteses expressamente consignadas pelo legislador. Seu papel criativo, na condição de intérprete, será outro, conforme exposição a seguir.

Corroborando este entendimento, Vera Lúcia Machado D'Ávila (2005, p. 101) leciona o seguinte:

Como toda regra, esta também comporta exceção, ou seja, excepciona-se a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório quando, por definição do texto legal, o ajuste pretendido pela Administração se inserir nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação. A dispensa é figura que isenta a Administração do regular procedimento licitatório, apesar de no campo fático ser viável a competição, pela existência de vários particulares que poderiam ofertar o bem ou serviço. Entretanto, optou o legislador por permitir que, nos casos por ele elencados, e tão-somente nesses casos, a Administração contrate de forma direta com terceiros, sem abrir o campo de competição entre aqueles que, em tese, poderiam fornecer os mesmos bens ou prestar os mesmos serviços.

Há, portanto, uma presunção legal que nas hipóteses elencadas no art. 12, incs. I e II, e § 2º, e no art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelas Leis ns. 8.883/94 e 9.648/98, o interesse público restará melhor atendido se não ocorrer a competição entre os particulares aptos a concorrer entre si.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p. 335) tem interessante comentário sobre o tema:

Para que a situação possa implicar dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.

É de se destacar, entretanto, a interpretação ampliativa que a jurisprudência do TCU vem fazendo, com a criação das chamadas “hipóteses supralegais de dispensa”, por meio das quais situações de contratação direta não expressamente arroladas no art. 24 da Lei de Licitações têm sido admitidas.

Exemplo desse entendimento é a Decisão nº 1383/2002-Plenário, em que o TCU considerou regular uma contratação direta de um barco feita pela BBTUR para o chamado “Réveillon do Milênio”. Considerou que a atividade turística constituía-se na “atividade-fim” da empresa e que, por aplicação direta do regime estabelecido no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, exigir a licitação nestas hipóteses seria contrariar a interpretação finalística da regulamentação constitucional a respeito da matéria.

Neste sentido, veja-se a manifestação do Relator, Ministro Benjamin Zymler:

(...) 5. Com efeito, por tratar-se a BBTUR de empresa exploradora de atividade econômica sua sujeição ao regime das empresas privadas é inquestionável. Tal circunstância, entretanto, não a subtrai a priori do espectro de incidência da Lei nº 8.666/93. A aparente antinomia entre o que dispõem os arts. 37, XXI, e 173, § 1º, da

Constituição Federal, resolve-se pelo enfoque finalístico das atividades desempenhadas por entidades dessa natureza, e de igual forma pelas sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, quando exploradoras de atividade econômica, frise-se. Nessa linha, tal como aludiu o douto Procurador-Geral, entendeu este Plenário que o dever de licitar impõe-se tão-somente às atividades-meio das paraestatais. De outra parte, em relação às atividades finalísticas destas, as quais correspondem os atos negociais, incidem as normas de direito privado, notadamente do direito comercial.

6. Assim, considerando que a contratação do afretamento do navio Ecstasy deu-se em contexto pertinente à atividade empresarial precípua da empresa pública auditada, qual seja, a promoção e comercialização de serviços turísticos, a ela não se impõe a realização de prévio certame licitatório. (...)

Esta é a redação da parte inicial do dispositivo da decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. acolher as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis indicados no item 3 supra;

8.2. prestar as seguintes informações à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, em atendimento aos questionamentos dela oriundos:

a) a contratação do navio Ecstasy, junto à empresa BANCOR LEADERS E CARNIVAL, para o chamado “Cruzeiro Marítimo do Milênio” foi efetuada de maneira regular, uma vez que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, nos contratos comerciais diretamente relacionados às suas atividades-fins, não se sujeitam ao procedimento licitatório imposto pela Lei nº 8.666/93, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a teor do que dispõe o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal (...).

Segue no mesmo sentido outra famosa determinação do Tribunal de Contas da União, referente à contratação de frete por parte da Petrobras Distribuidora. Nesse caso, analisado por meio do Acórdão nº 121/1998-Plenário, o TCU considerou que seria impossível exigir que a empresa licitasse a contratação do frete, dadas as peculiaridades do mercado, a possibilidade de frustração de sua atividade-fim e o regime proposto pelo constituinte no art. 173 da CF.

Esta é a ementa do julgado, que, a despeito de longa, sintetiza com clareza os argumentos existentes para fundamentar tal posição:

Vistos, relatados e discutidos estes autos que cuidam agora do Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A - BR, contra o Acórdão nº 240/97 -TCU-Plenário, prolatado no presente processo de Denúncia apresentada pela Associação Brasileira de Caminhoneiros - ABCAM, e de Relatório de Acompanhamento em que se apurou a responsabilidade da Diretoria Executiva da BR, pelo descumprimento a Decisão Plenária nº 414/94 -TCU (Ata 30/94), prolatada no TC-008.355/93-2. Considerando que, em Sessão Extraordinária de 22-10-97 (de caráter reservado), o Tribunal julgou procedente a mencionada Denúncia e aplicou multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, em virtude do descumprimento do decisum anterior, determinando ainda que os Dirigentes da BR promovessem a alteração de seu manual de licitações para tornar obrigatória a realização de procedimentos licitatórios para a contratação de transporte de seus produtos; Considerando que o E. Plenário autorizou o cancelamento da chancela de “sigiloso” que incidia sobre a espécie; Considerando que o pedido de exame do Manual Geral de Contratações da BR caracteriza Consulta (art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/92), e que a ausência de competência dos dirigentes para propor essa modalidade de processo invalida a pretensão contida na solicitação da empresa; Considerando que a exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original),

e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional; Considerando que o Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), ao dispor que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos na Constituição, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, estabelece também que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias; Considerando que as empresas estatais, notadamente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404/76 (Art. 153 - O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios; e Art. 238 - A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação); Considerando que o Artigo 37 da CF/88 estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção, quando lido isoladamente; Considerando que nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida, e que o universo normativo não é um conjunto desordenado de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes; Considerando ainda que, em confronto com o disposto no Artigo 173 da CF/88 (em sua redação original) o Artigo 37 apenas estabelece uma regra geral, que não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios

nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, Parágrafo único; 48 e Parágrafo único; ambos da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 228 e 233 do RITCU, em: 8.1 - conhecer do presente Pedido de Reexame interposto pelos Responsáveis acima indicados (item 3, supra), para, no mérito, dar-lhe provimento parcial; 8.2 - tornar insubsistente o Acórdão recorrido nº 240/97-TCU-Plenário; 8.3 - dar nova redação à Decisão nº 414/94-TCU-Plenário, para excluir a obrigatoriedade de a PETROBRÁS Distribuidora - BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio; e 8.4 - dar conhecimento à PETROBRÁS Distribuidora - BR, e à Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS, da deliberação ora proferida, mediante a remessa de cópia do Relatório/Voto que a fundamentaram.

Aqui, outra vez, o papel criativo do intérprete. A atuação do TCU, num exame superficial, poderia ser considerada até mesmo ilegal, eis que permitiu a contratação direta fora das hipóteses que a lei arrolou. Mas, em verdade, trata-se de interpretação correta, que dá plena efetividade a um comando constitucional diretamente aplicável ao caso (art. 173, § 1º, da CF/88). Trata-se, em suma, da interpretação e da aplicação do ordenamento jurídico como um todo, uma leitura contextualizada de disposições de lei que, avaliadas isoladamente, não permitiriam soluções coerentes das situações concretas.

#### **4 A ATIVIDADE INTERPRETATIVA NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS DA ADMINISTRAÇÃO**

Passada, de forma genérica (até porque o escopo do trabalho impede um exame exaustivo do tema) a diferenciação das duas situações em que se excepciona a licitação prévia<sup>6</sup>, é tempo de nos voltarmos à preocupação central do trabalho, já pincelada, ao longo do texto, na exposição acima. Trata-se, enfim, da atividade interpretativa na aplicação dos institutos que permitem a contratação direta de particulares por parte da Administração sem a realização de prévia licitação.

Conquanto, as situações nas quais serão admitida a não realização de licitação por conta de sua inconveniência sejam exaustivamente tratadas em lei (à exceção dos especialíssimos casos de “hipóteses supralegais de dispensa”, acima mencionados, para os quais o intérprete é, também, fundamental), a possibilidade de sua aplicação concreta constitui-se em ato interpretativo e discricionário do administrador. Explica-se.

O administrador, para não realizar a licitação por entender ser cabível a dispensa, está jungido às hipóteses já previstas em lei. Apenas quando um dos casos expressamente consignados na legislação ocorrer é que será cabível a opção pela dispensa no caso concreto.

A recíproca, contudo, não é verdadeira. Verificado que um dos casos legais que ensejam dispensa de licitação efetivamente ocorreu, a opção por realizar ou não a licitação é conferida ao agente público. Deverá analisar a realidade e, com base nas razões contra e a favor do procedimento, adotar a postura que mais bem atenda ao interesse público e que signifique a aplicação mais coerente do ordenamento jurídico-administrativo.

Nesse ponto, permanece intocada a discricionariedade da Administração, que deverá aquilatar, lançando mão de juízos de conveniência e oportunidade, se é recomendável, no caso concreto, submeter a contratação à prévia licitação.

Claro que um dos critérios para avaliar a conveniência da licitação é verificar sua potencial vantagem. Se o administrador, analisando um caso concreto, chega à conclusão de que a licitação será tão mais gravosa na espécie que é bastante recomendável sua supressão pela adoção da dispensa, assim deverá proceder. Mas não foge ao juízo discricionário conferido ao agente público, a quem incumbirá perquirir se há vantagem para o Poder Público em realizar ou não o certame.

Não é diferente a opinião do Ministro Benjamin Zymler (2006, p. 128), que traz o seguinte comentário acerca da situação:

Embora exista, em tese, viabilidade de competição, a decisão sobre a realização ou não do certame está a cargo do administrador. Este, observadas as situações previstas na norma e tendo em vista o interesse público, opta pela realização ou não do certame.

Esse entendimento é corroborado pelo inciso VII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, que trata da situação na qual os licitantes acorreram ao certame, mas ofereceram preços manifestamente superiores àqueles praticados no mercado nacional.

Idêntico raciocínio aplica-se, também, a obras e serviços de pequeno valor, hipóteses examinadas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (incisos I e II). Em princípio, inúmeras empresas poderiam ser consideradas aptas a executar o objeto. Contudo, o legislador, em homenagem à racionalidade administrativa e aos princípios da eficiência e da razoabilidade, optou por conferir ao administrador discricionariedade para realizar ou não o certame. Dessarte, o administrador sopesará o custo decorrente da realização do certame com a possível redução do valor a ser contratado, resultante da concorrência que se estabeleceria entre os licitantes.

Já nos casos de inexigibilidade, terá o administrador público de constatar, diante do caso concreto, se há ou não possibilidade de se instituir a concorrência. Sendo impossível, a inexigibilidade impõe-se (não é mera faculdade, como no caso da dispensa), o que nos faz concluir que na competição impossível a margem de discricionariedade é muito menor do que na competição desvantajosa. Conquanto em ambos os casos o papel do intérprete seja fundamental, revela-se distinto.



Esse é um ponto que merece ser ressaltado. Num raciocínio inicial, poder-se-ia pensar que a inexigibilidade de licitação comporta um âmbito maior de discricionariedade do que a dispensa. Mas isso não é assim. A dispensa de licitação é, ontologicamente, uma faculdade (desde que ocorrido o fato previsto hipoteticamente na norma reguladora da dispensa). Caberá ao intérprete, constatando a ocorrência do fato descrito na norma, interpretar o ordenamento jurídico e dele extrair a solução mais condizente com sua integridade. Levará em conta os argumentos contrários à licitação (que vão desde a rapidez da contratação direta, a urgência de satisfação de certa necessidade, um eventual valor baixo da contratação que não justificaria movimentar a máquina administrativa num certame licitatório etc.) e os favoráveis (impessoalidade, existência de critérios objetivos para obtenção da proposta mais vantajosa, entre outros) para construir, no caso, uma solução adequada ao problema apresentado.

O papel interpretativo nos casos de inexigibilidade é diferente. A interpretação ocorre antes, para verificar se a norma que permite a contratação direta é ou não aplicável. Uma vez constatada, mediante análise dos dados da realidade, que a licitação não se pode realizar, a utilização da inexigibilidade de licitação é premente.

E é assim porque a inexigibilidade não depende do juízo de oportunidade e conveniência do administrador. Como já se disse, a posição da interpretação, neste caso, é outra. Trata-se de situação em que faltam critérios objetivos para se dar ensejo à competição. Nessas situações, a impossibilidade de concorrência não pode ser corrigida pela atuação humana, mas, ao contrário, é por ela acirrada. Daí dizer-se que, ao contrário do que comumente se pensa, ser a inexigibilidade um caso em que a discricionariedade é praticamente inexistente.

O que há, em grande medida, são situações de competição inviável em que a margem de cognição e avaliação dos fatos conferida ao agente administrativo é maior. Aqui é que a interpretação cumpre o papel fundamental. Deverá avaliar a situação de forma a verificar se a competição é ou não, concretamente, impossível. Para isso, não conta com o auxílio de um rol legal taxativo que lhe dê suporte, mas tem a seu lado o princípio que estabelece a inexigibilidade: a avaliação de que se aplica tal instituto sempre que, diante das características do caso concreto, for impossível competir.

Cabe dizer que, a despeito de serem diferentes as atividades interpretativas em ambos os institutos, tanto na análise de oportunidade e conveniência sobre o certame (dispensa), quando no exame da possibilidade ou não de competição (inexigibilidade), a postura do aplicador da lei deverá ser sempre coerente.

E isto em homenagem ao que Dworkin (1986) chama de princípio da integridade no direito, ou integridade jurídica. Tal princípio cumpre um papel fundamental na avaliação dos casos em questão, pois demanda que situações semelhantes sejam tratadas de forma semelhante pelo direito, ou seja, que os casos semelhantes sejam resolvidos mediante a aplicação dos mesmos princípios e regras. Não se trata de uma coerência estrita<sup>7</sup>, que imponha uniformidade nas manifestações de aplicação de direito, mas de uma coerência de princípios, que interprete situações semelhantes à luz do mesmo conjunto de princípios porque entende que o ordenamento jurídico, apesar de controverso e sujeito a inflexões múltiplas (dentre as quais as próprias convicções pessoais do aplicador), é uma rede coerente de princípios jurídicos, e não uma lista exaustiva de regras hierarquicamente justapostas<sup>8</sup>.

Portanto, situações semelhantes, a menos que haja razão forte para merecerem tratamento diverso, devem ser tratadas semelhantemente. Os casos de inexigibilidade de licitação, assim, devem ser sempre lidos à luz dessa coerência de princípios. Por vezes, a realização de uma licitação em determinada localidade não será possível, dado o contexto fático experimentado em certo lugar num certo tempo histórico. Tome-se como exemplo uma contratação celebrada por entidade administrativa desprovida, por quaisquer razões imagináveis, de condições de divulgação e pesquisa que permitam a afluência de vários licitantes para determinado bem ou serviço que, no local hipotético aqui considerado, apresenta um único fornecedor. Neste caso, é defensável a contratação direta do fornecedor com base no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/1993<sup>9</sup>, mesmo que se saiba que, em termos absolutos, o bem/serviço não tem fornecedor exclusivo.

Mas essas condições podem não se repetir noutros casos. É, aliás, bastante provável que não ocorram. Será sempre fundamental, dessa forma, que o aplicador, em cada caso, seja em termos de dispensa, seja em termos de inexigibilidade de licitação, leve em consideração os fatos concretos postos à sua análise para bem aplicar o direito e dele extrair a solução mais adequada àquele caso. Isso porque, à luz da integridade jurídica, visão do ordenamento defendida por Dworkin e aqui retomada, como já dito, a coerência de princípios demanda que situações semelhantes sejam reguladas semelhantemente, mas exige, também, que cada caso seja tratado em sua individualidade, com suas especificidades, impedindo que se faça tábula rasa da aplicação da lei, negligenciando as diferenças entre casos discrepantes cujas soluções deveriam ser também diferentes por respeito à coerência do ordenamento.

## CONCLUSÃO

O estudo pôde demonstrar que a licitação prévia, sendo regra constitucional, possui exceções cuja interpretação, assim como ocorre com qualquer exceção, deverá ser restritiva. A partir de então, pelo exame da legislação e das afirmações jurisprudenciais e doutrinárias a respeito da matéria, foi possível conceituar, de forma genérica, os institutos da

dispensa (em particular aquela enunciada no art. 24 da Lei nº 8.666/1993) e da inexigibilidade de licitação.

A inexigibilidade de licitação é instituto cuja avaliação deve ser, logicamente, inicial. Uma licitação só poderá ser conveniente ou não se, primeiro, for possível. Viu-se, nesta toada, que não há legislação exauriente que indique ao aplicador da norma os casos em que a competição será impossível, sendo fundamental o papel do responsável pela decisão no caso concreto na avaliação sobre as circunstâncias que envolvem a contratação e a possibilidade material de se estabelecer disputa. Conquanto sempre que a disputa seja impossível a inexigibilidade de licitação deva ser aplicada, deve-se, *contrario sensu*, estatuir um norte hermenêutico, segundo o qual a possibilidade de competição, por menor que possa parecer numa avaliação inicial, deve conduzir o agente a rejeitar a contratação sem a licitação prévia.

A dispensa de licitação, a seu turno, está legislativamente estabelecida em rol *numerus clausus*, sempre considerando casos não previstos na legislação, como as “hipóteses supralegais de dispensa” tratadas pela jurisprudência do TCU, *v.g.*, na aplicação finalística do inc. III do § 1º do art. 173 da Constituição Federal. Em todos os casos de dispensa, contudo, o administrador, constatada a autorização legal, poderá decidir, amparado em critério discricionário, sobre a realização ou não da disputa. Claro que parâmetros como a eficiência da contratação, a economicidade, o respeito à impessoalidade e à isonomia, a lembrança de que a licitação é regra e suas exceções devem ser interpretadas restritivamente etc. devem ser tomados em consideração. Mas, em última análise, a decisão será discricionária.

É importante notar que, na competição impossível (inexigibilidade), a margem de discricionariedade é muito menor do que na competição desvantajosa (dispensa). O que há, no primeiro caso, é uma maior amplitude de avaliação fática para que o administrador possa definir se a licitação é ou não impossível; uma vez realizada a constatação, todavia, sua margem de decisão é muito mais limitada do que em casos em que poderá decidir, por ser possível a disputa, se realizará ou não o certame.

É neste sentido que se afirma que a postura do intérprete deverá, sempre, ser coerente com o ordenamento jurídico. Coerente não no sentido de repetição indefinida e apego estrito às decisões anteriores, mas de tratamento semelhante a casos semelhantes, de fidelidade aos princípios reitores da matéria. Diferentes contextos podem denunciar que contratações semelhantes (*v.g.*, de um mesmo serviço), em locais e tempos distintos, podem merecer tratamento absolutamente discrepante. É que os princípios que regem um e outro caso podem recomendar uma decisão que, para ser coerente (íntegra), estabeleça regramentos distintos para cada qual. Caberá ao intérprete, sempre, avaliar o caso concreto e encontrar, dentro das inúmeras possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico, a resposta que melhor se adéque à situação. Caberá a ele, por fim, entender que nenhuma disposição legal e nenhum precedente jurisprudencial é capaz de substituir a atividade imprescindível da interpretação na solução de casos concretos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 440 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1983. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 645/2004*, Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo TC nº 013.308/1999-8. Entidade: Companhia Energética do Piauí. Sessão 29/04/2004. Pedido de Reexame. Auditoria. Companhia Energética do Piauí - Cepisa. Área de licitação e contratos. Pedido de reexame de acórdão que aplicou multa aos recorrentes, em razão da contratação do segundo colocado, ante a desistência do licitante vencedor, sem adoção do preço por este oferecido; aditamentos irregulares de contratos; ausência de parecer jurídico na prorrogação de contratos; contratação direta de escritório de advocacia; e ausência de projeto básico atualizado. Inexistência de prejuízo à entidade ou ao erário. Pertinência das razões aduzidas pelos recorrentes. Conhecimento. Provimento. Insubsistência de itens do acórdão. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em 29 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Acórdão nº 121/1998, Plenário*. Relator Ministro Iram Saraiva. Processo TC nº 010.124/1995-0. Entidade: Petrobras Distribuidora S/A. Relator: Ministro Iram Saraiva. Sessão 26/08/1998. Pedido de Reexame. Denúncia. Irregularidades na PETROBRÁS. Pedido de reexame de acórdão que determinou a adequação do Manual Geral das Contratações da empresa à Lei 8.666/93 e aplicou multa aos responsáveis por descumprimento de decisão do Tribunal. Dispensa de licitação para transporte de produtos. Conhecimento. Provimento parcial. Insubsistência do acórdão recorrido. Alteração da redação de decisão que também determinou a referida adequação. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em: 29 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Decisão nº 1383/2002, Plenário*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo TC nº 017.072/2000-5. Entidade: Banco do Brasil Viagens e Turismo Ltda. – BBTUR. Sessão 16/10/2002. Relatório de Auditoria. Auditoria. Banco do Brasil Viagens e Turismo Ltda - BBTUR. Solicitação do Congresso Nacional. Índícios de irregularidades no fretamento do navio Ecstasy, para o Reveillon do Milênio, e em outras operações da BBTUR. Audiência dos responsáveis. Razões de justificativa acolhidas. Impossibilidade de vinculação de condutas administrativas aos prejuízos incorridos pela entidade. Riscos inerentes à atividade comercial. Ausência de comprovação de má-gestão ou prática de ato antieconômico. Informação ao Congresso Nacional. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em: 29 ago. 2008.

D'AVILA, Vera. Lúcia. Machado. Dispensa e inexigibilidade. Conceito. Distinção. Impossibilidade de utilização indiscriminada. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100-102.

DWORKIN, Ronald. The concept of unenumerated rights. *University of Chicago Law Review*, Chicago-EUA, nº 59, p. 381-432, 1992.

