

QUESTIONÁRIO
REFERENTE ÀS DISPOSIÇÕES DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA
CONTRA A CORRUPÇÃO SELECIONADAS NA SEGUNDA RODADA E AO
ACOMPANHAMENTO DAS RECOMENDAÇÕES FORMULADAS NA
PRIMEIRA RODADA

INTRODUÇÃO

O Documento de Buenos Aires e o Regulamento e Normas de Procedimento da Comissão de Peritos do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (doravante denominados, conforme seja o caso, *Documento de Buenos Aires*, *Regulamento*, *Comissão*, *Mecanismo* e *Convenção*) dispõem que a Comissão deverá aprovar o questionário sobre as disposições selecionadas para análise em cada rodada.

No âmbito de sua oitava reunião, realizada de 26 a 30 de setembro de 2005, a Comissão decidiu que, no decorrer da Segunda Rodada, analisará a implementação pelos Estados Partes das seguintes disposições da Convenção: artigo III, parágrafos 5 e 8, e artigo VI.

O artigo 29 do Regulamento dispõe em seu primeiro parágrafo que “ao iniciar-se uma nova rodada, o questionário deverá incluir uma seção de ‘Acompanhamento de Recomendações’ que possibilite analisar o andamento da implementação das recomendações formuladas em seu relatório nacional em rodadas anteriores” e que “para esse efeito cada Estado Parte deverá apresentar a informação respectiva no formato padrão que será proporcionado pela Comissão como anexo do questionário”. Dispõe também o citado artigo, em seu segundo parágrafo, que “com relação à implementação das recomendações o Estado Parte se referirá às eventuais dificuldades observadas em seu cumprimento” e que “caso considere conveniente, o Estado Parte também poderá determinar que organismos internos participaram da implementação das recomendações e definir necessidades específicas de assistência técnica ou de outra natureza vinculadas à implementação das recomendações”.

Levando em conta o acima exposto, constam deste documento as perguntas que constituem o questionário aprovado pela Comissão.

As respostas ao questionário serão analisadas de acordo com a metodologia adotada pela Comissão, que figura como anexo e também se acha publicada na página da OEA na Internet, no endereço www.oas.org/juridico/portuguese/segu_metod.htm

Em conformidade com o disposto no artigo 21 do Regulamento, o Estado Parte deverá encaminhar a resposta ao questionário por intermédio de sua Missão Permanente junto à OEA, em versão eletrônica, acompanhada dos respectivos documentos de apoio, no prazo fixado pela Comissão.

Para os efeitos acima, o correio eletrônico da Secretaria-Geral da OEA, para o qual deverá ser enviada a referida resposta e poderão ser dirigidas as consultas para esclarecimento das dúvidas que surjam, é o seguinte: lazevedo@oas.org.

Deve-se levar em conta que a Comissão fixou como prazo máximo para o envio da resposta o dia 22 de maio de 2008 e acordou recomendar que seu conteúdo não se estenda por mais de 30 (trinta) páginas.

APRESENTAÇÃO:

O presente estudo¹ tem por objetivo analisar a conformidade da legislação e do ambiente institucional brasileiro com os artigos III, parágrafo 5 e 8; e VI da Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA.

O Brasil estrutura-se como uma federação e possui um sistema de governo republicano presidencialista, contemplando os mecanismos constitucionais que caracterizam as democracias contemporâneas. O sistema federativo divide política e administrativamente o país em 26 estados, um distrito federal e 5.564 municípios². O chefe de Estado e de Governo, eleito pelos cidadãos, tem mandato de 4 anos e pode ter uma reeleição subsequente. 513 deputados federais atuam na Câmara dos Deputados e 81 senadores, três eleitos em cada estado, pertencem ao Senado Federal. A Constituição Brasileira de 1988 divide o poder do país em três: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si, o que significa que, apesar de sua independência, eles têm o dever de controlar uns aos outros, para que haja o equilíbrio. A complexidade do Estado brasileiro reflete na descentralização administrativa e na divisão de competências que na maioria das vezes dificultam o combate à corrupção e a obtenção de dados estatísticos sobre os mecanismos implantados para ampliar a transparência e controle dos gastos públicos. Um aspecto que tem representado impedimento à responsabilização dos agentes públicos envolvidos em atos de corrupção são as regras do sistema judiciário que atribuem a competência de julgamento dos processos ora à justiça federal, ora à estadual. Outro fator estrutural que dificulta a fiscalização da corrupção no Brasil é a quantidade de municípios, todos com estrutura administrativa e financeira autônoma.

¹O presente trabalho foi desenvolvido em parceria com a ONG Movimento Voto Consciente (<http://www.votoconsciente.org.br/index.php>). Equipe de Trabalho: Coordenação Geral: Dra. Rita de Cássia Biazon; Pesquisador do Movimento Voto Consciente: Ms. Sérgio Praça; Consultores jurídicos: Dr. Fernando Menezes e Ms. Carolina Mota.

² Censo IBGE, 2007, disponível em www.ibge.gov.br.

SECÃO I

PERGUNTAS REFERENTES À IMPLEMENTAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA CONVENÇÃO SELECIONADAS PARA SEREM ANALISADAS NA SEGUNDA RODADA

CAPÍTULO PRIMEIRO

SISTEMAS PARA A CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E PARA A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS POR PARTE DO ESTADO (ARTIGO III, PARÁGRAFO 5, DA CONVENÇÃO)

1. Sistemas para a contratação de funcionários públicos

Há em seu país normas e/ou outras medidas que estabeleçam sistemas para a contratação de funcionários públicos? Em caso afirmativo, descreva, sucintamente, os principais sistemas, salientando suas **características** e **princípios**, relacione as **disposições** e **documentos** em que estejam previstos e deles anexe cópia.

Descreva também como os sistemas acima asseguram em seu país a divulgação, equidade e eficiência.

Com relação ao exposto, refira-se, entre outros aspectos, aos seguintes:

- i. Autoridades dirigentes ou administradoras do sistema e mecanismos de controle.
- ii. Acesso ao serviço público por meio do sistema baseado no mérito.
- iii. Divulgação da seleção de servidores públicos, salientando os requisitos para a referida seleção.
- iv. Recursos de impugnação previstos para os sistemas de seleção.
- v. Exceções pertinentes com relação aos aspectos acima.

Resposta 01. Sistemas para a contratação de funcionários públicos.

a) Introdução

No Brasil, a contratação de funcionários públicos deve observar um conjunto de princípios estabelecidos na **Constituição federal de 1988**, entre os quais se encontram os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como **normas infra-constitucionais** que disciplinam a matéria de forma específica.

Para atender a esses princípios e normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, o ingresso nas carreiras da administração pública brasileira, constituídas por **cargos e empregos públicos**, deve observar como regra geral a realização de **concurso público** de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Cumpra mencionar que a estrutura de pessoal no âmbito da administração pública brasileira também conta com **cargos em comissão**, considerados de livre nomeação e exoneração. Tais cargos destinam-se a pessoas de confiança das autoridades para exercerem

atribuições de direção, chefia e assessoramento e são ocupados de forma transitória. Por essa razão, a investidura nesses cargos não requer a realização de prévio concurso público, ocorrendo por iniciativa da autoridade competente para preenchê-los e que também pode exonerar seus titulares *ad nutum* (livremente).

A Constituição federal faz ainda referência a **funções de confiança**³. Assim como os cargos em comissão, as funções de confiança destinam-se a atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo exercidas por pessoa da confiança da autoridade com competência para seu preenchimento. Entretanto, essas funções devem ser obrigatoriamente preenchidas por titular de cargo efetivo, isto é, por servidor já pertencente ao quadro administrativo, evitando-se com isso o seu preenchimento por pessoas estranhas ao serviço público.

Mais recentemente, o poder público vem utilizando o instituto da **terceirização**, sob a forma de contratos de prestação de serviços que possibilitam o fornecimento de mão-de-obra. A terceirização no âmbito da administração pública, entretanto, limita-se a atividades-meio, por exemplo, serviços de vigilância, conservação e limpeza.