\_\_\_\_\_. *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts-EUA: Harvard University Press, 1986, p. 176-275.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 6. ed. 3. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O princípio da moralidade e a prorrogação emergencial de contratos administrativos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E COMPRAS GOVERNAMENTAIS, 1. 2005, Salvador. Anais eletrônicos... Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/palestras/%7B1C76209A-DF72-4B00-A68E-4372EF25CAF0%7D\\_Carlos%20Pinto%20Coelho%20Motta%20-%20O%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20MORALIDADE%20E%20DA%20PRORROGA%C3%87%C3%83O%20EMERGENCIAL%20DE%20CONTRATOS%20ADMINISTRATIVOS.pdf](http://www.direitodoestado.com/palestras/%7B1C76209A-DF72-4B00-A68E-4372EF25CAF0%7D_Carlos%20Pinto%20Coelho%20Motta%20-%20O%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20MORALIDADE%20E%20DA%20PRORROGA%C3%87%C3%83O%20EMERGENCIAL%20DE%20CONTRATOS%20ADMINISTRATIVOS.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2008. 22:15.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

## NOTAS

- 1 Dúvidas já existiram a esse respeito, mormente por conta da mora do legislador em editar a lei requerida pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Contudo, a interpretação reiterada da matéria, após a promulgação da Lei nº 8.666/1993, encarregou-se de afirmar a sujeição dessas empresas à regra geral da licitação até que a lei específica regulamente a matéria. Nesse sentido, veja-se a lição de Marçal Justen Filho (2005, p. 113) quando trata dos entes da Administração Indireta: “Mas há alguns controles e limitações inerentes à natureza pública dos recursos e dos motivos que autorizam a existência da entidade de direito privado. Por isso, elas são subordinadas ao princípio da eficácia, o que significa o dever de melhor aplicação possível dos recursos. Isso se traduz, inclusive, na obrigatoriedade da licitação para realizar contratos – mesmo contratos de direito privado.” (grifamos). Não se pode esquecer, contudo, a peculiar posição da Petrobras diante da redação do art. 67 da Lei nº 9.478/1997 (regulamentado pelo Decreto nº 2.745/1998), que, sob o pálio de regulamentar a regra do inc. III do § 1º do art. 173 da Constituição Federal especificamente em relação à Petrobras, realizou verdadeira delegação legislativa sem respaldo constitucional, conferindo ao Presidente da República, no exercício do poder regulamentar do art. 84, inc. IV, da CF/88, a faculdade de estabelecer o regulamento de licitações da Petrobras. É conhecida a controvérsia existente quanto ao tema envolvendo as posições do Tribunal de Contas da União (que vem reiteradamente afirmando a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998 e do art. 67 da Lei nº 9.478/1997) e do Supremo Tribunal Federal (que sistematicamente defere medidas judiciais antecipatórias e liminares para permitir a Petrobras a adoção dos procedimentos estabelecidos em seu regulamento de licitações, sem necessidade de observar a Lei nº 8.666/1993). O tema é árduo e mereceria um estudo próprio apenas para cobrir todas as suas facetas.
- 2 Ainda que se saiba que essa regra, durante anos, tem encontrado uma prática administrativa diversa. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p. 205-217) traz um interessante comparativo em que mostra que os valores absolutos gastos em contratações diretas foram bastante superiores ao valor licitado entre 1993 e 2006, tendo este último ano representado, com a propagação da utilização do pregão, o primeiro da série histórica em que o volume financeiro licitado foi superior ao das contratações diretas.
- 3 Para Vera Lúcia Machado D’Ávila (2005, p. 110/111), a previsão de possibilidades de dispensa e inexigibilidade de licitação “não visa dar ao administrador cartão verde para que possa, a seu talante, evitar o procedimento licitatório, pois, como já afirmamos alhures, a regra para o Poder Público é a de realização da licitação para dar-se a escolha, dentre vários concorrentes, tratados em igualdade de condições, do que melhor se propuser a atender ao interesse público declarado”.
- 4 Aqui não se entende fundamental para o prosseguimento do trabalho estabelecer as distinções entre licitação dispensada (art. 17, Lei nº 8.666/1993) e licitação dispensável (art. 24, Lei nº 8.666/1993), que parte da doutrina vê como uma das questões de fundo em relação à contratação administrativa pela via direta, implicando, entre outros, alteração nos próprios procedimentos da contratação direta. Para maiores comentários a respeito da questão, veja-se Fernandes (2007, p. 217-219). Cabe ressaltar, contudo, que, nos casos do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, a própria lei já dispensou a licitação, ao passo que, no art. 24, a lei permitiu a contratação direta, ou seja, permitiu que a dispensa da licitação por parte do agente, residindo, aqui, a margem de discricionariedade do administrador. Doravante, contudo, até por conta do restrito âmbito de aplicação das regras do art. 17 da Lei nº 8.666/1993 – ligadas apenas às alienações realizadas pela Administração – o foco será o exame dos casos de licitação dispensável, tratadas como dispensa de licitação.

- 5 É bom ressaltar que as hipóteses de inexigibilidade de licitação não estão restritas àquelas descritas pelo art. 25 da Lei nº 8.666/1993. Além das situações não arroladas em lei, há as hipóteses, retratadas na jurisprudência do TCU, de verdadeiras “inexigibilidades” arroladas ao longo do art. 24 da Lei nº 8.666/1993. É o caso, v.g., do inciso X do art. 24, que permite a compra ou a locação de imóvel cujas necessidades de instalação e locação imponham a sua escolha. É exatamente porque essas necessidades indicam o imóvel locado que o caso não é de permissão de não realização de competição, mas, ao contrário, de completa impossibilidade de concorrência. Outro caso é o do inciso XVII do mesmo art. 24, que impõe quem será o fornecedor de peças para equipamento durante o seu período de garantia para que não haja prejuízo exatamente à garantia (o fornecedor, também aqui, já está indicado, ocorrendo impossibilidade completa de competição, e não a mera vantagem decorrente de sua não realização).
- 6 Diferença essa que não é meramente retórica, mas tem notáveis implicações concretas, como a nulidade de eventual procedimento administrativo que indique fundamento incorreto de contratação e a conseqüente reprimenda sobre o agente responsável.
- 7 Sobre a desnecessidade (e até mesmo impossibilidade) de coerência estrita na aplicação do direito, esta é a manifestação de Dworkin (1992, p. 394, tradução nossa): “É claro que nem a mais estrita atenção à integridade, por todos os nossos juizes em todas as nossas cortes, produzirá decisões judiciais uniformes, ou garantirá decisões aprovadas ou que protejam alguém daqueles que odeia. Nada pode fazê-lo. A questão da integridade é princípio, não uniformidade: somos governados não por uma lista, mas por um ideal e a controvérsia está, portanto, no coração de nossa história” (Of course, not even the most scrupulous attention to integrity, by all our judges in all our courts, will produce uniform judicial decisions, or guarantee decisions you approve of, or protect you from those you hate. Nothing can do that. The point of integrity is principle, not uniformity: we are governed not by a list but by an ideal, and controversy is therefore at the heart of our story).
- 8 Explicando de forma mais abrangente a integridade, esta é a manifestação de Dworkin (1986, p. 219, tradução nossa): “A integridade é apenas consistência (decidir semelhantes casos semelhantemente) sob um nome mais louvável? Isso depende do que nós queremos dizer com consistência ou casos semelhantes. Se uma instituição política é consistente apenas quando repete suas próprias decisões passadas de forma estrita, então integridade não é consistência; é algo ao mesmo tempo maior e menor. A integridade requer que os padrões públicos da comunidade sejam construídos e vistos, tanto quanto possível, como a expressão de um único e coerente esquema de justiça e certeza do direito numa relação adequada. Uma instituição que aceita este ideal, por esta razão, fugirá de uma estrita linha de decisões passadas em busca de princípios concebidos como mais fundamentais para o esquema como um todo” (Is integrity only consistency (deciding like cases alike) under a prouder name? That depends on what we mean by consistency or like cases. If a political institution is consistent only when it repeats its own past decisions most closely or precisely in point, then integrity is not consistency; it is something both more and less. Integrity demands that the public standards of the community be both made and seen, so far as this is possible, to express a single, coherent scheme of justice and fairness in the right relation. An institution that accepts that ideal will sometimes, for that reason, depart from a narrow line of past decisions in search of fidelity to principles conceived as more fundamental to the scheme as a whole).
- 9 O Tribunal de Contas da União tem jurisprudência interessante a respeito, entendendo que a notória especialização dependerá sempre do contexto de avaliação. Neste sentido, cfr. o Acórdão nº 645/2004-Segunda Câmara.

# Alterações do Contrato Administrativo: Releitura das Normas de Regência à Luz do Gerenciamento de Riscos, em Gestão Pública Comprometida com Resultados<sup>1</sup>

Jessé Torres Pereira Júnior e  
Marinês Restelatto Dotti

## 1. INTRODUÇÃO

Sob a perspectiva do direito público, a chamada “crise do sistema financeiro internacional”, que contamina o planeta desde 2008, talvez possa ser tida como o ponto de inflexão da curva de um gráfico demonstrativo dos desafios do século XXI. Este estará confrontando as sociedades humanas com a urgente necessidade de gerir o estado de acordo com novos paradigmas, no desempenho da mais permanente de suas funções: garantir, em parceria com outras instituições, o acesso de todos, sem exclusão, aos direitos fundamentais que, há mais de duzentos anos, vêm sendo proclamados e consagrados por sucessivas e cumulativas gerações, mediante declarações em tese.

Do estado liberal ao intervencionista, em maior ou menor escala, passando pelo estado do bem-estar e chegando ao estado mínimo, muitos têm sido os rótulos que intentam exprimir a ênfase posta, por tal ou qual escola de pensamento ou práxis de exercício do poder, na função primordial do estado, sem que esta, a rigor, se altere em sua essência.

Os rótulos escondem convicções antes ideológicas, sinceras ou oportunistas, comprometidas ou não com a aptidão do estado como instrumento político a serviço do desenvolvimento e da paz para todos, sem exclusão – eis a sua utilidade e a sua razão de ser. Todos querem o estado – ou dizem que o querem – apto para desincumbir-se dessa função, mas cada qual propõe a via que reputa a mais adequada para realizá-la, sem que qualquer delas o seja por si só e completamente.

A universalidade da crise do sistema financeiro assim o demonstra, ao se instalar em estados de variável teor democrático, com maior ou menor grau de regulamentação do sistema, exibindo taxas de desenvolvimento e índices de qualidade de vida os mais discrepantes.

Jessé Torres Pereira Júnior é  
Desembargador do Tribunal de Justiça  
do Estado do Rio de Janeiro

Marinês Restelatto Dotti é  
Advogada da União

O direito, como ciência a serviço da civilização, dispõe-se, periodicamente, a rever seus institutos, conceitos e definições, princípios, normas e regras, processos e procedimentos, com o fim de dar conteúdo jurídico – vale dizer, disciplinador de condutas gerais, expandindo, limitando, transformando ou racionalizando políticas e círculos de convivência, vinculando-os a normas ora pedagógicas, ora repressoras, ora de mero reconhecimento cultural – a ferramentas que, não raro manejadas em outras áreas do conhecimento, carecem de força bastante para impor-se à gestão do estado enquanto não forem incorporadas à ordem jurídica aceita e praticada. Processo permeado de historicidade, eticidade e socialidade, com os seus respectivos ativos e passivos, erros e acertos, avanços, desvios e recuos.

Um dos mais antigos institutos jurídicos – o contrato – é convocado, a cada quadra histórica, a dar a sua contribuição no caminhar civilizatório do direito. Foi pelo contrato que o direito capturou o sentido econômico das relações patrimoniais (Enzo Roppo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, *apud* Ustároz, Daniel, *Responsabilidade Contratual*, págs. 22 e segs. Revista dos Tribunais, 2.ed., 2007). Privilegiou-o tanto que os juristas passaram a preocupar-se em reduzir o teor de autonomia da vontade e o apego excessivo à forma – pretextos da supremacia do economicamente mais forte e do voluntarismo discriminador –, para atribuir-lhe uma função social, na tentativa de reequilibrar forças culturalmente antagônicas, desavindas em caráter intrínseco ou contingente. Daí a inserção, nas relações contratuais, da boa-fé objetiva, da prevenção do enriquecimento sem causa, da gradação da lesão que resolve os contratos, da responsabilização por danos materiais e morais, do reconhecimento de tutela específica e especial sobre relações geneticamente desequilibradas, como as de consumo.

Instituto jurídico central, o contrato ocupa lugar de destaque também na atividade estatal, direta, indireta ou delegada. Por meio do contrato, o estado, seja por sua própria administração, ou através de empresas que a lei cria para o desempenho de específicos cometimentos (as empresas públicas e sociedades de economia mista), ou, ainda, mediante empresas privadas por ele contratadas para executar a prestação

de serviços públicos delegados (concessionárias e permissionárias), realiza, gerencia, estimula, regula, fomenta um sem-número de atividades, programas e projetos de interesse para a sociedade.

Eis a chave para perceber-se a extensão e a gravidade do desafio pós-moderno à atividade contratual do estado – estabelecer e medir os resultados que a execução de cada contrato deve propiciar. Os resultados alcançados terão sido os planejados? E estes o foram de acordo com o interesse dos destinatários das ações contratadas, que, a seu turno, haveriam de harmonizar-se com as prioridades da sociedade? Terão sido levados em conta os possíveis riscos, inerentes a toda empreitada humana? Se o foram, quais terão sido os mecanismos jurídicos, técnicos, econômicos e gerenciais previstos para enfrentá-los e conjurá-los? Se não o foram, haveria responsabilidades a apurar? A avaliação dos riscos do contrato constitui uma obrigação, cujo negligenciamento gera responsabilidade, na acepção de obrigação secundária que ocupará o lugar daquela, primária, que não se cumpriu?

A gestão pública comprometida com os resultados já é tema recepcionado na doutrina e na jurisprudência, esta dos tribunais judiciais e de contas, por toda parte. Será que já é tema permanente nas preocupações e na prática dos gestores públicos brasileiros? Estes reconhecem e praticam técnicas de gerenciamento de riscos na administração pública, em especial na gestão dos contratos administrativos?

O presente estudo pretende reler a legislação, a doutrina e a jurisprudência atuais, pertinentes à alteração dos contratos administrativos, sob a ótica da avaliação de riscos, disciplina que integra a grade de cursos de formação de administradores de empresas, mas que ainda não terá sido juridicamente emoldurada para integrar o dia-a-dia da gestão pública.

## 2. GESTÃO DE RISCOS NO SERVIÇO PÚBLICO

A sociedade contemporânea expressa, de modo cada vez mais claro, o desejo de contar com alimentos e medicamentos mais seguros, meio ambiente saudável, produtos de qualidade aferida e controlada, padrões de vida de melhor qualidade, notadamente no pertinente à moradia, ao emprego,

à educação, à segurança pública e à segurança das relações jurídicas. Não apenas desejo. Molda-se a consciência de que se trata de direitos subjetivos públicos, de que todos e cada um são titulares, por isto que aos estados incumbe assegurá-los, incidindo em censurável omissão, ou em ação ineficiente, os governos que não concebem, nem executam, com eficácia, políticas públicas a tanto destinadas.

Integra aquela consciência o reconhecimento de que essas políticas e as ações delas decorrentes são naturalmente expostas a risco, definido este como

a incerteza em torno de eventos e resultados futuros [...], expressão da probabilidade e do impacto de um evento que pode influenciar a consecução dos objetivos de uma organização [...] Risco, portanto, é a probabilidade de que um evento, seja ele bom ou mau, ocorra no futuro [...] enfocamos o aspecto negativo do risco, mas é importante lembrar que o risco inclui tanto eventos positivos como negativos [...] A gestão de riscos frequentemente exige meios-termos. Ações e inovações que podem gerar benefícios devem ser equilibradas contra seus possíveis custos. Muitos dos riscos enfrentados na sociedade moderna resultam de benefícios gerados pela inovação social e tecnológica. A gestão de riscos reflete o desejo de melhorarmos processos decisórios em condições de incerteza, visando maximizar benefícios e minimizar custos. No setor público, uma grande preocupação em relação à gestão de riscos é o nosso dever de cuidar do público – os riscos sempre devem ser administrados, acima de tudo, com o interesse público em vista (Stephen Hill, *Guia sobre a gestão de riscos no serviço público*, págs. 37-38. in *Cadernos da Escola Nacional de Administração Pública*, traduzido com a permissão da Escola de Serviço Público do Canadá, 2006).

Órgãos governamentais brasileiros, cuja missão institucional é o controle da administração pública, ensaiam os primeiros passos rumo à gestão de riscos. Como a Controladoria Geral da União, cuja Revista nº 3 (Anexo II, dezembro/2007, páginas 38-40) veiculou importante contribuição, assinada por Sergio Nogueira Seabra:

[Na experiência internacional], os gestores de riscos do setor público têm alguns instrumentos de políticas à sua disposição para administrar e minimizar riscos e lidar com os impactos de resultados potencialmente adversos após um fato consolidado. O grau de coerção desses instrumentos varia de regulações diretas a instrumentos econômicos, iniciativas voluntárias, ações educacionais e comunicação. No processo de desenvolvimento de políticas, devem ser definidos objetivos e metas claros e implementados programas para que seus objetivos sejam alcançados. Se o *feedback* logrado e o monitoramento indicarem que os objetivos não estão sendo alcançados, os programas devem ser mudados. Se os objetivos deixarem de ser relevantes, novos objetivos devem ser estabelecidos. Esses objetivos devem ser compatíveis com requisitos legais, estatutários e internacionais [...]

Questões de equidade e justiça são logo levantadas em qualquer discussão sobre a responsabilidade por riscos. Os processos usados para a designação de ônus e responsabilidades pela ocorrência de um resultado potencialmente adverso são importantes. Entre outras perguntas que exigem respostas, temos as seguintes: o público vai arcar com o custo? O setor privado será responsável? O que será feito em prol das vítimas que sofrem impactos adversos involuntariamente (por exemplo, os que contraíram hepatite C após uma transfusão de sangue)? Como impactos irreversíveis serão compensados (por exemplo, a extinção de espécies e ecossistemas)?

O envolvimento precoce e permanente de todas as partes interessadas e do público numa discussão sólida e transparente sobre riscos ajudará a garantir prioridades aceitáveis e uma divisão adequada de responsabilidades. A pedra angular de uma comunicação eficaz de riscos é manter um diálogo adequado entre as partes interessadas em torno da melhor forma de administrar riscos. (Hill, *op. cit.*, pág. 44).

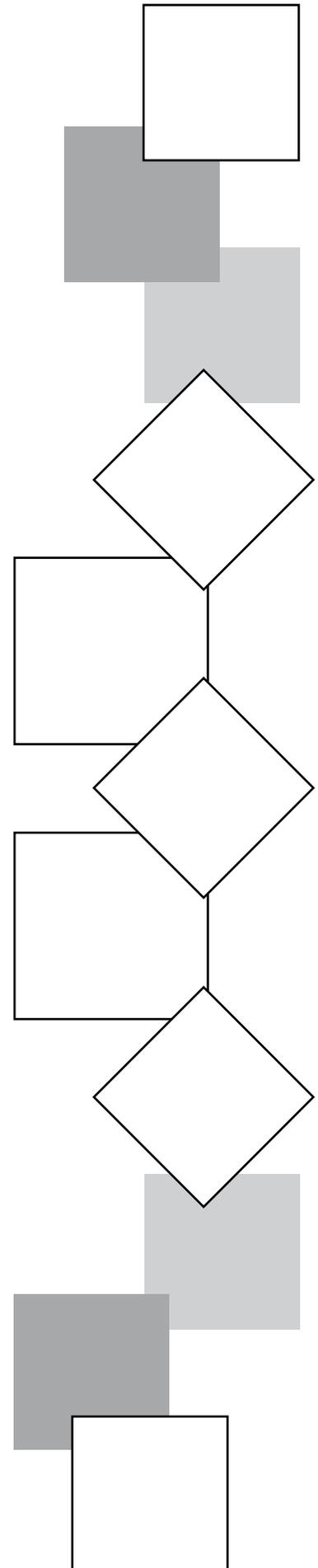
### 3. AS PRERROGATIVAS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O conceito de risco e seus desdobramentos devem iluminar a releitura das normas que, na Lei Geral das Licitações e Contratações, regem o contrato, a sua execução e fiscalização. Especialmente no que respeita à prerrogativa de alteração unilateral dos contratos, que dita lei confere à Administração, novos horizontes se abrem para os agentes públicos, sejam aqueles que atuam na seara da execução, sejam aqueles que atuam nos controles ou aqueles que os assessoram, técnica ou juridicamente.

O art. 54 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, submete os contratos administrativos, cujo objeto seja a execução de obras, a prestação de serviços, a compra ou a alienação de bens, à regência do direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

A norma especializa o regime de regência em atenção à presença do interesse público, mas não cria, por evidente, um terceiro gênero, como se o contrato administrativo não fosse contrato. O que a especialização acarreta é a incidência de prerrogativas, que conferem à Administração, quando ocupante de um dos polos da relação contratual, poderes-deveres de agir conforme as finalidades públicas que se espera sejam o alfa e o ômega do contrato, isto é, determinem a necessidade do contrato e os resultados que se colherão com a sua execução.

O compromisso com a causa e os resultados revela-se em cláusulas ditas exorbitantes e derogadoras do direito comum, daí a relevância de a lei fixar as prerrogativas e de serem elas adequadamente manejadas pelos agentes públicos que modelam os objetos a serem contratados, conduzem os processos de contratação, fiscalizam e gerenciam a execução dos contratos celebrados.



Quer o contrato administrativo se origine de um procedimento competitivo seletivo público, chamado licitação, quer não – quando cabível uma das exceções legais de sua dispensa ou inexigibilidade –, as prerrogativas do regime jurídico especializado garantem e impõem à Administração o exercício daqueles poderes-deveres.

A Lei nº 8.666/1993, ao mesmo tempo em que relaciona as cláusulas essenciais de todo contrato administrativo (art. 55), prevê as hipóteses em que tais cláusulas podem sofrer alterações no curso do contrato, ou seja, consagra a mutabilidade das condições originalmente estipuladas. Decorre que, antes mesmo da formalização do contrato, ou durante a sua execução, podem advir situações que demandem alterações que o ajustem a realidades supervenientes. O que nem de longe poderia ser interpretado como autorização para que a definição do objeto a ser contratado pudesse ser feita sem rigoroso compromisso com a causa e o resultado.

Escusam-se os que aditam contratos a metro ou a peso com o argumento de que a Administração poderá, a qualquer tempo, alterar o que especificou e contratou, com ou sem licitação. Não se dão conta de que todo contrato há de ser pensado e celebrado com o propósito de ser cumprido tal como convencionado (o art. 66 da Lei nº 8.666/1993 quer que o contrato seja “executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”). As alterações devem ser sempre consideradas excepcionalidades que carecem de fundada justificação, com o fim de alcançar e preservar os resultados pretendidos. Alterações amiudadas denotam recriminável superficialidade no planejamento, na elaboração de projetos, na avaliação dos riscos, na gestão do contrato enfim.

Esse é o tom característico de toda prerrogativa, na acepção com que a emprega o jargão do direito público – condição que viabiliza a satisfação do interesse público ou da finalidade administrativa com ele comprometida. De sorte que toda prerrogativa é irrenunciável e impostergável. Dever de agir, não faculdade para agir. Poder instrumental para providenciar, prevenir, corrigir, punir. A inércia ou a omissão de seu exercício equivale a falta a dever

funcional, que arrisca a perda dos objetivos que deveriam ser atingidos na execução do contrato, por isto que atraente de responsabilização do agente inerte ou omissor, isto é, faltoso a seu dever funcional.

O art. 58 da Lei nº 8.666/1993 é a sede das prerrogativas que a lei entendeu de confiar à Administração. O inciso I alinha, como a primeira delas, a de modificar o contrato unilateralmente. Como toda prerrogativa deve estar vinculada à preservação dos resultados planejados, a de impor alteração unilateral em cláusula contratual somente se legitimará se almejar “melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”, tal como explicita o inciso em sua parte final, de molde a vincular a alteração àquela adequação e a esse respeito, ambos – adequação e respeito – evidentes limitadores da discricionariedade administrativa para fazer uso da prerrogativa.

A lei não faculta à Administração alterar as condições previamente ajustadas à nova realidade fática; impõe-lhe o poder-dever de fazê-lo, para que o contrato não se desvie dos resultados preordenados. Mas tão só nessa hipótese. Ilegítimo será – transformando-se em abuso de poder ou desvio de finalidade – o exercício da prerrogativa sem compromisso com esses resultados, que traçam, em verdade, os seus limites.

A prerrogativa da alteração unilateral incide exclusivamente sobre cláusulas de execução, também chamadas de regulamentares ou de serviço. As cláusulas que versam sobre o preço não podem sofrer alterações unilaterais; haverão de ser negociadas depois de definida a alteração incidente sobre a execução, se esta se refletir no preço.

O fundamento jurídico necessário dessa negociação é o direito do contratado - que o art. 37, XXI, da CR/88 assegura (v. item 6, infra) - a que se mantenha em equilíbrio a equação econômico-financeira do contrato, estabilizada quando a Administração aceitou a proposta do particular porque conforme ao que foi por ela especificado, significando que o respectivo preço atende às expectativas de ambas as partes, que o têm por vantajoso e de acordo com o praticado no mercado.

Outra limitação ao exercício dessa prerrogativa está na fidelidade ao objeto contratado, que não pode ser substituído por outro. Se a realidade superveniente demonstrar que o objeto originalmente especificado e contratado deixou de servir ao interesse público ou a fins administrativos com ele comprometidos, a Administração deverá cogitar de rescindir o contrato, não de deformá-lo a ponto de ser outro o seu objeto. Os custos e retardamentos que acompanham uma rescisão podem ser elevados e desastrosos para o interesse público, por isto que deveria haver sido considerados em prévia análise de riscos.

Essas mesmas cautelas e limitações balizam, com as adaptações próprias ao conteúdo de cada uma delas, o exercício de todas as demais prerrogativas arroladas no mencionado art. 58, dado que nenhuma prerrogativa existe para atender a voluntarismos dos agentes e gestores públicos, sob qualquer de suas mais frequentes motivações, tais como oportunismos eleitoreiros, arbitrariedades lesivas de direitos fundamentais, improbidades as mais variadas.