Entretanto, ressalte-se que a realização de **concurso público** para o preenchimento do **quadro de cargos e empregos permanentes**, qualquer que seja o tipo de atividade exercida, corresponde à **regra geral aplicável** a todas as entidades da administração pública pertencentes às esferas de governo da União, Estados e Municípios.

b) Princípios e normas constitucionais que norteiam a contratação de pessoal pelo poder público no Brasil

Em relação aos **princípios** de observância obrigatória no setor público, previstos pela Constituição federal, cumpre destacar aqueles dispostos no capítulo dedicado à administração pública (Capítulo VII “Da Administração Pública”; Título III “Da Organização do Estado”), em especial no artigo 37, *caput*. São eles: os princípios da **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**.

O princípio da **legalidade** impõe que a administração faça apenas o que a lei permite. Em outras palavras, a atuação administrativa requer prévia habilitação legal, não sendo possível a criação de direitos ou obrigações sem o respaldo de lei específica. Compreendido de forma mais genérica, referido princípio estabelece que a administração pública deve se sujeitar ao ordenamento jurídico como um todo.

Com o princípio da **impessoalidade** busca-se evitar que a ação estatal favoreça ou prejudique os cidadãos de forma pessoal. O agente público deve agir em nome da entidade pública. Nesse sentido, valoriza-se a idéia do desempenho de funções públicas, por meio das quais cabe ao poder público atender aos interesses coletivos.

³ Diversa das noções acima apresentadas é a de “função pública”. Com a terminologia implantada pela Constituição de 1988, função pública não mais designa um modo de investidura, ou seja, uma espécie de vínculo de trabalho para com a administração pública. Função pública é expressão que significa o conjunto de atribuições a ser desempenhado pelos agentes públicos. Desse modo, quem ocupa cargos públicos (efetivos ou em comissão), empregos públicos, ou as ditas “funções de confiança” exerce as funções públicas que lhe sejam correlatas. Pode também haver a situação de funções públicas que não correspondam específica e necessariamente a determinado cargo ou emprego, devendo ser exercidas, cumulativamente ou não, por quem ocupe algum cargo, ou emprego, ou ainda não tenha vínculos permanentes com a administração (ex.: presidente de comissão de licitação, membro de um conselho especial *ad hoc*, membro convidado de banca examinadora de concurso).

O princípio da **moralidade**, transformado em princípio jurídico com o advento da Constituição de 1988, por sua vez, refere-se à moralidade administrativa, servindo como mais um fundamento para melhor conformar a atuação dos agentes públicos e também dos particulares que se relacionam com a administração pública. Com isso, pretende-se garantir, além do cumprimento da lei, a observância de regras de boa administração e dos princípios da justiça e equidade,⁴ inclusive naquelas situações em que administrador público pode agir com discricionariedade, isto é, com maior liberdade na tomada de decisões.⁵

O princípio da **publicidade** impõe à administração pública a atuação transparente de modo a possibilitar o mais amplo acesso às informações sobre a atividade administrativa. Esse princípio assegura o direito à informação tanto de interesse particular como de interesse coletivo, contribuindo para a construção da idéia de “*accountability*” (prestação de contas) e para o controle da administração pública brasileira pela sociedade civil.

Com relação ao princípio da **eficiência**, cumpre destacar que esse princípio foi acrescentado ao artigo 37, *caput*, da Constituição federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, no âmbito da reforma administrativa empreendida no Brasil ao longo dos anos 90. Trata-se de conceito econômico que vem sendo interpretado, no direito, como diretriz segundo a qual a administração deve atingir metas previamente estabelecidas com o menor custo (econômico e social) possível, desvencilhando-se de procedimentos burocráticos, sem, no entanto, sacrificar a legalidade.