#### 4. ALTERAÇÕES UNILATERAIS EXPRESSAS

A Lei nº 8.666/1993 autoriza, nos artigos 57, § 1º, e 65, a Administração a fazer uso da prerrogativa de alterar, unilateralmente, as cláusulas contratuais, quando:

4.1 mostrar-se necessário nos prazos originariamente pactuados para o início das etapas de execução, de conclusão ou de entrega do objeto, decorrente de situações que podem advir independentemente de previsão no instrumento convocatório ou no contrato, tais como:

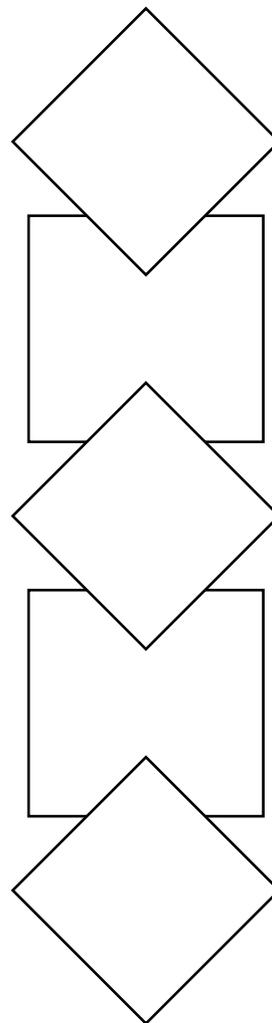
(a) fatos externos, estranhos à vontade das partes contratantes, como na hipótese de superveniência de fato excepcional ou imprevisível que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

(b) necessidade de alterar-se o projeto ou as especificações do objeto, sem desnaturá-lo (daí a necessidade de haver a Administração elaborado, na fase preparatória do processo de contratação, projeto básico ou termo de referência – conforme se trate de concorrência, tomada de preços, convite ou pregão – suficientemente pormenorizado e apto a produzir os resultados almejados pela Administração);

(c) indispensável for a interrupção da execução do contrato ou a diminuição do ritmo de trabalho, por ordem e no interesse da Administração;

(d) sobrevir impedimento para a execução do objeto do contrato por fato ou ato de terceiro, reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

(e) recomendar-se o aumento de quantidades inicialmente previstas no contrato;



(f) houver omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto a pagamentos previstos, de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis;

4.2 no curso da execução do contrato, verificar-se a necessidade de modificação:

(a) no projeto ou nas especificações inicialmente estabelecidas, desde que para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração; ou

(b) no valor contratual em decorrência de acréscimos ou supressões que se fizerem em obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos, mantido o índice de 25% em caso de supressão.

A expressa previsão dessas hipóteses em lei torna intuitivo, à vista do princípio da precaução, que a análise de riscos se detenha sobre cada uma delas, com o fim de evitar, o mais possível, ocorrências onerosas e indesejáveis que as tenham por motivo, acaso inevitável.

## **5. ALTERAÇÕES PASSÍVEIS DE INTRODUÇÃO NO CONTRATO MEDIANTE ACORDO**

A Lei nº 8.666/1993 distingue certas alterações decorrentes de acordo entre as partes, a saber:

(a) ser conveniente a substituição da garantia de execução fixada no instrumento convocatório;

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

(c) ser necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, e

vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

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

(e) quando houver necessidade de suprimir-se o objeto em percentuais que ultrapassem os limites fixados no art. 65, § 1º.

Não se infira desse elenco explicitado que outras cláusulas não possam ser objeto de alteração por acordo. Em princípio, toda cláusula contratual é passível de alteração havendo acordo entre os contraentes.

O significado dessa explicitação é diverso do que poderia sugerir sua aparência restritiva. É o de deixar claro que, nessas hipóteses, a lei não admite decisão unilateral porque qualquer daquelas alterações – a substituição de garantia de execução, a modificação de regime de execução de obra ou serviço, ou o modo de fornecimento de compra, a modificação da forma de pagamento, a aplicação da teoria da imprevisão – pode afetar, reflexamente, o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Havendo anuência do contratado, todavia, qualquer dessas situações poderá gerar alterações no contrato, vedadas à falta dela. Vale dizer que outro risco a ser previamente analisado é o referente às consequências de o contratado recusar-se a concordar com a alteração, o que seria legítimo, porém poderia acarretar dificuldades ou impedimentos à consecução dos resultados planejados.

## 6. INTANGIBILIDADE DAS CLÁUSULAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS

Todas as alterações nas cláusulas regulamentares ou de serviço originais devem assegurar a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras (preço) e monetárias (atinentes a correção e reajustes), caso essas alterações desequilibrem a relação encargo/remuneração inicialmente estabelecida. Ao mesmo tempo em que à Administração Pública cabe a prerrogativa de alterar unilateralmente cláusulas de serviços de seus contratos, em contrapartida, ao contratado assiste o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em face das modificações impostas mercê do uso da prerrogativa (Lei nº 8.666/1993, art. 58, §§ 1º e 2º).

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro não pode ser tisonado sequer por força de lei, dado ser esta submissa, necessariamente, ao art. 37, XXI, da Constituição da República, segundo o qual obras, serviços e compras serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, ou seja, assiste ao contratado o direito à manutenção da equação econômico-financeira inicial. Extrai-se, pois, que a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras ficará defendida tanto contra as intercorrências que o contratado sofra em virtude de alterações unilaterais, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda, temas que serão examinados adiante. Frise-se: a intangibilidade é da equação equilibrada, não da literalidade do preço; este pode ser alterado, desde que mantida aquela.

## 7. FORMALIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

As alterações que se fizerem necessárias nos termos iniciais ajustados devem ser expressas (Lei nº 8.666/1993, art. 60), observar os princípios que regem as contratações públicas e seguir as exigências impostas por lei, que são, dentre outras: necessária e prévia justificativa (exposição das razões de fato e de direito que demonstrem a imprescindibilidade e a vantagem das alterações para o implemento dos resultados de interesse público planejados – art. 65, *caput*); existência de dotação orçamentária que atenda ao aumento da despesa, quando for o caso

(art. 65, § 8º); autorização da autoridade competente (art. 57, §§ 2º e 4º); formalização por meio de instrumento adequado, guardadas a análise e a aprovação, em caso de termo aditivo, por assessoria jurídica da Administração (art. 38, parágrafo único); publicidade pertinente (art. 61, parágrafo único).

Ao que estabelece o art. 4º da Lei nº 8.666/1993, o procedimento licitatório caracteriza ato administrativo formal. Significa que quaisquer alterações nas condições previamente ajustadas também devem ser procedidas formalmente, segundo os requisitos previstos em lei, como garantia de atendimento aos princípios da legalidade, da eficiência e da transparência das ações dos agentes públicos.

## 8. PERFIL GENÉRICO DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Passa-se ao exame dos aspectos gerais das várias possibilidades de alterações contratuais, unilaterais ou por acordo, sem a pretensão de esgotá-las, dada a infinidade de situações que podem surgir na casuística das contratações públicas.

### 8.1 ALTERAÇÕES QUALITATIVAS E QUANTITATIVAS

O objeto descrito no projeto anexo ao instrumento convocatório ou integrante do processo de contratação direta – seja o básico (art. 7º, I), o executivo (7º, II) ou a especificação completa dos bens na hipótese de compras (art. 15, § 7º, I) – poderá receber modificações pela Administração contratante, caso esta verifique e justifique que os resultados pretendidos somente serão alcançados se houver melhor adequação técnica nas condições originalmente estabelecidas, mantendo-se intocada a natureza do objeto.

As hipóteses previstas nas alíneas *a* e *b* do inciso I, do art. 65, decorrem da prerrogativa concedida à Administração Pública de alterar unilateralmente as condições inicialmente ajustadas.

O contratado não pode opor-se às alterações, desde que respeitado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, acaso afetado pelas alterações unilateralmente impostas. Tanto que o § 1º do mesmo preceptivo estabelece que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até

25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. Em havendo necessidade de supressão desse objeto (reforma de edifício ou de equipamento), esta deverá limitar-se a 25% do valor inicial atualizado do contrato.

Tanto nas alterações contratuais quantitativas quanto nas alterações qualitativas deve ser observado o limite legal estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993. O Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão nº 215/1999, citada no Acórdão nº 1.428/2003, Plenário, assentou que:

9.3.2 proceda a rigoroso acompanhamento das obras do Projeto de Irrigação Várzea de Sousa/PB (Convênio nº 071/98 - SIAFI 353321), e observe, na hipótese de vir a ser solicitada nova alteração no projeto aprovado, o contido na Decisão nº 215/1999 - Plenário - TCU, que firmou o entendimento de que tanto nas alterações contratuais quantitativas quanto nas alterações qualitativas deve ser observado o limite legal estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, só se admitindo a extrapolação desse limite em casos excepcionalíssimos, desde que satisfeitos os pressupostos fixados na referida decisão. Acórdão nº 1.428/2003, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar, Processo TC 013.791.2001-7, DOU de 3 de outubro de 2003.

Eis as situações de excepcionalidade, definidas na Decisão plenária nº 215/1999, que pôs fim a extensa discussão doutrinária e jurisprudencial:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravosíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência; Relator Min. José Antonio Barreto de Macedo, Processo TC 930.039.1998-0, DOU de 21 de maio de 1999.

Seguem-se julgados acerca da possibilidade excepcional de ultrapassar-se o limite legal estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993:

9.1. determinar à Petróleo Brasileiro S.A. que:

9.1.1 atente para o disposto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apenas celebrando termos aditivos de valores superiores a 25% do valor inicial contratado nas hipóteses excepcionais previstas na Decisão nº 215/99-Plenário; - Acórdão nº 1.329/2003, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 011.173/2003-5, DOU de 18 de novembro de 2003

8. [...] este Tribunal já entendeu que se trata de serviços de natureza continuada, admitindo prorrogações de prazo por iguais e sucessivos períodos, desde que limitadas a 60 meses, segundo o entendimento expresso no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. É possível, pois, que, no cômputo final, o valor de um contrato dessa espécie ultrapasse o limite de 25% permitido em lei, desde que as alterações sejam decorrentes de ações com as mesmas características daquelas formalizadas no objeto original, a serem executadas nos períodos relativos às respectivas prorrogações de prazo. Como bem sustentado na análise da unidade técnica, tal entendimento restou consubstanciado, recentemente, no Voto condutor do Acórdão nº 643/2007, de minha autoria. - Acórdão nº 1.626/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 001.986/2006-8, DOU de 17 de agosto de 2007.

## 8.2 REQUISITOS NECESSÁRIOS DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS

As alterações unilaterais previstas no dispositivo citado exigem da Administração a observância, dentre outros, dos seguintes requisitos:

(a) existência de projeto básico, tratando-se de obras e serviços: tendo em vista que as alterações propõem-se a modificar o projeto ou as especificações inicialmente estabelecidas, qualitativa ou quantitativamente, também elas, as alterações, devem ser precedidas de projeto básico, incluindo nova análise de riscos (“9.3.13. elaborar projeto básico previamente à realização de aditamentos contratuais, em especial, quando implicar acréscimos quantitativos do objeto, nos termos do art. 7º, §2º, I, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 65, I, b, do mesmo diploma legal;” Acórdão nº 740/2004, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 013.661.2003-0, DOU de 25 de junho de 2004);

(b) motivação expressa pela autoridade competente, podendo servir de supedâneo pareceres e estudos técnicos elaborados por profissionais habilitados, de modo a configurar a superveniência, em relação à instauração da licitação ou à instrução do processo de contratação direta, dos fatos determinantes das alterações;

(c) ato administrativo que autoriza a alteração por meio de aditamento, também pela autoridade competente;

(d) existência de recursos orçamentários, na hipótese de a alteração gerar aumento de despesa;

(e) formalização por meio de termo aditivo, cuja minuta, elaborada pelos setores administrativos interessados, deve passar por análise e aprovação pela assessoria jurídica da Administração (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993);

(f) publicação do resumo do termo (art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993).

Não se altera contrato, muito menos se executa a alteração, sem termo aditivo, ao que se extrai de julgado do Tribunal de Contas da União - “3.4 passe a

promover, em tempo hábil, por meio de aditamento, a devida formalização das eventuais alterações contratuais sempre que houver modificação dos projetos ou das especificações originariamente contratadas, em conformidade com o disposto no art. 65, inciso I, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei n. 8.666/93”. (Decisão nº 545/1996, Plenário, Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Processo TC 003.859/96-7, DOU de 16 de setembro de 1996).

## 8.3 CONTRATOS DE VALOR ESTIMADO

O planejamento adquiriu *status* de princípio fundamental da Administração Pública com o Decreto-lei nº 200/1967, na dicção de seu art. 6º - “As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento”.

O planejamento é inseparável de toda a atividade administrativa, inclusive no trato com licitações e contratações públicas, por ser imperiosa a necessidade de os administradores definirem as prioridades que devam ser atendidas, em que medida e tempo. Como segmento inicial do ciclo completo da gestão técnica (planejamento, execução, controle e avaliação), deve reunir elementos suficientes para uma visão global do objeto da contratação, propiciando condições para obtenção de resultados positivos e eficazes para o interesse público.

Dentre os elementos que auxiliam o administrador no planejamento eficaz de suas contratações figuram: (a) a estimativa da quantidade e do custo do objeto, este obtido pela realização de ampla pesquisa de preços junto ao mercado; e (b) a definição dos recursos orçamentários suficientes para cobrir as despesas, computadas as eventuais prorrogações do prazo de vigência contratual, nas hipóteses admitidas em lei.

Não obstante a realização de um planejamento eficaz do objeto de que necessite a Administração, em algumas contratações, somente é possível conhecer-se o valor devido ao contratado por ocasião do pagamento da despesa. Prevendo essa possibilidade, a Lei nº 4.320/1964, art. 60, instituiu ser “vedada a realização de despesa sem prévio empenho. [...] § 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar”.

A índole estimativa é da despesa, não da nota de empenho, que só deverá ser extraída após a formalização do processo de liquidação e pagamento de cada despesa, à vista da nota fiscal apresentada pela contratada e atestada pela Administração contratante.

Como dedução do orçamento vigente, cada empenho gera um bloqueio formal da parcela envolvida, cujo valor reduz o saldo até então disponível. Infringir essa determinação legal sujeita o agente responsável a penalidades, tais a desorganização e a incerteza que a infração acarreta para o controle orçamentário, expondo a Administração Pública e seus usuários aos efeitos da mora (atraso no cumprimento de obrigação) ou do inadimplemento (não cumprimento definitivo de obrigação).

O empenho de recursos admite três modalidades<sup>2</sup>:

Ordinário (quando o pagamento deve ser efetuado em parcela única e o valor exato pode ser conhecido a priori. Exemplo: aquisição de caderno para anotações);

Estimativo (quando o valor exato do montante não pode ser conhecido a priori. Geralmente, os empenhos feitos por estimativa são pagos em várias parcelas à medida que se vai, mensalmente, tomando conhecimento dos respectivos valores. Exemplo: consumo de energia elétrica em um certo trimestre);

Global (quando as despesas dependem de contrato e de outras despesas vinculadas ao sistema de parcelamento, cujo valor exato de cada parcela e do montante geral possa ser conhecido a priori. Exemplo: locação de um equipamento a valor fixo mensal, durante um trimestre).

J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis<sup>3</sup> lecionam:

Já foi citado o caso de falta de dotação para pagar a conta de energia que cabe perfeitamente aqui. Se não se sabe, ou não se pode calcular, o montante exato da despesa, faz-se o empenho

– sempre prévio e por estimativa; o valor exato da despesa poderá ser conhecido no exercício de origem ou no exercício subsequente.

No exercício de origem:

- Se a estimativa for menor que o valor exato, far-se-á o empenho complementar da diferença;
- Se a estimativa empenhada for maior que o valor exato, anula-se a parte referente à diferença, revertendo esta à dotação por onde correu a despesa.

No exercício subsequente, as despesas que não se processaram na época própria poderão ser pagas à conta da dotação Despesa de Exercícios Anteriores, de conformidade com as disposições do art. 37 da lei.

8.3.1 CONTRATO DE VALOR ESTIMADO E LIMITE  
FIXADO NO ART. 65, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993

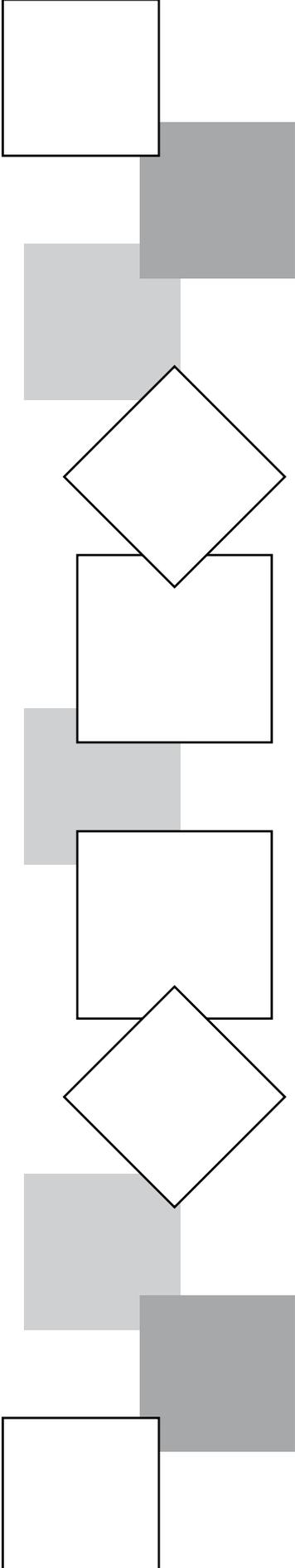
Nos contratos de valor estimado, as alterações quantitativas do objeto não ficam limitadas ao percentual de 25% do valor inicial atualizado. Airton Rocha Nóbrega<sup>4</sup> faz ver que:

Despesa Estimada em Contratos Administrativos

(...)

Questão que se propõe no cotidiano da administração visa saber como tratar as situações em que não se tem condições de estabelecer previamente um valor certo e determinado para a execução do contrato, limitando este a determinados montantes, como é previsto e desejável.

A proposta, em tal caso, contemplará o valor relativo a determinadas unidades que comporão o valor global ofertado e estas unidades servirão como parâmetro para o cálculo de serviços que, se solicitados e efetivamente prestados, serão remunerados. É o caso, por exemplo, do transporte aéreo de passageiros, manutenção de máquinas e equipamentos, manutenção predial, fornecimento de água, luz e telefone, dentre outras inúmeras situações.



Constata-se, em tais circunstâncias, que, ao estipular-se um valor para o contrato, os parâmetros se referem aos diversos itens que compõem a proposta, mas não ao montante global da despesa. O planejamento desta se fará de modo estimado, embora não se tenha sequer a certeza de que ele será alcançado ou mesmo de que não será superado além dos limites previstos no art. 65, § 1º. Vincula-se o valor do contrato, em tais circunstâncias, às necessidades da administração, não podendo estas atender aos parâmetros usualmente adotados em relação a outras situações.

Prevedo essa possibilidade, indica a Lei nº 4.320/64, no bojo do § 2º do art. 60, que 'será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar'. Oportunos comentários a respeito asseveram que 'Podem ser empenhadas por estimativa despesas cujo valor exato seja de difícil identificação e aquelas que obrigatoriamente são realizadas, dada a sua importância e natureza'. Adita-se ainda a respeito que 'são empenháveis por estimativa despesas tais como: compra de produtos químicos para tratamento de água; combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; despesas de viagem; telefone, água, adiantamentos a funcionários; juros e outras'<sup>3</sup>. (op. cit., p. 123).

A solução legal prevista para a situação ora cuidada, pelo que estampa o ordenamento visto, impõe, de todo modo, a emissão de empenho com indicação de um valor que não prevê o montante determinado, mas sim o custo provável a ser oportunamente realizado. A especificação dos gastos, para efeitos de destaque de recursos, terá em conta uma quantia estimada, calculada de forma aproximada em face de montantes anteriormente despendidos. Assim determinada a despesa, pode esta ser objeto de variação tanto para mais quanto para menos.

Indagação que disso resulta, visa a saber se ficará o contrato, celebrado em tais condições, submetido às mesmas hipóteses de variação de seus montantes e, em especial, vinculado, para seus acréscimos e reduções, ao limite de gasto de 25%, especificado no art. 65, I, "b" c/c § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A resposta que se pode ofertar, considerando o que a respeito se detecta na legislação própria, é no sentido de que a estipulação de valor estimado não cria uma vinculação para a administração que a impediria de ir além de tais limites. O quantum estimado da contratação gera a possibilidade de executar-se o contrato com valores bem inferiores ao estimado, observadas as necessidades reais detectadas durante sua execução, pois nenhuma certeza se deferiu ao contratado de que seria atingido tal montante. De igual forma ter-se-á como proceder quando se venha a sentir a necessidade de efetuar gasto superior àquele estipulado.

Forçoso reconhecer que quando se tratar de contratação que teve por objeto não a indicação de um valor determinado para o objeto a ser executado, mas sim quantum estimado de gastos a serem feitos, não se pode falar em aditamento limitado a 25% do valor inicialmente previsto. Comporta a situação objeto da presente análise clara solução no sentido de que, em tais casos, quando não tiver o contrato um valor prefixado, passa a administração a ter a possibilidade de realizar sempre a alocação de novos recursos para a sua execução, desde que demonstrada a necessidade da prestação dos serviços e a possibilidade de assunção do gasto a que se propõe.

Há de atentar-se, pois, não para a **previsão estimada**, mas sim para o limite que naturalmente resulta da modalidade de licitação adotada, devendo esta constituir-se em limite específico para os gastos pretendidos. Adotada, por exemplo, a **tomada de preços**, vinculada estaria a administração ao piso máximo para esta fixado no art. 23, I e II. Caso fosse o convite a modalidade adotada, estaria adstrita à despesa do montante inscrito na mesma disposição normativa. Respeitar-se-ão os limites anteriormente aludidos e, enquanto vigente o contrato, os valores nele previstos variarão consoante as necessidades da administração.

A realização de tais gastos, é certo, deve ser antecedida da emissão de empenho de dotação orçamentária suplementar, impondo, com esse objetivo, apenas o **apostilamento** a que se refere o art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93, ficando dispensada a celebração de termo aditivo para esse fim. Esta a orientação que melhor se adequa a tais situações, quando, pela própria natureza da contratação, não se tem como estipular um valor fixo para a despesa a ser feita.

#### 8.4. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS DECORRENTES DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO DA CONTRATADA

Interpretando o disposto no art. 78, VI, da Lei Geral das Licitações e Contratações, o Tribunal de Contas da União tem considerado que, se não houver expressa regulamentação no instrumento convocatório ou no contrato a ele anexo, dispondo de modo diverso, é possível manter vigentes contratos cujas empresas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado por um desses processos, desde que: (a) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original ou no procedimento realizado para a contratação direta; (b) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (c) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (d) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.

A modificação da razão social e demais registros da pessoa jurídica contratada, na hipótese de fusão, cisão ou incorporação, efetivam-se por meio de termo aditivo, sendo desnecessária a celebração de novo contrato, tendo em vista que todas as condições convencionadas no contrato original e em eventuais aditamentos devem permanecer inalteráveis. Nada obstante, da fusão, cisão ou incorporação de que resulte nova empresa, a recomendar que a Administração analise os riscos de com esta manter o contrato, ainda que não impedida de fazê-lo. A minuta de termo aditivo não prescinde de prévia análise e aprovação pela assessoria jurídica (art.

38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993) e publicação na imprensa oficial (art. 61, parágrafo único, da mesma Lei).

Sumarie-se a orientação do Tribunal de Contas da União:

9.3. comunicar ao Dnit que este Tribunal não encontra óbices a que a empresa Xingu Construtora Ltda., resultante da cisão da empresa Xingu Construtora de Obras Ltda., venha a celebrar o contrato resultante da licitação nº 002/99/DER/DO-PR, Lote 2, desde que atendidas as seguintes condições:

9.3.1. no processo de contratação, reste efetivamente comprovado o atendimento, pela Xingu Construtora Ltda., de todas as condições de habilitação e qualificação previstas no Edital licitatório;

9.3.2. o eventual contrato seja celebrado nos termos previstos no Edital da citada concorrência;

9.3.3. seja revisado o projeto da obra, verificando-se, inclusive, a conformidade com as especificações técnicas de rodovias federais;

9.3.4. a revisão acima não produza alteração significativa no objeto da licitação realizada, bem como não resulte prejuízo para Administração em função do aumento de quantitativos de itens que tenham preços unitários acima do mercado e da redução de quantitativos de itens com preços unitários abaixo do mercado, levando em consideração as determinações do Acórdão nº 583/03-Plenário, retificado pelo Acórdão nº 1.034/03-Plenário;

9.3.5. haja previsão legal para a aplicação de recursos federais em trechos incluídos na MP 82/02;

9.3.6. não haja outros óbices legais e prevaleça o interesse da administração na efetivação da contratação; - Acórdão nº 365/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 017.793/2006-2, DOU de 16 de março de 2007.

Ainda:

“9.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 264 do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente consulta, para, alterando o entendimento consubstanciado no Acórdão 1.108/2003-Plenário, responder ao consulente que, nos termos do art. 78, incisos VI e XI, da Lei 8.666/1993:

9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham

passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:

9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;

9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;

9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

9.1.1.4. anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;”- Acórdão nº 634/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 009.072/2006-0, DOU de 23 de abril de 2007.

## 9. PERORAÇÃO

Quando, no início do século, o sistema financeiro internacional deu os primeiros sinais de que uma crise se avizinhava, os Bancos promoveram o Acordo da Basileia, cuja implementação deveria entrar em vigor em 2006.

[Dizia-se, então, que] exigências em relação a tempo, preço e prazo tornaram-se cruciais para as instituições conseguirem manter-se no mercado. Nesse contexto, mitigar riscos e perdas é fundamental para a sobrevivência das empresas, tão importante quanto a criação de novos produtos e serviços [...] O Bank for International Settlements (BIS) catalogou, em publicação datada de setembro de 2001, os diversos tipos de riscos inerentes às operações bancárias, classificando-os em sete categorias distintas:

**fraudes internas** – ações intencionais realizadas para fraudar a instituição mediante a prática de atividades ou transações não-autorizadas; registros errados; depósitos sem valor; fraudes em créditos; apropriação indevida de ativos; destruição proposital de ativos; evasão fiscal etc.

**fraudes externas** – ações intencionais executadas por terceiros, visando fraudar a instituição (roubo, falsificação etc.);

**práticas incorretas** – violação de leis, regulamentos e acordos relacionados à segurança das pessoas, incluindo terceiros; discriminações;

**práticas inadequadas em relação a negócios, produtos e serviços** – falhas não-intencionais ou negligência face às obrigações

profissionais perante clientes, por exemplo, quebras contratuais, vendas agressivas, mau uso de informações confidenciais etc.;

**danos em ativos físicos** – danos causados por desastre ou outros eventos – terrorismo, vandalismo, terremotos etc.;

**falhas ou interrupções de negócios** – problemas de sistemas em hardware, software, telecomunicações, interrupção de energia elétrica etc.;

**falhas de execução** – falhas de processamento ou de gerenciamento (NETO, Beraldo Crisante; CRESTO, Vicente. *Risco operacional: o porquê de se registrarem perdas*, Resenha BM&F, nº 156, p. 47-51, 2007).

Impressiona, a uma, a afinidade entre essas categorias de riscos, presentes nas atividades das instituições financeiras em geral, e os riscos a que está sujeita a operação das funções administrativas estatais, especialmente nas contratações de compras, serviços, obras e alienações. A duas, que tais riscos, objeto de diagnósticos e recomendações, não hajam produzido medidas que evitassem a crise que afinal explodiu entre 2007 e 2008, e ainda se irradia em escala mundial, incluindo a falência de bancos e de outras instituições financeiras e econômicas, negligentes no gerenciamento dos riscos previstos ou estimáveis.

É vero que o Estado não quebra, mas não é menos real que o funcionamento estatal sem compromisso com os resultados de interesse público e o gerenciamento dos riscos inerentes à sua atividade vai semeando o descrédito em relação à capacidade de as instituições públicas responderem com eficácia às expectativas e necessidades das sociedades. As perdas não se medem apenas economicamente, mas politicamente, para demérito e desprestígio do estado democrático de direito.

A cultura da Administração Pública exerce poderosa, quando não decisiva, influência sobre o gerenciamento do risco. Como adverte, ainda, Sergio Nogueira Seabra:

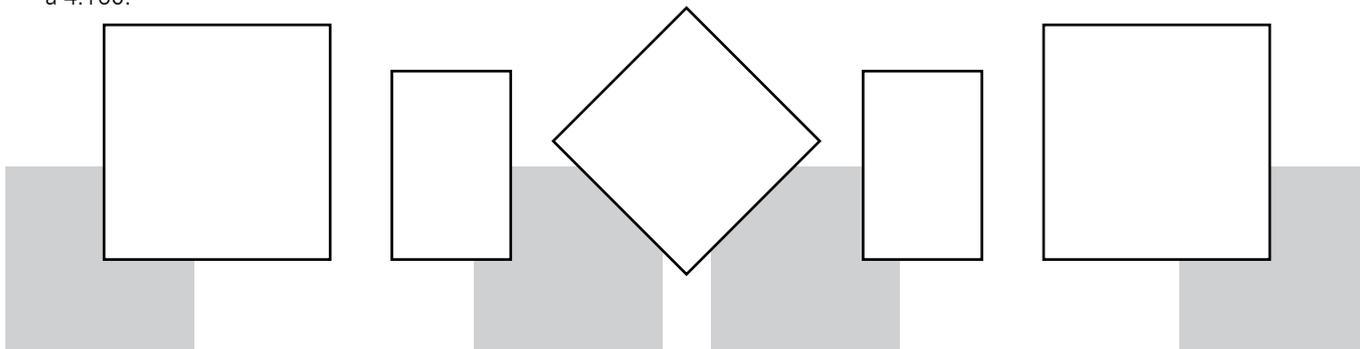
A própria definição do que vem a ser um risco é socialmente construída e influenciada pela cultura da organização. Muitas vezes, a causa do não alcance dos objetivos da organização ou de graves perdas financeiras não está em nenhum evento específico identificado pela organização como 'risco', mas em um grande número de pequenas anomalias, culturalmente aceitas como normais pela organização, que eventualmente se acumulam, resultando na ocorrência do evento indesejável (Vaugh, Diane, *Organizational rituals or risk and error*, Cambridge University Press, 2004). Além disso, se inapropriadamente aplicados, modelos de gerenciamento de risco podem trazer efeitos adversos, expondo a organização a riscos enquanto passa uma falsa impressão de controlabilidade.

Em outras palavras, a aplicação de modelos de gerenciamento de riscos traz consigo seus próprios riscos.

[...] gestores públicos correm o risco de ficarem mais preocupados em [...] se resguardar contra culpa ou riscos à sua reputação. Portanto, se inapropriadamente aplicado, modelo de gerenciamento de riscos pode exacerbar a tendência de ‘evitamento’ de culpa (*blame-avoidance*), que caracteriza a cultura das organizações públicas em geral (Hood, Christopher e Rothstein, Henry, *Business risk management in government, pitfalls and possibilities*. Centre os Analysis of Risk and Regulation – London School of Economics, 2004)...] três conseqüências indesejáveis [...] A primeira é o deslocamento da responsabilidade pelos riscos para outras organizações politicamente mais fracas ou menos preparadas para lidarem com os riscos [...] A segunda refere-se ao uso de argumentação baseada em gerenciamento de riscos como desculpa para inação ou indesejável inflexibilidade, quando aplicada de forma mecânica ou apenas para cumprir obrigações legais. Por último, a abordagem de gerenciamento de riscos pode enfraquecer outros valores importantes para o setor público, como a transparência e a aprendizagem, quando é aplicado primariamente para evitar culpas e responsabilidades civis [...] Como forma de evitar essas conseqüências indesejadas, Hood e Rothstein sugerem três ‘boas práticas’ relacionadas à aplicação de abordagem de gerenciamento de riscos nas organizações públicas: (i) envolver todas as organizações que, de certa forma, estão relacionadas com a política ou programa; (ii) focar no risco sistêmico, ao invés de focar somente no risco para uma organização em particular; e (iii), talvez a mais importante, aplicar uma ‘abordagem inteligente’ de gerenciamento de riscos. A abordagem racional de gerenciamento de riscos deve ser aplicada de tal forma a não inibir julgamento e imaginação por parte dos atores envolvidos. Isso significa que a abordagem de gerenciamento de riscos deve sempre dar espaço para deliberações inteligentes e reflexivas sobre os processos envolvidos (*op. cit.*, p. 47-48).

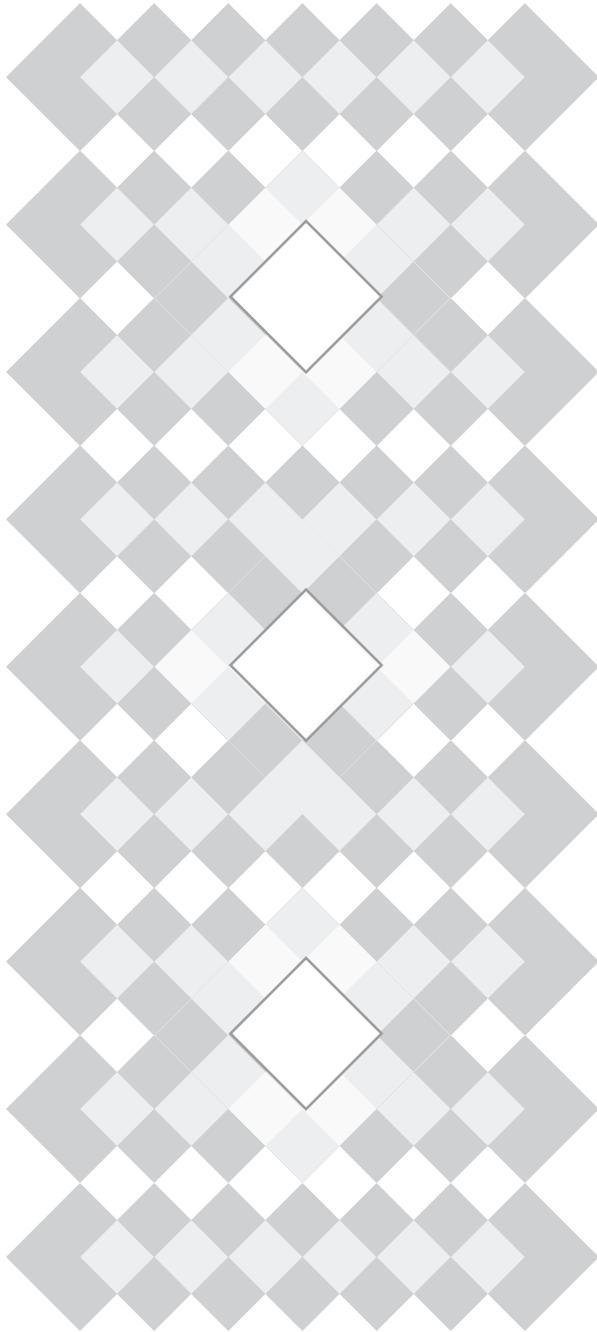
## NOTAS

- 1 Texto adaptado para adequação às normas editoriais da Revista do TCU. Versão integral disponível em <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes\\_institucionais/publicacoes/titulo](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes_institucionais/publicacoes/titulo)>.
- 2 Comentários à Lei 4320/1964. CRUZ, Flávio da; VICCARI JR., Aduino; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; BARBOSA, Rui Rogério Naschenweng. Atlas: São Paulo, 3. ed., p. 101.
- 3 A Lei 4320/64 comentada. Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 25. ed., Rio de Janeiro, p. 117.
- 4 *Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)*, Belo Horizonte, nº 32, ano 3 ago. 2004, p. 4.158 a 4.160.



# Recebimento de Obras e Serviços de Engenharia

Marcelo Neves



Marcelo Neves é servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ). É bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Engenheiro de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pós-graduado em Administração Pública pela FGV.

## 1. INTRODUÇÃO

Diz a sabedoria popular que simplicidade e beleza andam sempre de mãos dadas, o que pode ser atestado pela observação de uma mera gota de orvalho, ou, para guardar maior coerência temática, pela curva livre e sensual sempre presente nos trabalhos de Oscar Niemeyer.

Ocorre que na vida, assim como no estudo do Direito, defrontamo-nos amiúde com situações que comportam complexidade, e destilam, paradoxalmente, a beleza do desafio da superação e do engrandecimento.

O estudo a ser apresentado neste trabalho aborda uma questão que toca dispositivos pouco tratados na Lei de Licitações e Contratos, mas de relativa complexidade, que, como buscaremos demonstrar, foi enfrentada com a alma sintonizada no ensinamento de Rui Barbosa, para quem

o saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas ideias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.<sup>1</sup>

Assim, no desenvolvimento diário do meu trabalho na área de Licitações e Contratos Administrativos, realizado com os pés fincados no conhecimento e experiência granjeada ao longo de mais de quinze anos, elegi a fase do recebimento de obras e serviços de engenharia como ponto de controle, e acabei por constatar que as respectivas cláusulas editalícias – regra geral, mera repetição do teor do art. 73 da Lei nº 8.666/1993 – geravam dificuldade para o regular processamento do contrato e ocasionavam até mesmo, muitas vezes, a inviabilidade de aplicação de sanções administrativas às empresas descumpridoras dos prazos previstos para a realização dos objetos contratuais, principalmente ante a falta de uma circunstanciada previsão dessa etapa final da execução contratual.

Por ser a etapa do recebimento de obras e serviços de engenharia um momento crucial para o sucesso da contratação, as Cortes de Contas de todo o país vêm dando especial destaque ao controle dessa fase, como bem representa a recentíssima decisão, prolatada em 8 de abril de 2009, sob a relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça, na qual o Colendo Tribunal de Contas da União, em análise da Tomada de Contas Anual do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, fez a seguinte determinação no Acórdão nº 657/2009 - TCU – Plenário, vejamos:

9.3.4. apenas receba provisoriamente as obras e os serviços contratados mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 dias da comunicação escrita do contratado, nos termos do art. 73, inciso I, alínea “a”, da Lei de Licitações e Contratos;

9.3.5. receba definitivamente as obras e os serviços contratados mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, somente após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, nos termos do art. 73, inciso I, alínea “b”, do Estatuto Licitatório;

## 2. DO RECEBIMENTO PROVISÓRIO E DEFINITIVO

Pois bem, superada essa sumária apresentação do tema, devo lembrar que o artigo 73 da Lei nº 8666/1993 torna clara a existência de duas fases bem distintas no recebimento, quais sejam, o recebimento provisório e o definitivo de obras e serviços de engenharia. Isso é o que podemos constatar pela redação do citado dispositivo, vejamos:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido: I - em se tratando de obras e serviços: a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado; b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

De outro lado, o inciso III do artigo 74 da mesma Lei de Licitações, ao facultar, em algumas circunstâncias, a realização do recebimento provisório, já sinaliza para o Administrador a necessidade de avaliação do risco e da oportunidade da previsão ou não de maiores e melhores prescrições sobre o recebimento nos documentos licitatórios, bem como aponta para a existência de obras e serviços engenharia com tipo dual de recebimento.

Como podemos constatar pela leitura da Lei de Licitações e Contratos, para cobrir a etapa de recebimento de obras e serviços de engenharia foram dedicados, em verdade, três artigos que englobam apenas oito disposições<sup>2</sup>, o que parece ser muito pouco, quando, por exemplo, no Direito Comparado, o recente Código de Contratos Públicos do ordenamento jurídico português – Decreto-Lei nº 18/2008 – em vigor desde 29 de julho de 2008, estabelece mais de trinta disposições somente para o recebimento de obras (SECÇÃO IX - RECEPÇÃO PROVISÓRIA E DEFINITIVA: Artigo 394.º Vistoria; Artigo 395.º Auto de recepção provisória; Artigo 396.º Defeitos da obra; Artigo 397.º Garantia da obra; Artigo 398.º Recepção definitiva.)

## 3. RECEBIMENTO COMO ATO SIMPLES OU COMPLEXO

A dualidade do recebimento de obras e serviços de engenharia está correlacionada diretamente à maior ou menor materialidade<sup>3</sup> da avença, ou seja, obras e serviços de valores até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitas à verificação de funcionamento e produtividade, correspondem a atos de **recebimento simples**, englobando tão somente a etapa relativa ao recebimento definitivo.

De outro giro, a obra ou o serviço com preço acima do indigitado valor, ou mesmo abaixo, mas composta de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitas à verificação de funcionamento e produtividade, consubstanciam um recebimento caracterizado como um ato complexo, isto é, **recebimento complexo**, abarcando tanto as fases de recebimento provisório como a do definitivo.

Consoante o escólio do memorável professor Hely Lopes Meirelles, ato simples é o que resulta da manifestação de vontade de um único órgão,

unipessoal ou colegiado, manifestação essa que no caso do recebimento simples, conforme teor da alínea *b* do inciso I do artigo 73 da Lei de Licitações, é realizada por servidor ou comissão designada pela autoridade competente. Já o ato complexo – resultante da conjugação da manifestação de vontade de mais de um órgão –, quando compreendido na realidade de um recebimento complexo, espelha a vontade do fiscal do contrato conjugada com a do servidor ou comissão designada pela autoridade competente, na forma das alíneas *a* e *b* do inciso I do artigo 73 da Lei nº 8.666/1993.

#### 4. DO PROCEDIMENTO DE RECEBIMENTO

O fato é que, tanto para o recebimento simples (com dispensa do Recebimento Provisório) como para o complexo, o término das obras e dos serviços deve ser caracterizado pela comunicação escrita da contratada ao órgão, que deve ser feita dentro do prazo de execução contratual fixado no instrumento convocatório ou respectivos anexos (alínea *a* do inciso I do artigo 73 da Lei nº 8.666/1993). Se a comunicação não vier a ser feita nesse prazo, a contratada incorre automaticamente em mora, sendo, pois, cabíveis as penalidades administrativas.

Após a comunicação de término dos serviços, a fiscalização deve realizar a vistoria<sup>4</sup> no local da obra ou serviço e emitir: *a*) no caso de recebimento complexo, o **Termo de Recebimento Provisório** em até quinze dias da data da referida comunicação - assinado por ambas as partes contratantes – que pode vir a consignar ou não pendências em relação à execução do objeto; *b*) no recebimento simples, **Recibo** (parágrafo único do artigo 74 da Lei nº 8.666/1993) em até quarenta dias da data da referida comunicação, lapso temporal limite bastante razoável<sup>5</sup> quero crer, que poderá englobar um prazo para correção de eventuais pendências pela contratada, na forma do que previsto pelo artigo 69 da Lei nº 8.666/1993, com, obviamente, necessidade de realização de nova vistoria por parte da fiscalização para a verificação da correção das pendências, sendo que no caso de não atendimento das ressalvas, a contratada incorre em mora a partir da data da segunda vistoria.

Se o Termo de Recebimento Provisório consignar pendências em relação à obra ou serviço, deve ser fixado pela fiscalização, no próprio Termo, prazo razoável para os reparos, correções, remoções, reconstruções ou substituições relativas ao objeto do contrato (art. 69 da Lei nº 8.666/1993), limitado, em regra, a trinta dias.

Concluídos os trabalhos pela contratada dentro do prazo fixado, deve ser emitida nova comunicação escrita à fiscalização para uma segunda vistoria.

Uma vez constatada a regularização das pendências apontadas, a fiscalização emite, então, comunicado interno, em até cinco<sup>6</sup> dias contados da comunicação da contratada, para que sejam efetivadas as providências com vistas ao recebimento definitivo. Caso as pendências não tenham sido sanadas, a contratada passa a incorrer em mora a partir da data da segunda vistoria.

A partir da comunicação interna do fiscal ou do Termo de Recebimento Provisório (na hipótese deste não consignar pendências), deve-se fixar no edital um período, que sugiro entre dez e trinta dias, conforme a vultuosidade ou complexidade da obra, para observação do funcionamento dos equipamentos e instalações. Após esse prazo será concluída a vistoria para fins de recebimento definitivo por servidor ou comissão designada previamente pela autoridade competente (alínea *b* do inciso I do artigo 73 da Lei nº 8.666/1993). Se novas pendências forem detectadas, deve ser concedido novo prazo para adequação, em regra de até quinze dias, não importando em penalização da contratada.

Finalmente, verificado o saneamento de todas as pendências em vistoria final, realizada após uma última comunicação escrita da contratada, será emitido o Termo de Recebimento Definitivo da obra ou serviço em até dez dias contados daquela comunicação, de modo que o período entre a emissão dos Termos de Recebimento Provisório e Definitivo não ultrapasse os noventa dias previstos pelo § 3º do artigo 73 da Lei nº 8.666/1993, salvo excepcionalidades devidamente justificadas e conforme previsão no edital.

## **5. RECEBIMENTO COMO ETAPA FINAL DA LIQUIDAÇÃO DA DESPESA**

Somente após o recebimento definitivo deverá ser providenciado o pagamento do saldo existente em relação ao valor contratual e liberada a garantia (§ 4º do artigo 56 da Lei nº 8.666/1993). A vigência dessa garantia, portanto, no caso de utilização da modalidade seguro-garantia, deverá estender-se até o recebimento definitivo da obra.

## **6. RECEBIMENTO COMO CLÁUSULA CONTRATUAL OU EDITALÍCIA**

Tudo o que foi até aqui abordado em relação ao recebimento de obras e serviços de engenharia encontra-se consubstanciado em cláusulas editalícias-padrão, hoje empregadas no TRT/RJ, fruto do trabalho de uma equipe multidisciplinar da qual tivemos a oportunidade de participar, que teve por escopo a padronização dos procedimentos de recebimento<sup>7</sup> para torná-los mais seguros e ordenados. Essas cláusulas encontram-se previstas em dois modelos, que repercutem o recebimento simples e complexo, vejamos:

**RECEBIMENTO SIMPLES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE VALOR IGUAL OU INFERIOR A R\$ 80.000,00, QUE NÃO SE COMPONHAM DE APARELHOS, EQUIPAMENTOS E INSTALAÇÕES SUJEITOS À VERIFICAÇÃO DE FUNCIONAMENTO E PRODUTIVIDADE (ART. 74, III, LEI 8.666/93)**

### **1.1 Medições**

A **CONTRATADA** apresentará, na forma de Relatório, após o início efetivo da execução dos serviços, medição periódica dos serviços executados e dos materiais empregados, para a Fiscalização da Contratante conferir, servindo o mesmo como fundamento da Nota Fiscal de cobrança, a ser emitida pela **CONTRATADA** a cada medição. Serão efetuadas no **máximo..... medições**, já incluída a última que coincidirá com a emissão do **RECIBO DO SERVIÇO**.

**Obs.: 1-** As medições deverão conter somente os materiais efetivamente empregados, vedado considerar materiais estocados no local para utilização futura;

**2-** A soma dos valores dos pagamentos das faturas emitidas até a última medição não poderá ser superior a 90 % (noventa por cento) do valor global do contrato;

**3-** O saldo restante só poderá ser liberado após a emissão do **RECIBO DEFINITIVO**, consoante subitem 1.2 a seguir, não podendo seu valor ser inferior a 10% (dez por cento) do valor global do contrato.

## **1.2. Término e recebimento do serviço**

### **a. Comunicação do término do serviço**

Executado o serviço, estando o mesmo em condições de ser recebido, a CONTRATADA deverá comunicar à FISCALIZAÇÃO, por escrito e dentro do prazo contratual, a fim de que seja realizada VISTORIA para fins de Recebimento.

**Obs.:** A emissão da comunicação acima referida fora do prazo contratual caracterizará atraso, sujeitando a Contratada às penalidades cabíveis.

### **b. Recebimento**

**b.1 No prazo máximo de 10 (dez) dias** contados após o término do serviço, será efetuada VISTORIA pela FISCALIZAÇÃO, com vistas à emissão do RECIBO DEFINITIVO;

**Obs.:** Em caso de constatação local da não finalização dos serviços e da existência de parcelas ainda não executadas/fornecidas, não será reconhecido efeito à comunicação referida na alínea “a” (acima), o que implicará não recebimento do serviço e na caracterização de atraso caso ultrapassado o prazo contratual.

**b.2** Havendo indicações de pendências, será concedido prazo, limitado a 20 (vinte) dias contados da VISTORIA, a fim de efetuarem-se as correções necessárias;

**b.3** Sanadas as pendências, após nova comunicação escrita da CONTRATADA, será efetuada VISTORIA FINAL e, verificada a perfeita adequação do serviço aos termos do presente Projeto Básico, será emitido o RECIBO DEFINITIVO, em até 10 (dez) dias após aquela comunicação. O não cumprimento do prazo a que se refere a alínea **b.2** (acima) caracterizará atraso.

**NOTA:** Após a emissão do RECIBO DEFINITIVO, em consonância com as observações nºs 2 e 3 do subitem 1.1 anterior, poderá ser dado prosseguimento ao pagamento do saldo restante devido.

## RECEBIMENTO COMPLEXO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

### 1. 1. Medições

A **CONTRATADA** apresentará, na forma de Relatório, após o início efetivo da execução dos serviços, medição periódica dos serviços executados e dos materiais empregados, para a Fiscalização da Contratante conferir, servindo o mesmo como fundamento da Nota Fiscal de cobrança, a ser emitida pela **CONTRATADA** a cada medição. Serão efetuadas no **máximo .... medições**, já incluída a última que coincidirá com a emissão do **TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO (ver item 1.2.b)**.

**Obs.: 1-** As medições deverão conter somente os materiais efetivamente empregados, vedado considerar materiais estocados no local para utilização futura;

**2-** A soma dos valores dos pagamentos das faturas emitidas até a última medição não poderá ser superior a 90 % (noventa por cento) do valor global do contrato;

**3-** O saldo restante só poderá ser liberado após a emissão do **TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO**, consoante subitem 1.2 a seguir, não podendo seu valor ser inferior a 10% (dez por cento) do valor global do contrato.

### 1.2 Término e recebimento do serviço

#### a. Comunicação do término do serviço

Executado o serviço, estando o mesmo em condições de ser recebido, a **CONTRATADA** deverá comunicar à **FISCALIZAÇÃO**, por escrito e dentro do prazo contratual, a fim de que seja realizada **VISTORIA** para fins de Recebimento Provisório.

**Obs.:** A emissão da comunicação acima referida fora do prazo contratual caracterizará atraso, sujeitando a Contratada às penalidades cabíveis previstas em Contrato.

#### b. Recebimento provisório

**b.1** Constatada a condição de conclusão do objeto através da **VISTORIA**, em até 15 (quinze) dias contados a partir do término do serviço, a **FISCALIZAÇÃO** emitirá o **TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO**, o qual deverá ser circunstanciado e assinado por ambas as partes.

**Obs.:** Em caso de constatação local da não finalização dos serviços e da existência de parcelas ainda não executadas/fornecidas, não será reconhecido efeito à comunicação referida na alínea "a" (acima), o que implicará não emissão do **TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO DO SERVIÇO** e na caracterização de atraso caso ultrapassado o prazo contratual.

**b.2** Se porventura, durante a **VISTORIA** para o **RECEBIMENTO PROVISÓRIO**, a Fiscalização constatar algum defeito ou incorreção no serviço prestado, fará constar, junto ao **TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO DO SERVIÇO**, lista de pendências concedendo-se prazo compatível, de até 30 (trinta) dias da data da emissão do Termo, para a Contratada, às suas expensas, reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, no total ou em parte, o objeto do Contrato, com vistas ao atendimento das exigências efetuadas.

**b.3** Concluídos os trabalhos relativos às pendências listadas, a **CONTRATADA** efetuará, dentro do prazo fixado acima, por escrito, comunicado à Fiscalização solicitando a realização de nova **VISTORIA**.

**b.4** Constatada a conclusão das pendências na nova **VISTORIA**, a **FISCALIZAÇÃO** emitirá comunicado interno, em até 5 (cinco) dias da comunicação da contratada, para que sejam efetuadas as providências com vistas ao **RECEBIMENTO DEFINITIVO**.

**OBS.:** Se porventura, durante a **NOVA VISTORIA**, verificar-se que as pendências apontadas pela Fiscalização não foram sanadas, caracterizar-se-á atraso a partir daquela data.

## c. Recebimento definitivo

**c.1 No prazo de 30 (trinta) dias** contados a partir da emissão do Termo de Recebimento Provisório (se não houver pendências) ou da comunicação da FISCALIZAÇÃO referida na alínea “b.4” (acima), será observado o funcionamento/ produtividade dos equipamentos e/ou instalações e finalizada VISTORIA por servidor ou comissão designada pela Administração, com vistas à emissão do TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO;

**c.2** Havendo indicação de novas pendências, será concedido prazo, limitado a 15 (quinze) dias contados da VISTORIA, a fim de efetuarem-se as correções necessárias;

**c.3** Sanadas as pendências, após nova comunicação escrita da CONTRATADA, será efetuada VISTORIA FINAL e após a verificação da perfeita adequação do serviço aos termos do presente Projeto Básico, será emitido o TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO DO SERVIÇO, em até 10 (dez) dias da comunicação da contratada. O não cumprimento do prazo a que se refere a alínea c.2 (acima) caracterizará atraso.

**NOTA:** Após a emissão do TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO DO SERVIÇO, em consonância com as observações nº 2 e 3 do subitem 1.1 anterior, poderá ser dado prosseguimento ao pagamento do saldo restante devido.

Talvez a dificuldade maior de tratamento da fase do recebimento de obras e serviços de engenharia advenha do caráter das normas que lhe são correlatas na Lei nº 8.666/1993, mormente as previstas pelos artigos 73 e 74, que, à exceção do parágrafo 2º do art. 73, têm natureza irreplicavelmente operacional, como bem leciona o preclaro professor Jessé Torres Pereira Júnior<sup>8</sup>.

Esse caráter operacional do procedimento de recebimento aconselha aos órgãos públicos a adoção de providências a fim de bem reger essa importante etapa, que podem ser feitas de dois modos, quais sejam, a) por meio do estabelecimento de uma regulamentação interna própria, na forma da previsão do art. 115 da Lei nº 8.666/1993, como fez o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDF), através da edição da Portaria GPR nº 569/2006<sup>9</sup>; b) consoante buscamos esquadriñar neste trabalho, e face à previsão do inciso XVI do artigo 40 c/c o inciso IV do artigo 55, via **padronização minudente dessa fase** no edital ou no contrato, a serem subsidiados por disposições similares previstas em documento emitido pelo servidor/setor requisitante dos serviços, como parte integrante do Documento de Referência (Projeto Básico ou Termo de Referência).

## 7. CONCLUSÃO

Por fim, gostaríamos de gizar que o recebimento de obras e serviços de engenharia, como vem assinalando inclusive o Tribunal de Contas da União<sup>10</sup>, é uma das etapas mais críticas da execução contratual, sendo, pois, sempre indicado que a Administração dos órgãos públicos exerçam um maior controle sobre essa matéria, quer procedendo à regulamentação própria, como fez o TJDF, quer engendrando cláusulas padrão a esse respeito nos editais ou contratos, como as que foram aqui apresentadas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3ª ed, ver. atual. e ampl. Brasília: TCU, 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Lei de licitações e contratos administrativos e legislação complementar*. 9. ed. ampl. ver. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

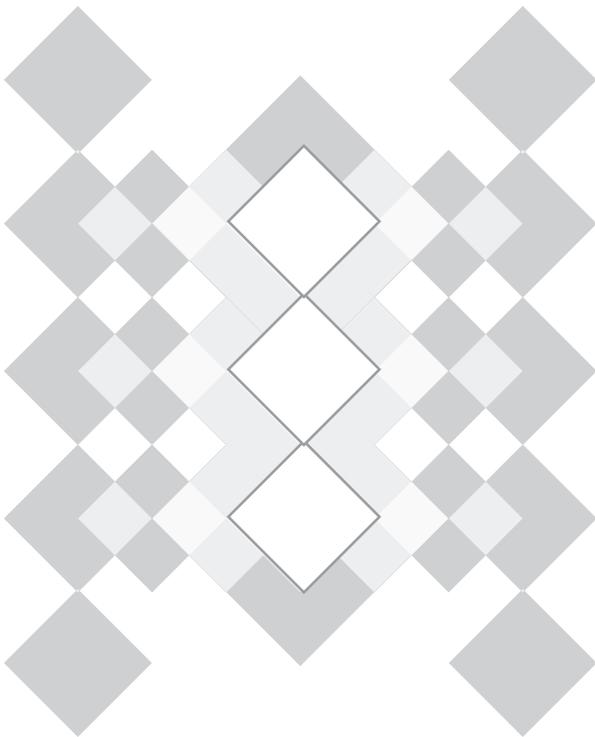
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro de 2008. Código de contratos públicos do ordenamento jurídico português. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1sdip/2008/01/02000/0075300852.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

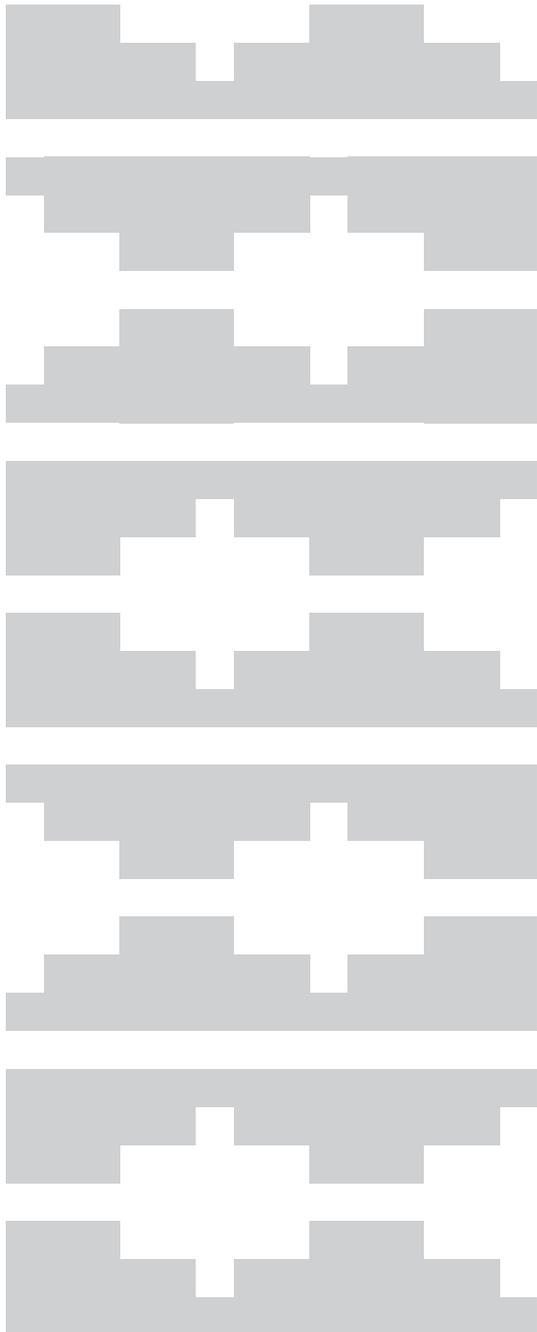
## NOTAS

- 1 Oração aos moços. Fragmento do discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, 1920. Editado em livro, 1921.
- 2 Aí incluídos: as alíneas a e b do inciso I do art. 73; os parágrafos segundo, terceiro e quarto também do art. 73; o parágrafo único e o inciso III do art. 74; e, finalmente, o art. 76.
- 3 Traduz o montante de recursos financeiros alocados para a realização da obra ou para prestação do serviço de engenharia.
- 4 Obviamente, caso seja constatado pela fiscalização nessa vistoria que a contratada não finalizou a execução do objeto, ou seja, existam parcelas da obra ainda não adimplidas, o Termo de Recebimento Provisório não será emitido, considerando-se, assim, a comunicação do término dos serviços como não realizada, reputando-se em mora a contratada, sendo cabível a aplicação das penalidades administrativas.
- 5 Esse prazo não foi previsto pela Lei nº 8.666/1993, e é aqui sugerido com base na lógica do razoável.
- 6 Esse prazo está calcado no art. 24 da Lei nº 9.784/99, que assim dispõe: "Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior".
- 7 Recebimento de obras – Processo nº TRT – SCI 009/06 do TRT/RJ.
- 8 In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 7. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 761-766.
- 9 Essa norma é a revogadora da Portaria GPR nº 946/2004, lembrada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes no livro *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. 3. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 942.
- 10 São as seguintes as irregularidades já observadas pelo Tribunal de Contas da União no recebimento de obras e serviços de engenharia, constantes do Manual de Obras Públicas – Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas - TCU: ausência de recebimento provisório da obra, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado assinado pelas partes, em desacordo com o disposto no artigo 73, inciso I, alínea a, da Lei nº 8.666/1993; ausência de recebimento definitivo da obra, por servidor ou comissão designada por autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após prazo de observação ou vistoria que comprovasse a adequação do objeto aos termos contratuais, em desacordo com o disposto no art. 73, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/1993; descumprimento de condições descritas no edital de licitação e no contrato para o recebimento da obra; descumprimento de prazos de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso, previstos no contrato e em seus termos aditivos, em desacordo com o disposto no inciso IV do art. 55 da Lei nº 8.666/1993; recebimento da obra com falhas visíveis de execução; omissão da Administração, na hipótese de terem surgido defeitos construtivos durante o período de responsabilidade legal desta; não realização de vistorias dos órgãos públicos competentes para a emissão do habite-se.



# O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?

Toshio Mukai



I. Já escrevemos um artigo demonstrando que a figura do “carona”, como se costumou dizer, nas lides licitatórias, é absolutamente inconstitucional. O artigo foi publicado por revistas sérias do País, mas não sentimos que ele tenha despertado na maioria, que o “carona” não pode existir no nosso ordenamento jurídico, constitucional e infralegalmente; simplesmente porque a admissão do “carona” e as aquisições que ele faz sem ter feito licitação, bem como os fornecimentos de quem venceu a licitação do órgão licitador, se constituem em crime, previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

O certo é que a novidade se espalhou por vários lugares, como em Brasília, Minas Gerais, etc. Em São Paulo, o Decreto instituidor do Registro de Preços admite até mesmo caronas federais, estaduais e municipais, bem como o inverso, ignorando completamente o nosso sistema federativo.

E o pior de tudo é que, alguns operadores do Direito, que deveriam alertar os órgãos e os servidores públicos quanto ao perigo de serem objeto de ações penais, na maior tranquilidade, têm escrito que o efeito “carona” é legal e salutar para a Administração Pública.

II. Já vimos em alguns escritos, tais manifestações. A seguir, vamos indicar aquelas que conhecemos:

a) TC – 012.294/2006-0 – Prestação de Contas

Acórdão nº 1219/2008 – TCU – Segunda Câmara

Trecho: 1.13 – faça constar nas contratações realizadas mediante adesão a ata de registro de preços, que nos respectivos processos licitatórios realizados pela unidade: a) – que a contratação a ser procedida seja acompanhada de justificativa (sic) que atenda ao interesse da administração, sobretudo quanto aos valores praticados, conforme preceitua o art. 3º, §4º, inciso II, do Decreto nº 3.931/2001 (Acórdão nº 555/2007 – TCU – 1ª Câmara, subitem 2.3.2); b) – justificativa contendo o diagnóstico da necessidade da aquisição; c) – ampla pesquisa de mercado, em equipamento equivalente ou similar, de forma a atender o disposto no §1º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993.

Toshio Mukai é Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de São Paulo (USP).

b) Entendimento de um autor, em comentários ao art. 8º do Decreto nº 3.931/2001:

São, pois requisitos para extensão da Ata de Registro de Preços:

1. interesse de órgão **não participante** em usar a Ata de Registro de Preços;
2. avaliação em processo próprio, interno do órgão não participante de que os preços e condições do SRP são vantajosos, fato que pode ser revelado em simples pesquisa;
3. prévia consulta e anuência do órgão gerenciador;
4. **indicação pelo órgão gerenciador do fornecedor**, com observância da ordem de classificação;
5. **aceitação, pelo fornecedor da contratação pretendida**, condicionada essa à ausência de prejuízo aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços;
6. embora a norma seja silente a respeito, deverão ser mantidas as mesmas condições do registro, ressalvadas apenas as renegociações promovidas pelo órgão gerenciador, que se fizerem necessárias;
7. limitações da quantidade a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata.

c) Entendimentos diversos:

De todo o exposto, pode-se, em síntese, concluir que:

1. O denominado “efeito carona”, previsto no art. 8º do Decreto nº 3.931/2001 é constitucional, por viabilizar os princípios regentes da Administração Pública previstos no art. 37, caput, da CF/88, em especial, o princípio da eficiência, constituindo-se em medida de inegável avanço jurídico.
2. Considerando que o Decreto nº 3.931/2001 tem por fim regulamentar a Lei nº 8.666/93, estabelecendo, por força dos entendimentos doutrinários acima destacados, normas de caráter federal, aplicáveis, pois, somente no âmbito da União, não é possível a adesão interfederativa, por constituir-se em afronta à regra insculpida no art. 18, caput, da CF/88.
3. Por derradeiro, entende-se que o “carona”, por força do art. 58, IV da Lei nº 8.666/93 (art. 58, IV – a Administração, em relação aos contratos administrativos pode aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste-transcrição nossa) é o responsável pela aplicação de penalidades administrativas à pessoa jurídica contratada que inexecute, total ou parcialmente, o objeto contratual.

Quanto aos demais autores que inocentemente adotam como sendo natural a figura do “carona”, transcreve-se dizeres de alguns deles:

1. Adesão à ata de registro de preços, apelidado de carona, é o procedimento por meio do qual um órgão ou entidade que não tenha participado da licitação que deu origem à ata de registro de preços adere a ela e vale-se dela como se sua fosse, sendo-lhe facultado contratar até cem por cento do quantitativo nela registrado. [O autor, neste ponto apenas conceituou a figura do carona.]

2. Por outro lado, também não se pode negar que a figura do “carona” cria para os fornecedores registrados, uma expectativa extraordinária de fazer negócios não só com a Administração que fez o registro, como também com toda a Administração Pública (acrescentamos nós: ver conceito no inciso XI do art. 6º da Lei nº 8.666/93). Ser declarado vencedor de uma licitação para registro de preços, realizada por qualquer órgão ou entidade da Administração, em qualquer local do Brasil, gera a possibilidade de fazer inúmeros outros negócios com o mesmo bem ou serviço, independentemente da participação em outros processos licitatórios. [Essa assertiva, parece-nos, contém um tom de crítica, porque, em outro lugar o mesmo autor assim se manifesta:]

Nosso posicionamento pessoal é no sentido de que o “carona” só poderia ser instituído na ordem legal por expressa disposição de lei. Da mesma forma como todas as demais inovações criadas pelo Decreto nº 3.931/01, já comentadas anteriormente, a criação da figura do órgão/entidade que se aproveita de uma licitação da qual ele não realizou e nem dela participou por qualquer meio não poderia ser feita por um diploma legal que não tem competência para tal. Assim, como posto atualmente, o “carona” fere profundamente a ordem legal.

[Fomos também informados do seguinte:]

(...) o TCU, no Acórdão nº 1487/2007, efetuou Recomendação, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, a fim de que este órgão estabelecesse normas – parâmetros, de modo a limitar, ou mesmo expurgar, o “efeito carona” do ordenamento jurídico pátrio.

O MPOG apresentou pedido de reconsideração ao TCU, que ainda não foi respondido por aquele órgão de controle.

Outro autor manifestou-se sobre o “carona”.

Nesse artigo, dentre outras coisas, o autor escreve:

A previsão do uso por outros órgãos da Administração dos preços registrados, considerando que a matéria não é de natureza de norma geral, **pode ser instituída pelos entes da federação, através da lei específica.**

A utilização do registro de preços por outros órgãos **que não participaram da licitação**, portanto, sem previsão de quantidade no instrumento convocatório, mostra-se incompatível com o princípio da impessoalidade, na medida em que muda a regra fixada no edital inicial, independentemente do volume.

**O sistema de registro de preços se ajusta perfeitamente ao princípio de eficiência, na medida em que reduz os custos das repetidas licitações e gera economia pela aquisição em escala.**

III. Percebe-se que aqueles que defendem a figura do “carona”, e, até mesmo aqueles que lhes fazem restrições (tem que haver lei, tem que indicar os recursos, não pode existir de outros entes da federação, etc.), não visualizaram o principal defeito do Decreto nº 3.931(ANO) e, principalmente, o do Decreto nº 4.342/2002 (este que criou o “carona”: em que um órgão/entidade fica autorizado a comprar de alguém que nem conhece (porque não participou da licitação realizada pelo agente gestor) e o vendedor, quanto ao que vai lhe vender, não venceu nenhuma licitação.

Portanto, o que ocorre aí é claríssimo: uma compra feita por um órgão, sem licitação (porque o órgão não fez licitação) e o vendedor, por isso mesmo, relativamente ao que vai lhe vender, não venceu licitação nenhuma, simplesmente porque esta inexistiu.

E, diz o art. 89 da Lei nº 8.666/1993:

Seção III – Dos Crimes e das Penas

**Art. 89 – Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei**, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

**Parágrafo único** – Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se **da dispensa ou inexigibilidade ilegal**, para celebrar o contrato com o Poder Público.

Destarte, o que o art. 8º autoriza, em realidade, é o cometimento de um crime de licitação. Tudo o mais, como, eficiência, ganho de tempo, não repetição de licitações, etc., decantados pelos defensores desse verdadeiro crime “legalizado”, caem por terra.

Por outro lado, falou-se muito em “caronas” federais, estaduais e municipais, até havendo defensores dessa idéia.

Isto violenta brutalmente o sistema federativo e, portanto é inconstitucional.

Se até mesmo um projeto de Emenda Constitucional nem sequer pode ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, se tender a abolir: I – a forma federativa de Estado (art. 60, §4º, I da CF/88), quanto mais um simples decreto (como um Decreto que criou o Governo do Estado de São Paulo, a figura do “carona” e ainda essa excrescência constitucional que ignora o sistema federativo) pode fazê-lo.

Quanto a questão da constitucionalidade ou não da figura do “carona” é o Decreto nº 3.931(ANO), nesse aspecto, absolutamente

inconstitucional, eis que viola frontalmente o inciso XXI do art. 37 da CF/88.

Com efeito, reza o referido inciso:

Ressalvados os casos **especificados** na legislação, as obras, serviços, **compras** e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure** igualdade de condições a todos os concorrentes(...).

Verifica-se que o texto constitucional, em outras palavras, diz o seguinte: qualquer obra, serviço, compra e alienação só podem ser **contratados mediante processo de licitação pública**, ressalvados os casos especificados (de dispensa ou de inexigibilidade) na legislação; portanto cada contratação daquelas, em princípio, somente poderá ser efetuada através de processo de licitação levado a efeito pelo órgão/entidade que pretende tais contratações.

E, nesse sentido, esclarece o art. 2º da Lei nº 8.666/1993: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, **serão necessariamente** precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

Ora, se se entende por Administração Pública, segundo o inciso XI do art. 6º, “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”, é fora de dúvida que cada um desses órgãos e entidades, nos termos do inciso XXI do art. 37 da CF/88, terão que efetivar licitações para as **suas** contratações. Não há lugar para um órgão/entidade se aproveitar de uma licitação efetuada por outro órgão/entidade, mesmo porque o ordenamento jurídico pátrio inadmitte que um órgão ou entidade efetue contratações sem efetuar ou participar de uma licitação, eis que, além de tudo o que já foi aqui dito, o fornecedor estará vendendo o bem requerido pelo órgão ser tem vencido nenhuma licitação, o que, somente poderia ocorrer nos casos de dispensa (art. 24 da Lei nº 8.666/1993) e/ou de inexigibilidade (art. 25 da mesma Lei).

Portanto, a hipótese ventilada se enquadraria perfeitamente nessas disposições, ou seja, nenhum órgão ou entidade pode se valer de licitação efetuada por outro órgão, sem dela ter participado. Mormente em se tratando de compras, que, de acordo com o art. 14 da Lei nº 8.666/1993 é exigido que o órgão interessado **indique os recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.**

Em outros termos, o órgão que vai licitar tem de indicar os recursos orçamentários que lhes tocam e não de outros órgãos; além disso, o

“carona” não pode indicar os recursos seus numa licitação feita por outro órgão porque seria alterar a lei orçamentária por simples ato administrativo. Ademais, como isto não é possível de ocorrer, juridicamente, o “carona” vai indicar recursos orçamentários seus fora da licitação, o que viola o art. 14 mencionado, uma vez que esse artigo, embora não seja expresso, está referido às licitações para compras.

Por todo o exposto, com a devida vênia dos autores que passaram por alto sobre tais questões, entendemos:

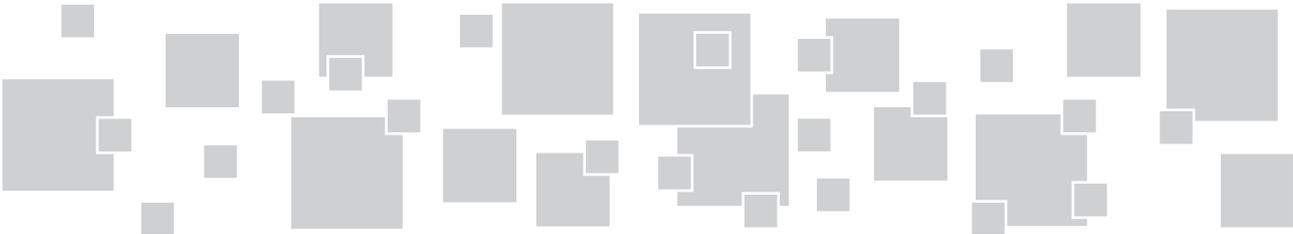
- a) que a figura do “carona” não pode existir no ordenamento jurídico pátrio, posto que é ele ilegal e inconstitucional;
- b) o efeito “carona” leva ao cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, eis que há aí compras sem licitação (o “carona” não faz licitação e o vendedor ao vender-lhe algo, não venceu nenhuma licitação para poder efetuar-lhe tal venda).

## TCU define participação de estados, municípios e DF na Cide-Combustíveis

O Tribunal de Contas da União (TCU) fixou os percentuais individuais de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios na distribuição dos recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) incidente sobre combustíveis para 2009.

Boa Vista, capital de Roraima, terá 36,6%. Em seguida está a capital do estado do Amapá com 34,27%. As cidades de São Paulo e Rio de Janeiro devem receber 18,39% e 24,40%, respectivamente. O menor índice, de 8,32%, ficou para o município de Florianópolis (SC).

Os cálculos são baseados em dados fornecidos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pela Agência Nacional do Petróleo (ANP). Os novos índices de contribuição para a Cide-Combustíveis entram em vigor a partir de abril. O ministro Aroldo Cedraz foi o relator do processo.



## Governo cria grupo de trabalho para melhorar ensino superior

O governo federal criou grupo de trabalho interministerial para propor soluções para o aprimoramento do ensino superior. A medida atende a determinação do Tribunal de Contas da União (TCU), que realizou auditoria em 16 universidades federais, em todo o território nacional, para verificar o relacionamento com suas fundações de apoio.

O objetivo da auditoria foi identificar problemas estruturais e oferecer sugestões para o aperfeiçoamento do sistema de ensino superior no Brasil. O TCU constatou que as fundações de apoio não têm cumprido com sua função de auxiliar as ações das universidades em ensino, pesquisa e extensão. O tribunal verificou, também, que parte dos recursos transferidos às fundações pelas universidades não são utilizados de acordo com as normas legais.

Com base nos resultados do trabalho, o TCU determinou ao governo federal que adote medidas para garantir a transferência regular de verbas para projetos educacionais e de pesquisa. O tribunal determinou, ainda, que seja criada nova norma para regular o financiamento do ensino superior.

O grupo de trabalho interministerial tem prazo de 90 dias para concluir os trabalhos. É constituído por representantes dos ministérios da Educação, do Planejamento e da Ciência Tecnologia, da Controladoria-Geral da União (CGU) e da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais (Andifes).

## TCU determina licitação de transporte rodoviário

O Tribunal de Contas da União (TCU) determinou que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) faça licitação do serviço regular de transporte rodoviário internacional e do transporte rodoviário interestadual de passageiros com extensão igual ou inferior a 75 km. O TCU determinou também que as licitações sigam os mesmos prazos estabelecidos para a concorrência do serviço regular de transporte rodoviário interestadual de passageiros com extensão superior a 75 km, cujo cronograma já foi apresentado ao TCU pela ANTT. A determinação do TCU diz ainda que o edital de licitação de todo o serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros deve ser publicado até 30 de junho de 2009.

Desde outubro de 2008, as permissões das linhas do Serviço de Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros (STRIIP) expiraram. O transporte rodoviário de passageiros no momento funciona em regime de autorização especial, com base em duas resoluções da ANTT, para que as empresas de transporte continuem prestando o serviço até que a licitação seja realizada.

O prazo limite para a vigência do regime de autorização especial, sem possibilidade de prorrogação ou reedição, é 31 de dezembro de 2009. O ministro Walton Alencar Rodrigues foi o relator do processo.

## Tempo de atividade rural: STF consolida entendimento do TCU

Em sessão plenária do último dia 2, o Supremo Tribunal Federal (STF) avançou na consolidação do entendimento fixado inicialmente no Mandado de Segurança nº 26.919, de que não cabe o cômputo de tempo de atividade rural para fins de aposentadoria estatutária sem o pagamento das devidas contribuições previdenciárias.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 26.461, o STF denegou, por unanimidade, a segurança, reafirmando o precedente de seu Plenário fixado em abril de 2008, o que representa mais um êxito desta Corte de Contas na manutenção de seu entendimento sobre o cômputo de tempo rural para fins de aposentadoria no serviço público.

# Rede de Controle vai fortalecer combate à corrupção

Na manhã desta quarta-feira (25/3), instituições do Executivo, Legislativo e Judiciário que atuam na fiscalização do uso de recursos públicos assinaram protocolo de intenções para formar uma Rede de Controle da Gestão Pública. A assinatura foi na sede do Tribunal de Contas da União (TCU), em Brasília.

O presidente do TCU, ministro Ubiratan Aguiar, reafirmou a importância de somar esforços dos três poderes para dar ao Brasil efetividade no controle de verbas públicas. “Este é o momento de enfrentarmos de mãos dadas a corrupção existente no Brasil. Precisamos sair deste isolamento e só assim nos tornaremos parceiros na luta contra o desvio de recursos público”, destacou. Segundo ele, a assinatura do contrato é o passo inicial para a efetividade na rede de controle. “Cabe agora aos dirigentes ficarem responsáveis por assegurar o trâmite do processo, a parte concreta”.

A rede de controle buscará mais efetividade nas ações do Estado a partir de parcerias estratégicas que devem refletir diretamente no combate a desvios de dinheiro e corrupção. A atuação coordenada também trabalhará para definir diretrizes comuns, e no estabelecimento de compromissos e de ações conjuntas voltadas à fiscalização e ao controle da gestão pública.

O protocolo começa a ser implementado em abril por meio de oficinas de trabalho com participação de representantes de todos os órgãos e entidades envolvidos na parceria. A organização e a realização das oficinas ficam, inicialmente, a cargo do TCU.

Participaram da assinatura o presidente do Tribunal de Contas da União, ministro Ubiratan Aguiar, os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Ayres Brito, da Fazenda, Guido Mantega, da Justiça, Tarso Genro, do Planejamento Orçamento e Gestão, Paulo Bernardo Silva, da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage Sobrinho, da Previdência Social, José Pimentel, ministros do TCU e representantes do Ministério Público junto ao TCU. Participaram também representantes do Senado, da Câmara dos Deputados, do Ministério Público Eleitoral, do Ministério Público de Contas, entre outras autoridades.

## TCU define regras para troca de informações em ações de controle

Para tornar mais ágil a fiscalização de recursos, o Tribunal de Contas da União (TCU) definiu as regras que devem orientar o intercâmbio de informações com outros órgãos. O TCU tem acordos de cooperação com instituições da administração pública e a resolução pretende tornar as parcerias mais efetivas e concretizar a rede nacional de controle da gestão pública.

Segundo o ministro Valmir Campelo, que relatou o projeto de resolução, a medida, “de maneira bastante oportuna, procura dar concretude aos acordos assinados, com a aprovação de regras que permitirão o desencadeamento de ações efetivas no campo da integração entre os diversos órgãos e entidades que atuam na área, reunindo forças numa corrente que pela primeira vez será colocada em prática no Brasil.”

A definição das normas para troca de informações e documentos foi proposta pelo presidente do TCU, ministro Ubiratan Aguiar. Na próxima semana o tribunal assina protocolo de intenções com entidades da administração pública para formar uma rede de controle nacional. O objetivo é buscar soluções para combater desvios e para que as ações do Estado retornem benefício efetivo para a sociedade.

# TCU constata falhas no ProUni e Fies

O Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que a meta do Programa Universidade para Todos (ProUni) e do Fundo de Financiamento do Ensino Superior (Fies) pode não ser alcançada. O Plano Nacional de Educação estabelece que 30% dos alunos de baixa renda entrem na universidade até 2011 por meio do ProUni ou do Fies. Entretanto, auditoria constatou que, no segundo semestre de 2008, 42% das vagas não foram preenchidas. Se o ritmo continuar o mesmo, em 2011 apenas a metade do percentual da meta será atingido. O TCU avaliou os programas de acordo com mecanismos de implementação e controle, concretização de objetivos e sintonia com o mercado de trabalho.

Segundo o Tribunal, há falhas na implementação dos programas. O ProUni, por exemplo, concede bolsa a estudantes com renda familiar superior aos limites previstos. Além disso, a apresentação de documentação dos beneficiários não é feita de forma correta. Falta, em muitos casos, comprovante de renda, de residência e de renda familiar.

O relatório aponta também que o Ministério da Educação (MEC) não possui rotina de fiscalização das instituições de ensino participantes. Segundo

a auditoria, instituições têm isenção fiscal mesmo quando não têm ocupadas todas as vagas destinadas ao programa e ao fundo. Aponta, ainda, que os cursos das áreas tecnológica e social, que são considerados prioritários pelo MEC, estão com baixa procura por parte dos alunos beneficiários, tendo em vista o déficit atual de profissionais dessas áreas no mercado.

O Tribunal determinou que o MEC tenha maior controle dos alunos beneficiários do ProUni, e que a Secretaria de Educação Superior (Sesu/MEC) implemente mecanismos para o preenchimento total das vagas ofertadas pelo programa. O TCU recomendou que o MEC avalie o mecanismo de isenção fiscal, de modo que as instituições sejam isentas de acordo com a avaliação dos cursos e maior número de vagas ocupadas pelos programas e que a Sesu incentive o acesso e a conclusão de cursos em áreas de desenvolvimento tecnológico e social.

Cópia da decisão foi enviada aos ministros da Educação, da Fazenda e da Previdência Social, aos presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal e da Caixa Econômica Federal. O ministro José Jorge foi relator do processo.

## TCU é convidado a participar de projeto da Câmara para a Copa 2014

Os secretários Frederico Júlio Goepfert (5ª Secex) e Vanda Lídia Romano (6ª Secex) apresentaram à Comissão de Turismo e Desporto da Câmara (CTD) os trabalhos do TCU na área. Os técnicos do Tribunal foram recebidos pelo deputado Afonso Hamm (PP-RS), presidente da Comissão. Na oportunidade, o parlamentar convidou o TCU para participar do projeto “O Poder Legislativo fazendo parte do time da Copa 2014”, que vai percorrer as 12 subsedes da Copa para realizar fóruns e palestras sobre o tema.

A participação do Tribunal seria por meio de palestras com orientações sobre utilização de recursos. A proposta formal ainda será encaminhada ao presidente Ubiratan Aguiar. “Nosso presidente está totalmente atualizado com a necessidade de o Tribunal garantir a utilização correta de recursos”, destacou o secretário da 5ª Secex.

# TCU aponta falhas em benefício para idosos e deficientes

Auditoria inédita do Tribunal de Contas da União encontrou falhas no Benefício de Prestação Continuada (BPC). Esse benefício é para idosos e pessoas com deficiência que sejam de baixa renda. O BPC é a maior transferência de recursos do governo federal à Assistência Social. Só em 2007, foram cerca de R\$ 13,5 bilhões. Porém, há indícios de que ao menos 10% dos beneficiários não deveriam ser, devido a erros ou fraudes. É que eles não se enquadrariam no critério que a lei estabelece, ou seja, fazer parte de família com renda inferior a 1/4 de salário mínimo por pessoa.

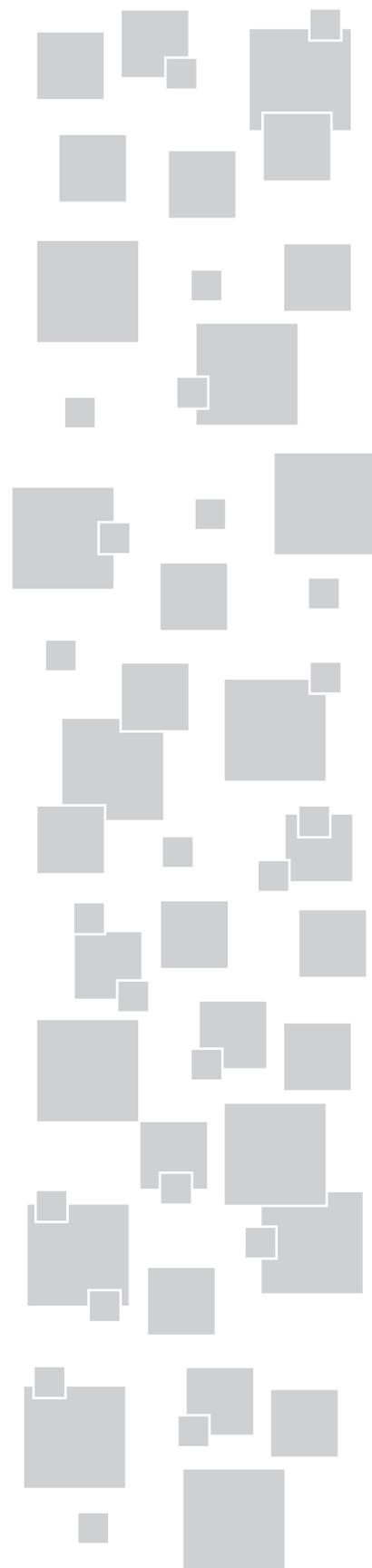
O TCU recomenda uma série de medidas para que a fiscalização do BPC torne-se mais efetiva. Numa estimativa conservadora, a economia potencial seria de R\$ 2,5 bilhões aos cofres públicos, nos próximos cinco anos, apenas com os ajustes de foco que o tribunal recomendou.

O MDS pode fazer cruzamento do seu cadastro com outras bases de dados. Tais como Renavam, Incra, CNPJ e Rais. Ou seja, se o beneficiário possui carro, terreno, empresa ou está empregado, isso é indício relevante de que não devesse receber o BPC. Só nessa situação se encontram mais de 125 mil pessoas. No entanto, o processo administrativo é lento, pois sempre devem ser garantidos o contraditório e a ampla defesa, e falta estrutura ao MDS para acelerar essa análise.

O TCU também fez estimativa da quantidade de pessoas que poderiam ser beneficiadas mas ainda não são. É a chamada subcobertura, que atingiria pelo menos 27% dos beneficiários potenciais. Isso indica que o BPC tende a crescer nos próximos anos. Ainda assim, as transferências só com o BPC quintuplicaram no período de 2000 a 2007.

Apesar das falhas encontradas, o TCU constatou que o BPC não pode ser avaliado como mal focalizado, mas há muito espaço para melhorar sua focalização. A auditoria operacional do TCU foi realizada em parceria com o Banco Mundial, que disponibilizou dados técnicos e capacitação aos servidores do tribunal.

O BPC é a garantia de um salário mínimo mensal às pessoas com deficiência e aos idosos que não tenham condições de se manter. É a própria Constituição que prevê o benefício. Para se tornar beneficiário, o idoso ou pessoa com deficiência deve comprovar que se enquadra nos padrões estabelecidos em lei: renda inferior a 1/4 de salário mínimo *per capita*. O benefício é gerenciado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), mas a parte operacional fica a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).



# Manifestações dos cidadãos geram economia de R\$ 74 milhões aos cofres públicos

As manifestações dos cidadãos encaminhadas à Ouvidoria contribuíram significativamente para a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU). A partir das comunicações de irregularidades apresentadas, o TCU realizou fiscalizações que geraram aos cofres públicos uma economia de R\$ 72,8 milhões. Além disso, o Tribunal determinou o recolhimento de R\$ 1,6 milhão em débitos e multas aplicadas a gestores.

A economia aos cofres públicos é calculada com base nos benefícios obtidos pela atuação do Tribunal na correção de vícios e defeitos em contratos e licitações, bem como na eliminação de desperdícios e redução de custos administrativos. A principal economia se observa na redução dos valores máximos em processos licitatórios, totalizando mais de R\$ 29 milhões. A atuação do TCU também proporcionou

benefícios da ordem de R\$ 22 milhões na elevação de receita.

No que diz respeito ao recolhimento de valores desviados dos cofres públicos, o TCU levantou débitos que chegaram a R\$ 1,26 milhão. Por sua vez, o Tribunal aplicou a gestores públicos um total de multas no valor de R\$ 343 mil, devido a irregularidades e ilegalidades praticadas.

Esses benefícios são fruto do contato direto do cidadão com o TCU, que, por meio da Ouvidoria, recebe as comunicações de irregularidades relacionadas a aplicação dos recursos públicos federais. As manifestações da sociedade são encaminhadas pela Ouvidoria aos órgãos e unidades responsáveis, para que, dessa forma, possam auxiliar no planejamento das atividades do Tribunal.

# ANS deixa de cobrar R\$ 3,8 bilhões de planos de saúde

O Tribunal de Contas da União (TCU) apurou que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) deixou de cobrar R\$ 3,8 bilhões dos planos de saúde. O valor é referente ao ressarcimento que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve receber por atendimentos de alto custo a pacientes de planos e de seguradoras. O TCU constatou que a Agência só exigia a indenização por internações hospitalares e, pela lei, a ANS deve cobrar também pelos atendimentos ambulatoriais.

Assim, o tribunal determinou que a ANS passe cobrar, a partir de 2009, ressarcimento ao SUS pelos procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade. A Agência deverá ainda apresentar

em 90 dias um cronograma que contenha previsão de pagamentos relativos a internações hospitalares de anos anteriores.

E, para aprimorar o processo de cobrança dos ressarcimentos, o TCU recomendou que a Agência Nacional de Saúde Suplementar altere o cadastro de beneficiários e exija das operadoras de saúde um registro detalhado de dados dos segurados.

Diretores e gerentes da ANS e a diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde devem apresentar justificativas para as irregularidades apontadas pelo TCU.

# Atuação do TCU gera benefício de R\$ 31,9 bi em 2008

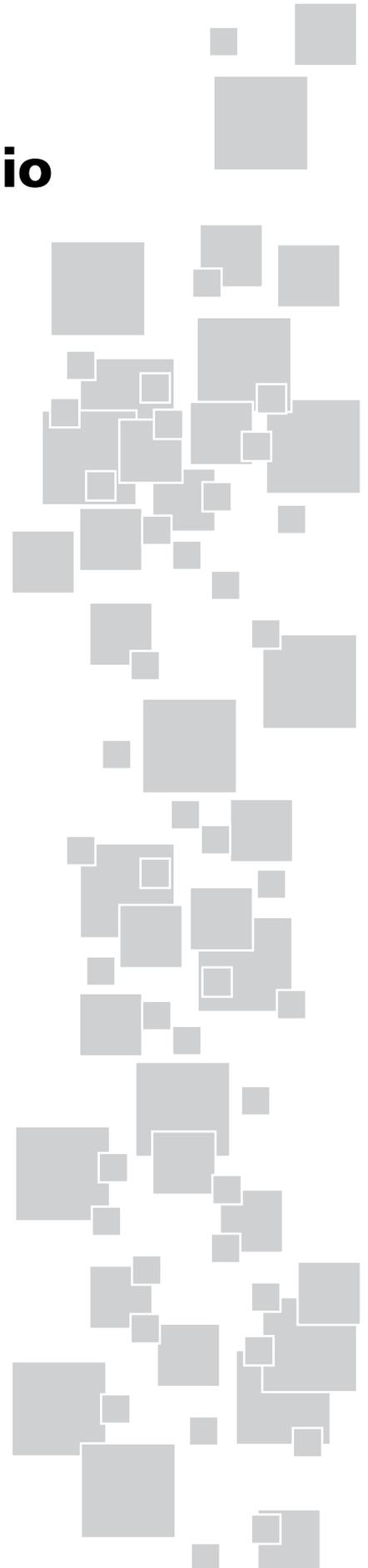
A ação do Tribunal de Contas da União (TCU) gerou benefício de R\$ 31,9 bilhões em 2008. Isso significa que para cada R\$ 1 utilizado pelo TCU, R\$ 27,8 retornaram à sociedade. Só no quarto trimestre, entre prejuízos evitados, medidas corretivas e condenações por mau uso de dinheiro público a atuação do TCU gerou benefícios financeiros de R\$ 15,8 bilhões, valor 35 vezes superior ao gasto do governo federal com o tribunal.

As fiscalizações na área de energia destacaram-se nos últimos meses e contribuíram com mais de R\$ 11 bilhões para o resultado obtido. O TCU verificou que o Brasil deixa de receber cerca de R\$ 10 bilhões ao ano em impostos por perdas do sistema de energia elétrica. Os prejuízos aumentam a conta dos consumidores em 5% em razão de furtos, falhas operacionais e ausência de medição. A apuração também revelou que só o volume de energia perdida em 2007 poderia abastecer os estados de Minas Gerais, Ceará, Bahia e Pernambuco, juntos.

O TCU constatou ainda desperdício de aproximadamente R\$ 382 milhões por ano com isenção de tarifa elétrica para pessoas que não correspondem a consumidores de baixa renda e não deveriam ser beneficiadas. A adoção das determinações do TCU para redefinição dos critérios de enquadramento dos consumidores permitirá economia de cerca de R\$ 1,9 bilhão nos próximos cinco anos.

A área de transporte também teve destaque, com a análise de concessão de trechos rodoviários da BR-116 e da BR-324, na Bahia. As propostas feitas pelo TCU reduziram as tarifas de pedágio, que passaram de R\$ 3,20 para R\$ 2,80 na BR-116 e de R\$ 1,82 para R\$ 1,60 na BR-324. A redução possibilitará economia de aproximadamente R\$ 1 bilhão em benefício dos usuários nos próximos 25 anos.

Em 2008, o TCU condenou 2.163 responsáveis em débito ou multa. As condenações somam mais de R\$ 1,08 bilhão. A menção resumida desses benefícios reafirma o compromisso e o empenho do tribunal em atuar em áreas de maior risco e relevância, para proporcionar economia de recursos e melhoria dos serviços públicos ofertados à sociedade.



CONTESTAÇÃO. COEFICIENTE DE PARTICIPAÇÃO NO FPM. SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DE CÁLCULO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO IBGE PARA APURAÇÃO DA RENDA *PER CAPITA* DAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO.

1. CONSIDERA-SE IMPROCEDENTE A CONTESTAÇÃO DE MUNICÍPIO PARA REVISÃO DO COEFICIENTE REFERENTE À COTA DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - FPM APÓS RESTAR COMPROVADO QUE ESTE TRIBUNAL ATUOU COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE.

2. A APURAÇÃO DA RENDA *PER CAPITA* DAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, A SER UTILIZADO NO CÁLCULO DO ÍNDICE DE FPM, É DE ALÇADA EXCLUSIVA DO IBGE, NÃO CABENDO AO TCU QUESTIONAR OU JUSTIFICAR A METODOLOGIA ADOTADA POR AQUELA FUNDAÇÃO.

O Tribunal Pleno no exame de contestação apresentada por entidade municipal, quanto ao coeficiente da cota do Fundo de Participação dos Municípios atribuído àquele Município, esclareceu que a competência para calcular a renda per capita das Unidades da Federação é da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, nos termos do art. 5º da Lei Complementar nº 91/2007. Na definição dos coeficientes, a atuação do TCU está limitada ao cálculo dos percentuais de participação, sendo da competência do IBGE publicar a relação das populações por Estados e Municípios e estimar a renda per capita de cada uma das Unidades da Federação. Destacou, ainda, o TCU que utiliza os dados demográfico e de renda per capita oficiais fornecidos pelo IBGE para efetuar os cálculos das quotas de participação, não interferindo em dados censitários, nem questionando ou justificando a metodologia utilizada pelo IBGE nessas informações. Os coeficientes do FPM são fixados com base em aparato constitucional e legal, ao qual as deliberações do Tribunal se submetem. Assim, não possui a Corte de Contas competência legal para promover qualquer alteração, por iniciativa própria, nos dados que interfiram no cálculo dos referidos coeficientes, tampouco questioná-los do ponto de vista metodológico. Alertando para o fato de que o art. 102, § 1º, da Lei nº 8.443/92 é claro ao estabelecer que eventuais reclamações, relativas aos números

do IBGE, deverão ser encaminhadas ao Instituto 'que decidirá conclusivamente', salienta a ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe ao TCU o uso de elementos que não sejam oficialmente encaminhados por aquele Instituto, Órgão legalmente Responsável por tais informações. Assim, conclui que a competência constitucionalmente atribuída ao Tribunal é meramente declarar o direito dos entes beneficiados. Direito esse que decorre do implemento das condições legais - possuir determinado número de habitantes. Daí a necessidade de empregar as informações mais fidedignas possíveis, assim entendidas aquelas apontadas pelo IBGE - Entidade que detém esta específica competência legal.

(Acórdão 95/2009 – Plenário, Ata 05, TC 000.025/2009-3, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, Sessão 04/02/2009, DOU 06/02/2009)

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES VERIFICADAS EM CONCORRÊNCIA QUANTO A REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE ADOTADA. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. É VEDADA A INCLUSÃO EM EDITAIS DE LICITAÇÃO DE QUESITOS DE PONTUAÇÃO TÉCNICA PARA CUJO ATENDIMENTO AS EMPRESAS LICITANTES TENHAM DE INCORRER EM DESPESAS QUE SEJAM DESNECESSÁRIAS E ANTERIORES À PRÓPRIA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO OU FRUSTREM O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME.

2. OS FATORES DE PONTUAÇÃO TÉCNICA, EM LICITAÇÕES DO TIPO TÉCNICA E PREÇO, DEVEM SER ADEQUADOS E COMPATÍVEIS COM AS CARACTERÍSTICAS DO OBJETO LICITADO, DE MODO A NÃO PREJUDICAR A COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

O Plenário do Tribunal de Contas da União examinou representação com pedido de concessão de medida cautelar, formulada por empresa licitante, versando sobre possíveis irregularidades praticadas em procedimento licitatório, no tocante aos seguintes requisitos editalícios de qualificação técnica: atribuição pontuação progressiva em razão do número de atestados apresentados pelo licitante, para julgamento da proposta técnica, exigência

de atestados com grande quantidade de detalhes, relativamente ao subquesto “Desempenho” e a exigência de que os profissionais elencados para fins de pontuação técnica estivessem vinculados ao quadro efetivo do licitante. No que tange ao primeiro item questionado, o Tribunal manifestou-se no sentido de que, em princípio e independentemente de sua complexidade, o fato de um licitante ter executado serviços semelhantes ao objeto contratado duas ou mais vezes não assegura que esteja mais apto a prestá-lo do que aquele que só o efetuou uma vez. Nessa linha de raciocínio, este Tribunal vinha se posicionando no sentido de que a atribuição de pontuação progressiva conforme o número de atestados apresentados violaria o princípio da isonomia, à medida que poderia desigualar concorrentes que apresentassem a mesma condição de qualificação técnica, e seria irrelevante para selecionar o licitante mais apto a contratar com a Administração (Acórdãos nº 166/2006 e 1.201/2006-Plenário). Todavia, o entendimento evoluiu no sentido de permitir tal prática, desde que a pontuação atribuída não se mostre desarrazoada ou limitadora da competitividade do certame e desde que a motivação dessa pontuação esteja expressa nos autos. Nesse sentido os Acórdãos nº 126/2007 e 362/2007-Plenário, da Relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, e 1099/2008-Plenário, da Relatoria do Ministro Marcos Vilaça. Sobre o assunto, destacou o TCU, que, com a recente edição da Instrução Normativa/MPOG nº 2, de 30/4/2008, que disciplina a contratação de serviços, continuados ou não, por Órgãos ou Entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais -SISG, a exigência ou pontuação de mais de um atestado no mesmo critério de avaliação passou a ser expressamente vedada (art. 19, § 2º, inciso I). Nessa linha de raciocínio, determinou o TCU que o órgão se abstivesse de atribuir pontuação progressiva em razão do número de declarações. Quanto à exigência de atestados com grande quantidade de detalhes, determinou o TCU que as exigências de declarações, para fins de pontuação técnica, sejam limitadas àquelas comprovadamente essenciais à execução do objeto e cuja totalidade dos atributos necessários esteja técnica e previamente justificada no respectivo Processo administrativo, abstando-se de incluir atributos sem respaldo técnico. Por fim, manifestou-se o TCU no sentido de que não há amparo legal para a exigência de que os profissionais utilizados para fins de pontuação técnica estejam vinculados ao quadro efetivo da empresa por meio de contrato de trabalho. Tais comprovações além de gerar despesas aos proponentes, desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato, não garantem, necessariamente, que os profissionais certificados no momento da apresentação das propostas técnicas sejam aqueles que executarão os serviços. Assim, essa exigência deve se limitar a outras formas de comprovação de vínculo do profissional, como declaração de disponibilidade do profissional para alocação na execução contratual.

(Acórdão 165/2009 – Plenário, Ata 06, TC 027.772/2008-2, Relator Ministro Raimundo Carreiro, Sessão 11/02/2009, DOU 16/02/2009)

PESSOAL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR 51/1985. APOSENTADORIA ESPECIAL DE POLICIAL FEDERAL AOS 30 ANOS DE SERVIÇO E COM O EXERCÍCIO MÍNIMO DE 20 ANOS EM CARGO DE NATUREZA ESTRITAMENTE POLICIAL. NORMA RECEPCIONADA PELA EC Nº 20/1998.

1. A LEI COMPLEMENTAR 51/85 NÃO APRESENTA NENHUMA INCOMPATIBILIDADE OU CONFLITO EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E SUAS RESPECTIVAS EMENDAS, ESSA NORMA FOI POR ELA RECEPCIONADA E PERSISTE NO MUNDO JURÍDICO.

2. EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ORDEM JURÍDICA, ATÉ QUE VENHA NOVA REGULAMENTAÇÃO SOBRE A MATÉRIA, PERSISTE A APOSENTADORIA ESPECIAL PREVISTA NA LC 51/85, VEZ QUE AS NORMAS EDITADAS SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO ANTERIOR PERMANECEM VÁLIDAS E EFICAZES.

O Plenário do Tribunal de Contas da União, ao examinar, em sede de processo de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, questão atinente à incompatibilidade ou conflito da Lei Complementar 51/85 em relação à Constituição e suas respectivas emendas, firmou o entendimento de que a Lei Complementar 51, de 1985, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e pelas Emendas Constitucionais nºs 20, de 1998, 41, de 2003, e 47, de 2005, continuando, por conseguinte, válida e eficaz, enquanto não for ab-rogada, derogada ou modificada por nova lei complementar federal, subsistindo, portanto, a regra de previsão de aposentadoria especial de que trata a referida lei complementar. Em vista desse entendimento, o TCU, em consonância com os princípios da racionalidade administrativa e da economia processual, autorizou, excepcionalmente, que os processos de aposentadoria e os recursos envolvendo exclusivamente a questão atinente à não recepção da Lei Complementar nº 51, de 1985, sejam considerados legais por relação, ainda que contenham pareceres divergentes e/ou propostas de ilegalidades, bem assim que os processos de aposentadoria considerados ilegais pelo Tribunal em decorrência da não recepção da Lei Complementar nº 51, de 1985, inclusive os julgados há mais de cinco anos, sejam revistos de ofício, podendo ser considerados legais por meio de relação dos relatores originários, ainda que contenham pareceres divergentes e/ou propostas de ilegalidade.

(Acórdão 379/2009 – Plenário, Ata 09, TC 010.598/2006-6, Relator Ministro Aroldo Cedraz, Sessão 11/3/2009, DOU 13/3/2009)

AGRAVO. IRREGULARIDADES NA ÁREA DE LICITAÇÃO JUSTIFICADORAS DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE PROPRIEDADE DOS EQUIPAMENTOS. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DA EQUIPE TÉCNICA. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO DE ENCARGOS SOCIAIS. ITENS CARACTERIZADORES DE IRREGULARIDADES. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

O Plenário do Tribunal de Contas da União, ao examinar agravo interposto contra despacho concessivo de medida cautelar, *inaudita altera pars*, por meio do qual foi determinada a não execução de contrato, manifestou-se no tocante a várias irregularidades que motivaram a concessão da referida cautelar. Questões como a exigência de certificação como requisito de habilitação, comprovação de propriedade de equipamentos e de vínculo empregatício da equipe técnica e a fixação de percentual mínimo de encargos sociais foram alguns dos temas abordados pelo julgado. Inicialmente, destacou-se o posicionamento do TCU quanto à ilegalidade da exigência de apresentação de certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, somente sendo aceita sua previsão no edital como critério de pontuação técnica. A exigência editalícia, para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, de comprovação de propriedade dos equipamentos a serem utilizados na obra, bem como das suas localizações prévias, também é considerada ilegal pelo TCU, uma vez que o § 6º do artigo 30 da Lei nº 8.666/93 somente prevê a apresentação de relação explícita e declaração formal de disponibilidade, quanto às exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, consideradas essenciais para o cumprimento do objeto da licitação. Além disso, o TCU considera excessiva e limitadora da participação dos interessados no certame, a exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com profissional técnico qualificado, uma vez que o essencial para a Administração é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. Quanto à fixação de percentual mínimo de encargos sociais, entendeu o TCU que a Lei de Licitações veda a adoção de limites mínimos de valor para componentes de preço, o que

implica na vedação à fixação desse percentual mínimo. Entendeu o TCU que a previsão de percentual mínimo para os encargos sociais, apesar da objetividade pretendida, fere o princípio da legalidade e contribui para a restrição do caráter competitivo do certame.

(Acórdão 381/2009 – Plenário, Ata 09, TC 032.875/2008-0, Relator Ministro Benjamin Zymler, Sessão 11/03/2009, DOU 13/03/2009)

CONSULTA. CONHECIMENTO. APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003, EM FACE DOS TERMOS DO ART. 3º DA LEI N. 10.887/2004.

É AUTO-APLICÁVEL O TETO REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO PELO ART. 37, INCISO XI, DA CARTA MAGNA, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003, NÃO SENDO CONTIDO PELO DISPOSTO NO ART. 3º DA LEI N. 10.887/2004.

O Plenário do Tribunal de Contas da União, ao examinar consulta formulada pelo então Ministro-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Exmo. Sr. Vantuil Abdala, por intermédio da qual foi questionada a aplicabilidade do art. 37, XI, da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, em face dos termos do art. 3º da Lei n. 10.887/2004, firmou o entendimento no sentido de que o teto de remunerações e subsídios previsto pelo art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, é auto-aplicável, não carecendo de regulamentação em face da previsão de instituição de sistema integrado de dados a que alude o art. 3º da Lei n. 10.887/2004.

(Acórdão 463/2009 – Plenário, Ata 10, TC 020.132/2005-8, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, Sessão 18/3/2009, DOU 23/3/2009)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA. LIMITE DE ATUAÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO DE CONTROLE. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO.

O Tribunal de Contas da União, ao examinar embargos de declaração interposto contra deliberação proferida em julgamento de concessão de ato de aposentadoria, delimitou o limite de sua atuação como órgão de controle, nesse tipo de processo. Ali se busca, especificamente, examinar a legalidade do ato de concessão de aposentadoria. De modo geral, não é função do TCU determinar, ao órgão ou à entidade, as ações decorrentes de negativa de registro, a menos que os comandos estejam relacionados à interrupção dos pagamentos ou à devolução dos valores indevidamente recebidos. Todavia, destacou que isso não impede que o TCU inclua, em suas deliberações, esclarecimentos com o intuito de orientar ou alertar a unidade jurisdicionada ou o interessado. Ainda tendo em vista o balizamento das competências do TCU, a natureza desse tipo de feito não permite, de modo geral, a inserção de determinações quanto à situação jurídica futura do interessado. A apreciação da legalidade da concessão não dá margem a estabelecer, por exemplo, se o servidor está vinculado novamente ao cargo efetivo. Essa questão é de competência exclusiva da unidade jurisdicionada.

(Acórdão 1547/2009 – 1ª Câmara, Ata 10, TC 019.318/2007-3, Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça, Sessão 07/04/2009, DOU 09/04/2009)

## Índice de Assunto

### A

#### **Acordo de cooperação**

*TCU define regras para troca de informações em ações de controle*

Revista 114/2009, 111

#### **Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**

*ANS deixa de cobrar R\$ 3,8 bilhões de planos de saúde*

Revista 114/2009, 114

#### **Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**

*TCU determina licitação de transporte rodoviário*

Revista 114/2009, 110

#### **Aposentadoria**

*Tempo de atividade rural: STF consolida entendimento do TCU*

Revista 114/2009, 110

#### **Aposentadoria - Concessão**

*Acórdão 1547/2009*

Embargos de declaração. Aposentadoria. Limite de atuação do TCU como órgão de controle.

Conhecimento. Negado provimento.

Revista 114/2009, 119

#### **Aposentadoria especial - Lei complementar 51/1985**

*Acórdão 379/2009*

Pessoal. Incidente de uniformização de jurisprudência. Lei complementar 51/1985. Aposentadoria especial de policial federal aos 30 anos de serviço e com o exercício mínimo de 20 anos em cargo de natureza estritamente policial. Norma recepcionada pela EC nº 20/1998.

Revista 114/2009, 118

#### **Arrecadação tributária**

*Direito tributário e controle social*

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg

Revista 114/2009, 45

#### **Auditoria de performance**

*Auditoria de Performance Value for Money (VFM)*

SANTOS, André Jacintho dos

Revista 114/2009, 35

### B

#### **Benefício de Prestação Continuada (BPC)**

*TCU aponta falhas em benefício para idosos e deficientes*

Revista 114/2009, 113

#### **Bolsa de estudo**

*TCU constata falhas no ProUni e Fies*

Revista 114/2009, 112

### C

#### **Cidadania**

*Direito tributário e controle social*

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg

Revista 114/2009, 45

#### **Contratação de obras e serviços - Recebimento**

*Recebimento de obras e serviços de engenharia*

NEVES, Marcelo

Revista 114/2009, 95

#### **Contratação direta**

*O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da lei 8.666/93*

ACUNHA, Fernando Gonçalves

Revista 114/2009, 63

#### **Contrato administrativo - Alteração**

*Alterações do contrato administrativo: rejeição das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados*

DOTTI, Marinês Restelatto

JÚNIOR, Jessé Torres Pereira

Revista 114/2009, 77

#### **Contrato administrativo - Fiscalização**

*Fiscalização contratual: "Calcanhar de Aquiles" da execução dos contratos administrativos*

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de

Revista 114/2009, 53

**Contrato de trabalho***Acórdão 165/2009*

Representação. Supostas irregularidades verificadas em concorrência quanto a requisitos de qualificação técnica. Procedência parcial. Revogação da medida cautelar anteriormente adotada. Determinações. Arquivamento.

Revista 114/2009, 116

**Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Combustível (CIDE)***TCU define participação de estados, municípios e DF na Cide-Combustíveis*

Revista 114/2009, 109

**Contribuição previdenciária - atividade rural***Tempo de atividade rural: STF consolida entendimento do TCU*

Revista 114/2009, 110

**Controle social***Direito tributário e controle social*

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg

Revista 114/2009, 45

**Copa do Mundo de Futebol (2014)***TCU é convidado a participar de projeto da Câmara para a Copa 2014*

Revista 114/2009, 112

**Corrupção***A Ética na Política*

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes

Revista 114/2009, 25

**Corrupção - Combate***Rede de Controle vai fortalecer combate à corrupção*

Revista 114/2009, 111

**D****Declaração de inidoneidade***Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas*

MENEZES, Alex Pereira de

Revista 114/2009, 7

**Deficiente***TCU aponta falhas em benefício para idosos e deficientes*

Revista 114/2009, 113

**Despesa orçamentária - Liquidação***Fiscalização contratual: "Calcanhar de Aquiles" da execução dos contratos administrativos*

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de

Revista 114/2009, 53

**Direito tributário***Direito tributário e controle social*

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg

Revista 114/2009, 45

**Dispensa de licitação***O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da lei 8.666/93*

ACUNHA, Fernando Gonçalves

Revista 114/2009, 63

**E****Emenda Constitucional nº 41/2003***Acórdão 463/2009*

Consulta. Conhecimento. Aplicabilidade do disposto no Art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, em face dos termos do Art. 3º da lei nº 10.887/2004.

Revista 114/2009, 119

**Encargo social***Acórdão 381/2009*

Agravo. Irregularidades na área de licitação justificadoras da concessão de medida cautelar. Exigência de certificação como requisito de habilitação. Comprovação de propriedade dos equipamentos. comprovação de vínculo empregatício da equipe técnica. Fixação de percentual mínimo de encargos sociais. Itens caracterizadores de irregularidades. Negativa de provimento.

Revista 114/2009, 118

**Encargo social - Responsabilidade***Fiscalização contratual: "Calcanhar de Aquiles" da execução dos contratos administrativos*

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de

Revista 114/2009, 53

**Energia elétrica***Atuação do TCU gera benefício de R\$ 31,9 bi em 2008*

Revista 114/2009, 115

**Energia elétrica - Geração - Competição***Assimetria de informação, competição e leilões de energia*

FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de

Revista 114/2009, 15

**Energia elétrica - Leilão***Assimetria de informação, competição e leilões de energia*

FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de

Revista 114/2009, 15

**Energia elétrica - Regulação**

*Assimetria de informação, competição e leilões de energia*

FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de  
Revista 114/2009, 15

**Ensino superior**

*Governo cria grupo de trabalho para melhorar ensino superior*

Revista 114/2009, 109

**Ética política**

*A Ética na Política*

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes  
Revista 114/2009, 25

**Execução de contrato - Controle**

*Recebimento de obras e serviços de engenharia*

NEVES, Marcelo  
Revista 114/2009, 95

**F****Filosofia política**

*A Ética na Política*

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes  
Revista 114/2009, 25

**Fundação de apoio**

*Governo cria grupo de trabalho para melhorar ensino superior*

Revista 114/2009, 109

**Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**

*Acórdão 95/2009*

Contestação. Coeficiente de participação no FPM. Solicitação de revisão de cálculo. Competência exclusiva do IBGE para apuração da renda per capita das unidades da federação.

Revista 114/2009, 116

**Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES)**

*TCU constata falhas no ProUni e Fies*

Revista 114/2009, 112

**Fundo de Participação dos Municípios (FPM) - Coeficiente de participação**

*Acórdão 95/2009*

Contestação. Coeficiente de participação no FPM. Solicitação de revisão de cálculo. Competência exclusiva do IBGE para apuração da renda per capita das unidades da federação.

Revista 114/2009, 116

**G****Gestão pública - Controle**

*Rede de Controle vai fortalecer combate à corrupção*

Revista 114/2009, 111

*TCU define regras para troca de informações em ações de controle*

Revista 114/2009, 111

**Gestão pública - Resultado**

*Alterações do contrato administrativo: reeleitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados*

DOTTI, Marinês Restelatto  
JÚNIOR, Jessé Torres Pereira  
Revista 114/2009, 77

**I****Idoso**

*TCU aponta falhas em benefício para idosos e deficientes*

Revista 114/2009, 113

**Inexigibilidade de licitação**

*O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da lei 8.666/93*

ACUNHA, Fernando Gonçalves  
Revista 114/2009, 63

**Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS)**

*TCU aponta falhas em benefício para idosos e deficientes*

Revista 114/2009, 113

**Intercâmbio de informação**

*TCU define regras para troca de informações em ações de controle*

Revista 114/2009, 111

**Interpretação dos contratos**

*O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da lei 8.666/93*

ACUNHA, Fernando Gonçalves  
Revista 114/2009, 63

**Isenção fiscal**

*TCU constata falhas no ProUni e Fies*

Revista 114/2009, 112

## J

**Justiça fiscal***Direito tributário e controle social*

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg

Revista 114/2009, 45

## L

**Licitação - Crime***O Efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?*

MUKAI, Toshio

Revista 114/2009, 103

**Licitação - Qualificação técnica***Acórdão 165/2009*

Representação. Supostas irregularidades verificadas em concorrência quanto a requisitos de qualificação técnica. Procedência parcial. Revogação da medida cautelar anteriormente adotada. Determinações. Arquivamento.

Revista 114/2009, 116

*Acórdão 381/2009*

Agravo. Irregularidades na área de licitação justificadoras da concessão de medida cautelar. Exigência de certificação como requisito de habilitação. Comprovação de propriedade dos equipamentos. comprovação de vínculo empregatício da equipe técnica. Fixação de percentual mínimo de encargos sociais. Itens caracterizadores de irregularidades. Negativa de provimento.

Revista 114/2009, 118

**Licitação - Sanção - Punição***Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas*

MENEZES, Alex Pereira de

Revista 114/2009, 7

## M

**Município - Renda per capita***Acórdão 95/2009*

Contestação. Coeficiente de participação no FPM. Solicitação de revisão de cálculo. Competência exclusiva do IBGE para apuração da renda per capita das unidades da federação.

Revista 114/2009, 116

## O

**Orçamento público***Direito tributário e controle social*

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg

Revista 114/2009, 45

## P

**Participação - Estado - Município - DF***TCU define participação de estados, municípios e DF na Cide-Combustíveis*

Revista 114/2009, 109

**Plano de saúde***ANS deixa de cobrar R\$ 3,8 bilhões de planos de saúde*

Revista 114/2009, 114

**Pregão***Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas*

MENEZES, Alex Pereira de

Revista 114/2009, 7

**Prestação de serviços públicos***Assimetria de informação, competição e leilões de energia*

FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de

Revista 114/2009, 15

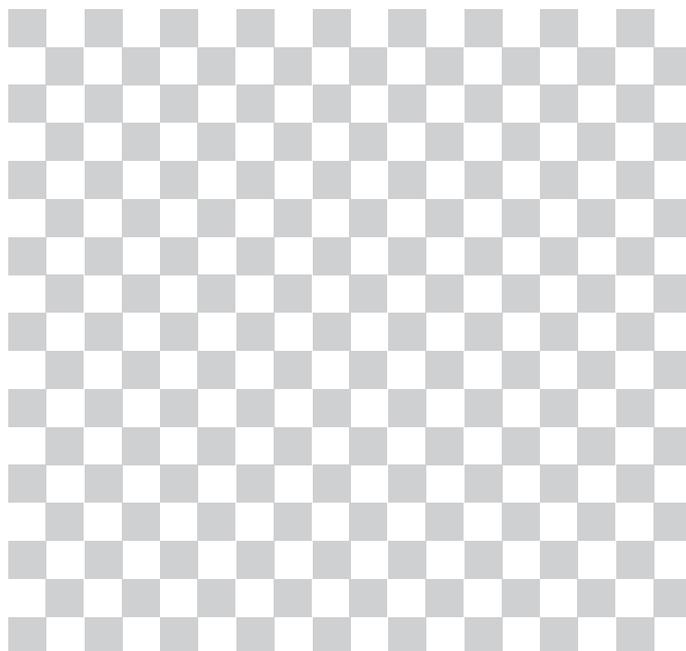
*Auditoria de Performance Value for Money (VFM)*

SANTOS, André Jacintho dos

Revista 114/2009, 35

**Programa Universidade para Todos (PROUNI)***TCU constata falbas no ProUni e Fies*

Revista 114/2009, 112



## R

**Recursos públicos**

*TCU é convidado a participar de projeto da Câmara para a Copa 2014*

Revista 114/2009, 112

**Recursos públicos - Economia**

*Manifestações dos cidadãos geram economia de R\$ 74 milhões aos cofres públicos*

Revista 114/2009, 114

*Atuação do TCU gera benefício de R\$ 31,9 bi em 2008*

Revista 114/2009, 115

**Registro de preços**

*O Efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?*

MUKAI, Toshio

Revista 114/2009, 103

**Remuneração**

*Acórdão 463/2009*

Consulta. Conhecimento. Aplicabilidade do disposto no Art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, em face dos termos do Art. 3º da lei nº 10.887/2004.

Revista 114/2009, 119

**Renda familiar**

*TCU constata falhas no ProUni e Fies*

Revista 114/2009, 112

**Reserva legal**

*Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas*

MENEZES, Alex Pereira de

Revista 114/2009, 7

**Responsabilidade social**

*Direito tributário e controle social*

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg

Revista 114/2009, 45

## S

**Serviço público - Gestão de riscos**

*Alterações do contrato administrativo: reeleitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados*

DOTTI, Marinês Restelatto

JÚNIOR, Jessé Torres Pereira

Revista 114/2009, 77

**Setor elétrico - Informação assimétrica**

*Assimetria de informação, competição e leilões de energia*

FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de

Revista 114/2009, 15

**Sistema Único de Saúde (SUS) - Ressarcimento**

*ANS deixa de cobrar R\$ 3,8 bilhões de planos de saúde*

Revista 114/2009, 114

**Subcontratação**

*Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos*

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de

Revista 114/2009, 53

**Suspensão temporária**

*Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas*

MENEZES, Alex Pereira de

Revista 114/2009, 7

## T

**TCU - Competência***Acórdão 1547/2009*

Embargos de declaração. Aposentadoria. Limite de atuação do Tcu como órgão de controle.

Conhecimento. Negado provimento.

Revista 114/2009, 119

**TCU - Fiscalização***Manifestações dos cidadãos geram economia de R\$ 74 milhões aos cofres públicos*

Revista 114/2009, 114

*Atuação do TCU gera benefício de R\$ 31,9 bi em 2008*

Revista 114/2009, 115

**TCU - Ouvidoria - Sociedade***Manifestações dos cidadãos geram economia de R\$ 74 milhões aos cofres públicos*

Revista 114/2009, 114

**Terceirização***Fiscalização contratual: "Calcanhar de Aquiles" da execução dos contratos administrativos*

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de

Revista 114/2009, 53

**Transferência de recursos***Governo cria grupo de trabalho para melhorar ensino superior*

Revista 114/2009, 109

**Transferência de recursos - Assistência social***TCU aponta falhas em benefício para idosos e deficientes*

Revista 114/2009, 113

**Transporte rodoviário***Atuação do TCU gera benefício de R\$ 31,9 bi em 2008*

Revista 114/2009, 115

**Transporte rodoviário - Licitação***TCU determina licitação de transporte rodoviário*

Revista 114/2009, 110

## U

**Universidade federal***Governo cria grupo de trabalho para melhorar ensino superior*

Revista 114/2009, 109

## V

**Value for Money (VFM)***Auditoria de Performance Value for Money (VFM)*

SANTOS, André Jacintho dos

Revista 114/2009, 35

**Vínculo empregatício***Acórdão 165/2009*

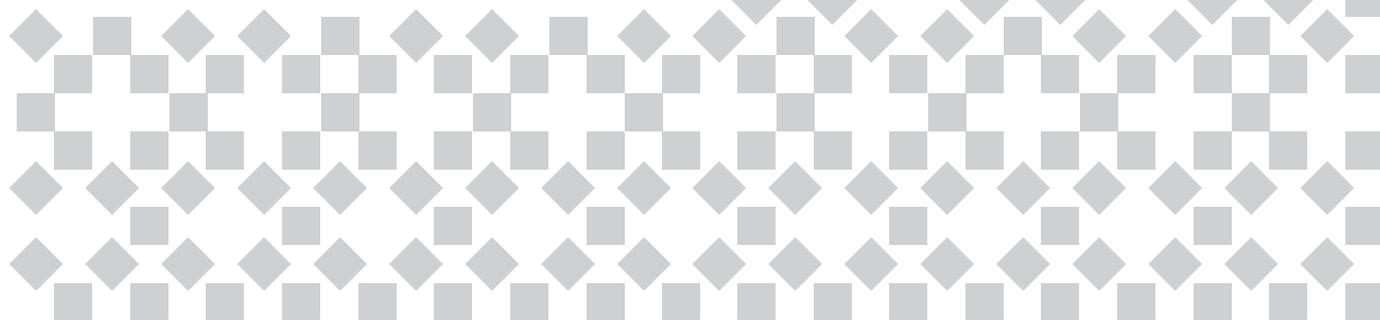
Representação. Supostas irregularidades verificadas em concorrência quanto a requisitos de qualificação técnica. Procedência parcial. Revogação da medida cautelar anteriormente adotada. Determinações. Arquivamento.

Revista 114/2009, 116

*Acórdão 381/2009*

Agravo. Irregularidades na área de licitação justificadoras da concessão de medida cautelar. Exigência de certificação como requisito de habilitação. Comprovação de propriedade dos equipamentos. comprovação de vínculo empregatício da equipe técnica. Fixação de percentual mínimo de encargos sociais. Itens caracterizadores de irregularidades. Negativa de provimento.

Revista 114/2009, 118



## Índice de Autor

## A

**ACUNHA, Fernando Gonçalves**

*O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da lei 8.666/93*

Revista 114/2009, 63

**ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de**

*Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos*

Revista 114/2009, 53

## B

**BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg**

*Direito tributário e controle social*

Revista 114/2009, 45

**BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes**

*A Ética na Política*

Revista 114/2009, 25

## D

**DOTTI, Marinês Restelatto**

*Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos,...*

Revista 114/2009, 77

## F

**FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de**

*Assimetria de informação, competição e leilões de energia*

Revista 114/2009, 15

## J

**JÚNIOR, Jessé Torres Pereira**

*Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos,...*

Revista 114/2009, 77

## M

**MENEZES, Alex Pereira de**

*Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas*

Revista 114/2009, 7

**MUKAI, Toshio**

*O Efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?*

Revista 114/2009, 103

## N

**NEVES, Marcelo**

*Recebimento de obras e serviços de engenharia*

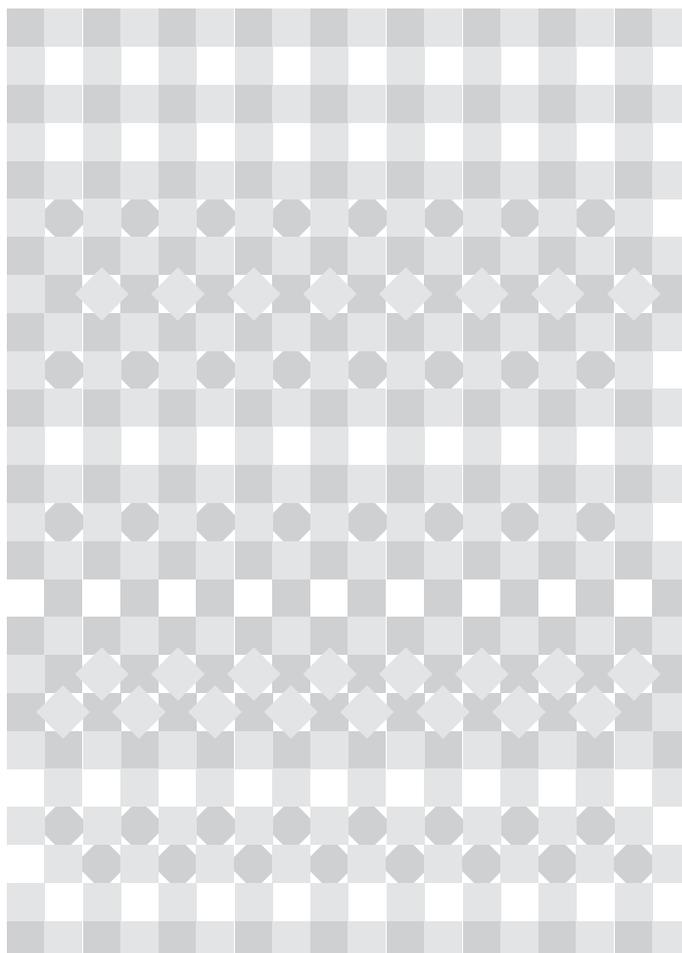
Revista 114/2009, 95

## S

**SANTOS, André Jacintho dos**

*Auditoria de Performance Value for Money (VFM)*

Revista 114/2009, 35



# Endereços do TCU

## **Distrito Federal**

Telefone: (61) 3316-5338  
Fax: (61) 3316-5339  
E-mail: segepres@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria-Geral da Presidência  
Setor de Administração Federal Sul, Quadra 04, Lote 01  
Edifício-Sede, Sala 153  
CEP: 70042-900, Brasília – DF

## **Acre**

Telefones: (68) 3224-1052/ 3224-1053/ 3224-1071  
Fax: (68) 3224-1052 – Ramal 205  
E-mail: secex-ac@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre  
Rua Guiomard Santos, 353 – Bosque  
CEP: 69909-370, Rio Branco – AC

## **Alagoas**

Telefone: (82) 3221-5686  
Telefax: (82) 3336-4799/ 3336-4788  
E-mail: secex-al@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria de Controle Externo no Estado de Alagoas  
Avenida Assis Chateaubriand,  
nº 4.118 – Trapiche da Barra  
CEP: 57010-070, Maceió – AL

## **Amapá**

Telefones: (96) 3223-7730/ 3223-7733  
Telefax: (96) 3223-0370  
E-mail: secex-ap@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria de Controle Externo no Estado do Amapá  
Rua Cândido Mendes, nº 501 – Centro  
CEP: 68906-260, Macapá – AP

## **Amazonas**

Telefones: (92) 3622-2692/ 3622-8169  
Telefax: (92) 3622-1576  
E-mail: secex-am@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria de Controle Externo no  
Estado do Amazonas  
Avenida Joaquim Nabuco, nº 1.193 – Centro  
CEP: 69020-030, Manaus – AM

## **Bahia**

Telefone: (71) 3341-1966  
Fax: (71) 3341-1955  
E-mail: secex-ba@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia  
Avenida Tancredo Neves, nº 2.242 – STIEP  
CEP: 41820-020, Salvador – BA

## **Ceará**

Telefone: (85) 4008-8355  
Fax: (85) 4008-8385  
E-mail: secex-ce@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará  
Av. Valmir Pontes, nº 900 – Edson Queiroz  
CEP: 60812-020, Fortaleza – CE

## **Espírito Santo**

Telefone: (27) 3324-3955  
Fax: (27) 3324-3966  
E-mail: secex-es@tcu.gov.br  
Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
Secretaria de Controle Externo no  
Estado do Espírito Santo  
Rua Luiz Gonzalez Alvarado, s/ nº – Enseada do Suá  
CEP: 29050-380, Vitória – ES

**Goiás**

Telefone: (62) 3255-9233  
 Fax: (62) 3255-3922  
 E-mail: [secex-go@tcu.gov.br](mailto:secex-go@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás  
 Avenida Couto Magalhães, Qd. S-30 Lt.03 nº 277  
 Setor Bela Vista  
 CEP: 74823-410, Goiânia – GO

**Maranhão**

Telefone: (98) 3232-9970  
 Fax: (98) 3232-9970 – Ramal 220  
 E-mail: [secex-ma@tcu.gov.br](mailto:secex-ma@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado do Maranhão  
 Av. Senador Vitorino Freire, nº 48 Areinha – Trecho Itaquí/Bacanga  
 CEP: 65010-650, São Luís – MA

**Mato Grosso**

Telefone: (65) 3644-2772/ 3644-8931  
 Telefax: (65) 3644-3164  
 E-mail: [secex-mt@tcu.gov.br](mailto:secex-mt@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado de Mato Grosso  
 Rua 2, Esquina com Rua C, Setor A, Quadra 4, Lote 4  
 Centro Político Administrativo (CPA)  
 CEP: 78050-970, Cuiabá – MT

**Mato Grosso do Sul**

Telefones: (67) 3382-7552/ 3382-3716/ 3383-2968  
 Fax: (67) 3321-3489  
 E-mail: [secex-ms@tcu.gov.br](mailto:secex-ms@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado de Mato Grosso do Sul  
 Rua da Paz, nº 780 – Jardim dos Estados  
 CEP: 79020-250, Campo Grande – MS

**Minas Gerais**

Telefones: (31) 3374-7277/ 3374-7239  
 Fax: (31) 3374-6893  
 E-mail: [secex-mg@tcu.gov.br](mailto:secex-mg@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado de Minas Gerais  
 Rua Campina Verde, nº 593 – Bairro Salgado Filho  
 CEP: 30550-340, Belo Horizonte – MG

**Pará**

Telefones: (91) 3226-7499/ 3226-7758/  
 3226-7955/ 3326-7966  
 Fax: (91) 3226-7966  
 E-mail: [secex-pa@tcu.gov.br](mailto:secex-pa@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado do Pará  
 Travessa Humaitá, nº 1.574 – Bairro do Marco  
 CEP: 66085-220, Belém – PA

**Paraíba**

Telefones: (83) 3208-2000/ 3208-2003/ 3208-2004  
 Fax: (83) 3208-2005  
 E-mail: [secex-pb@tcu.gov.br](mailto:secex-pb@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado da Paraíba  
 Praça Barão do Rio Branco, nº 33 – Centro  
 CEP: 58010-760, João Pessoa – PB

**Paraná**

Telefone: (41) 3218-1358  
 Telefax: (41) 3218-1350  
 E-mail: [secex-pr@tcu.gov.br](mailto:secex-pr@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná  
 Rua Dr. Faivre, nº 105 – Centro  
 CEP: 80060-140, Curitiba – PR

**Pernambuco**

Telefone: (81) 3424-8100  
 Telefax: (81) 3424-8100 – Ramal 204  
 E-mail: [secex-pe@tcu.gov.br](mailto:secex-pe@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado de Pernambuco  
 Rua Major Codeceira, nº 121 – Santo Amaro  
 CEP: 50100-070, Recife – PE

**Piauí**

Telefones: (86) 3218-1800/ 3218-2399  
 Fax: (86) 3218-1918  
 E-mail: [secex-pi@tcu.gov.br](mailto:secex-pi@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado do Piauí  
 Avenida Pedro Freitas, nº 1.904  
 Centro Administrativo  
 CEP: 64018-000, Teresina – PI

**Rio de Janeiro**

Telefones: (21) 3805-4232/ 3805-4233  
 Fax: (21) 3805-4206  
 E-mail: [secex-rj@tcu.gov.br](mailto:secex-rj@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado do Rio de Janeiro  
 Avenida Presidente Antônio Carlos, nº 375  
 Ed. do Ministério da Fazenda, 12º andar  
 Sala 1.204 – Centro  
 CEP: 20020-010, Rio de Janeiro – RJ

**Rio Grande do Norte**

Telefones: (84) 3211-2743/ 3211-8754  
 Fax: (84) 3201-6223  
 E-mail: [secex-rn@tcu.gov.br](mailto:secex-rn@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado do Rio Grande do Norte  
 Avenida Rui Barbosa, nº 909 – Tirol  
 CEP: 59015-290, Natal – RN

**Rio Grande do Sul**

Telefone: (51) 3228-0788  
 Fax: (51) 3228-0788 – Ramal 8  
 E-mail: [secex-rs@tcu.gov.br](mailto:secex-rs@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado do Rio Grande do Sul  
 Rua Caldas Júnior, nº 120  
 Ed. Banrisul 20º andar – Centro  
 CEP: 90018-900, Porto Alegre – RS

**Rondônia**

Telefones: (69) 3223-1649/ 3223-8101  
 Fax: (69) 3224-5712  
 E-mail: [secex-ro@tcu.gov.br](mailto:secex-ro@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado de Rondônia  
 Rua Afonso Pena, nº 345 – Centro  
 CEP: 76801-100, Porto Velho – RO

**Roraima**

Telefones: (95) 3623-9411/ 3623-9412  
 Telefax: (95) 3623-9414  
 E-mail: [secex-rr@tcu.gov.br](mailto:secex-rr@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado de Roraima  
 Avenida Ville Roy, nº 5.297 – São Pedro  
 CEP: 69306-665, Boa Vista – RR

**Santa Catarina**

Telefone: (48) 3952-4600  
 Fax: (48) 3224-8954  
 E-mail: [secex-sc@tcu.gov.br](mailto:secex-sc@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no  
 Estado de Santa Catarina  
 Rua São Francisco, nº 234 – Centro  
 CEP: 88015-140, Florianópolis – SC

**São Paulo**

Telefone: (11) 3145-2600/3145-2601/3145-2626  
 Fax: (11) 3145-2602  
 E-mail: [secex-sp@tcu.gov.br](mailto:secex-sp@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado de São Paulo  
 Avenida Paulista, nº 1842  
 Ed. Cetenco Plaza Torre Norte 25º andar – Centro  
 CEP: 01310-923, São Paulo – SP

**Sergipe**

Telefones: (79) 3259-2767/ 3259-2773/ 3259-3106  
 Fax: (79) 3259-3079  
 E-mail: [secex-se@tcu.gov.br](mailto:secex-se@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado de Sergipe  
 Avenida Dr. Carlos Rodrigues da Cruz, nº 1.340  
 Centro Administrativo Augusto Franco – CENAF  
 CEP: 49080-903, Aracaju – SE

**Tocantins**

Telefone: (63) 3224-7772  
 Fax: (63) 3224-6076  
 E-mail: [secex-to@tcu.gov.br](mailto:secex-to@tcu.gov.br)  
 Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU  
 Secretaria de Controle Externo no Estado do Tocantins  
 302 Norte, Av. Teotônio Segurado  
 Lote 1A – Plano Diretor Norte  
 CEP: 77001-020, Palmas – TO

# Como publicar artigos na Revista do TCU

## A REVISTA

A Revista do TCU é publicação oficial da instituição e veicula artigos técnicos com temática relativa aos Tribunais de Contas, ao Controle Externo, à Administração Pública, ao Direito Público, à Contabilidade, às Finanças e à Auditoria no âmbito do setor estatal.

## O CONSELHO EDITORIAL

O Conselho Editorial da Revista, órgão colegiado de natureza técnica e de caráter permanente, é responsável pela seleção final das matérias publicadas. O Conselho é presidido pelo Vice-Presidente do Tribunal e integrado pelo Auditor mais antigo em exercício, pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal, pelo Secretário-Geral de Controle Externo, pelo Secretário-Geral da Presidência e pelo Diretor-Geral do Instituto Serzedello Corrêa.

## A SELEÇÃO DE MATÉRIAS

O exame e seleção do material a ser publicado observa os seguintes critérios:

1. compatibilidade com a temática da Revista;
2. contribuição ao aprimoramento técnico e profissional dos servidores do TCU e ao estudo de temas de trabalho;
3. qualidade, objetividade e impessoalidade do texto produzido.

## AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO

A aprovação e publicação de trabalhos na Revista do TCU não dá aos autores o direito de percepção de qualquer retribuição pecuniária, devido à gratuidade na distribuição do periódico, resguardados os direitos autorais na forma da Lei.

Cada autor receberá cinco exemplares do número da revista no qual seu trabalho tenha sido publicado.

## RESPONSABILIDADE INTELECTUAL

Os textos aprovados são publicados sem alteração de conteúdo. Os conceitos e opiniões emitidas em

trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Os trabalhos publicados poderão ser divulgados em outros lugares desde que citada a Revista do TCU, ano, número e data de publicação.

## COMO ENVIAR CONTRIBUIÇÕES

Os interessados em publicar artigos na revista do TCU devem encaminhar o texto para o seguinte e-mail: revista@tcu.gov.br, com as seguintes especificações:

### QUANTO À FORMATAÇÃO

1. Formato do programa Microsoft Word.
2. Fonte Times New Roman - tamanho 11.
3. Títulos e subtítulos em negrito.
4. Primeira linha dos parágrafos com 1 cm de recuo e com alinhamento justificado.
5. Espaçamento simples entre as linhas.
6. Evitar linhas em branco entre os parágrafos.
7. Formato da página: A4 (21x29,7 cm)
8. Todas as margens com 2 cm.
9. Máximo de 7 (sete) páginas (desconsideradas as referências bibliográficas).
10. Todo destaque que se deseje fazer no texto deverá ser feito com o uso de negrito. O uso do itálico se restringe ao uso de palavras que não pertençam à língua portuguesa.

### QUANTO À IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR

1. Incluir currículo resumido no artigo com máximo de cinco linhas, no seguinte padrão:

Fulano de Tal é servidor do Tribunal de Contas da União, graduado em Administração pela Universidade de Brasília (UnB) e mestre em Administração Pública pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

2. Informar endereço de correspondência para envio de exemplares da edição da Revista em que for publicado o artigo.

## QUANTO AO CONTEÚDO

Os textos deverão apresentar linguagem adequada à norma culta da língua portuguesa.

Sugere-se que seja evitado o uso excessivo de notas de rodapé e citações.

## QUANTO ÀS CITAÇÕES

As citações deverão ser feitas de acordo com a versão mais atual da NBR 10520, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

As informações oriundas de comunicação pessoal, trabalhos em andamentos ou não publicados devem ser indicados exclusivamente em nota de rodapé da página onde forem citados;

As citações deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e suas fontes deverão constar no próprio corpo do texto, conforme os exemplos abaixo.

### CITAÇÃO DIRETA

Segundo Barbosa (2007, p. 125), “entende-se que ...” , ou “Entende-se que ...” (BARBOSA, 2007, p. 125).

#### Citação indireta

A teoria da ... (Cf. BARBOSA, 2007, p. 125), ou,  
A teoria da ... (BARBOSA, 2007, p. 125).

As citações de diversos documentos de um mesmo autor, publicados num mesmo ano, são distinguidas pelo acréscimo de letras minúsculas, após a data e sem espaçamento, conforme a ordem alfabética da lista de referências.

Segundo Barbosa (2007a, p. 125), ...  
(BARBOSA, 2007b, p. 94).

## QUANTO ÀS REFERÊNCIAS

Ao final, o texto deverá conter lista de referências completas dos documentos utilizados pelo autor para seu embasamento teórico.

Somente deverão ser citados na lista de referências trabalhos editados ou disponíveis para acesso público.

As referências deverão ser elaboradas de acordo com a versão mais atual da NBR 6023 da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda.

As obras poderão ser referenciadas em parte ou no todo, em formato impresso ou digital, conforme os exemplos abaixo.



BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

## PARTE DE MONOGRAFIA

QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. A importância da dimensão ambiental nas contas públicas: alguns temas para análise no Tribunal de Contas de Santa Catarina . In: CONCURSO de Monografia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 1, 2006 , Florianópolis. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina : contas públicas : transparência, controle social e cidadania. Florianópolis : TCE, 2006. p. 73-147

## ARTIGO OU MATÉRIA DE REVISTA, BOLETIM ETC.

CUNHA, Jatir Batista da. Legitimação ativa para exigir quitação. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v.31, n.83, p.19-21, jan./mar. 2000.

## TRABALHO APRESENTADO EM EVENTO

Conflito de interesses: como identificar e prevenir. In: ENCONTRO DE REPRESENTANTES SETORIAIS DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA, 5., 2004, BRASÍLIA. *Ética na gestão*. Brasília : ESAF, 2004. p. 93-104

CABRAL, Analúcia Mota Vianna. Estudo de modelo de eficácia da gestão de obras públicas municipais. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, VII, 2002, Brasília. Disponível em: <[http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/CLASSIFICACAO/OBRAS\\_PUBLICAS/ANAIS\\_DO\\_VII\\_SIMPOSIO\\_NACIONAL.PDF](http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/CLASSIFICACAO/OBRAS_PUBLICAS/ANAIS_DO_VII_SIMPOSIO_NACIONAL.PDF)> Acesso em: 23 de março de 2006.

BUENO, H. *Utilização da sala de situação de saúde no Distrito Federal*. Brasília. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde), Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2003.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei nº 11.474 , de 15 de maio de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Ano 144, nº 93, 16 maio 2007. Seção I, p.1.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 8 maio 2006.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 016/2002-TCU-Plenário*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. *Diário Oficial de União*, 15 de fev. 2002.

# REVISTA DO TCU

## FUNDADOR

Ministro Iberê Gilson

## SUPERVISOR

Ministro Benjamin Zymler

## CONSELHO EDITORIAL

Auditor Augusto Sherman Cavalcanti  
Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado  
Ana Cláudia Messias de Lima Martins  
Paulo Roberto Wiechers Martins  
Luciano Carlos Batista

## RESPONSABILIDADE EDITORIAL

Instituto Serzedello Corrêa  
Centro de Documentação  
Editora do TCU

## COLABORADORES

Secretaria das Sessões  
Assessoria de Comunicação Social  
Biblioteca Ministro Ruben Rosa

## DIAGRAMAÇÃO

Cláudio Holanda  
Pablo Frioli

## CAPA

Bianca Novais Queiroz

## EDITORIA DO TCU

SAFS Quadra 4 Lote 1  
Edifício-Sede, Sala 51  
Brasília-DF 70.042-900  
(61) 3316-5081/7929  
[revista@tcu.gov.br](mailto:revista@tcu.gov.br)

Impresso pela Sesap/Segedam

# Compromisso com a Administração e a Gestão Pública