Os princípios aplicáveis à administração não se limitam, entretanto, às disposições do artigo 37, *caput*, da Constituição federal. Há princípios que decorrem de outros dispositivos constitucionais e infra-constitucionais; há também princípios que não resultam diretamente de norma escrita, mas de construção doutrinária. Nesse sentido, cumpre mencionar os princípios da supremacia do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, segurança jurídica, continuidade do serviço público, presunção de legitimidade ou veracidade dos atos administrativos, especialidade, hierarquia, controle administrativo, autotutela, controle jurisdicional do ato administrativo, entre outros.⁶

Tais **princípios** constituem o fundamento para institutos e normas jurídicas relativos à organização e funcionamento da administração pública brasileira. Conseqüentemente, **aplicam-se ao sistema de nomeação e contratação de funcionários públicos** e devem ser observados no âmbito da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.⁷

Além dos princípios que pautam a atuação estatal, a Constituição prevê, em seus artigos 37 a 42, regras específicas aplicáveis à contratação de funcionários públicos (o artigo 42 dedica-se aos servidores militares dos Estados e Distrito federal). Dentre tais dispositivos, encontram-se as condições de acessibilidade e investidura em cargos e empregos na administração pública brasileira.

⁴ Nesse sentido, ver comentários sobre o princípio da moralidade em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2007, pp. 68-71.

⁵ Nesse sentido, ver: CAMMAROSANO, Márcio. O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, pp. 111-116.

⁶ Os princípios que regem a atuação da administração pública, em especial aqueles que não estão expressos na legislação nacional, apresentam denominações e classificações distintas na doutrina. Neste documento, foram utilizadas as obras: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 20ª edição, 2007; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. São Paulo: Malheiros Editores, 22ª edição, 2006.

⁷ Cf. o artigo 37, *caput*, da Constituição federal: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

A Constituição estabelece a ampla acessibilidade a cargos e empregos aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, mediante a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego.

Com isso, buscou-se assegurar a igualdade de oportunidades para todos aqueles que pretendem ingressar no serviço público, estabelecendo-se como regra a escolha pessoal mediante o atendimento a requisitos previstos em lei. As únicas restrições consideradas legítimas são aquelas decorrentes da natureza do cargo, se esta assim exigir.

Os concursos públicos têm prazo de validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período. Neste período, o candidato já aprovado tem prioridade em relação a candidatos aprovados em novos concursos. O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização devem ser fixados em edital, o qual é obrigatoriamente publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.⁸

Os editais e resultados de concursos públicos podem ser impugnados por meio dos mecanismos de controle previsto na legislação brasileira, conforme o item “d” deste documento.

Além da acessibilidade aos cargos e empregos, a Constituição disciplina, ainda, a estabilidade em cargos de provimento efetivo, o sistema de remuneração dos funcionários públicos, a previsão de sanção para atos de improbidade administrativa e o regime de previdência dos funcionários públicos.

c) A contratação de pessoal pelo poder público no ordenamento jurídico brasileiro

(i) Os tipos de funcionários públicos no Brasil: agentes políticos e servidores do Estado

Existem categorias distintas de funcionários públicos no Brasil. Em linhas gerais, os funcionários públicos podem ser agrupados em **agentes políticos** e **servidores do Estado** (servidores e empregados públicos) em face ordenamento jurídico brasileiro. Tal distinção apresenta implicações no **regime jurídico aplicável** (forma de contratação, investidura e responsabilidades, por exemplo) a cada um dessas categorias.

Os **agentes políticos** são os titulares dos cargos que importam exercício direto do poder político no âmbito da organização política do país, eleitos por sufrágio universal e detentores de mandato (Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Senadores, Deputados e Vereadores), bem como os auxiliares imediatos dos chefes dos executivos (Ministros de Estado, Secretários estaduais e Secretários municipais).

Os **servidores do Estado** reúnem tanto os **servidores públicos** que mantêm vínculo de trabalho com as pessoas governamentais de direito público (administração direta, autarquias e fundações públicas, por exemplo) como os **empregados públicos** que mantêm vínculos com as pessoas governamentais de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo). Os servidores do Estado podem manter vínculo estatutário ou contratual com Estado, conforme disposições legais.

⁸ Nesse sentido, ver artigo 12 da Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

(ii) A distinção entre cargos públicos e empregos públicos

A Constituição federal faz referência a **cargos e empregos públicos** (em especial, os artigos 37 a 42). A distinção entre essas formas de atribuir a uma pessoa o exercício de função pública expressa uma variação nos **tipos de vínculos de trabalho** com a administração pública brasileira.⁹

Os **cargos públicos** são considerados “unidades de competências” ou “conjuntos de atribuições e responsabilidades” a serem exercidas por um agente público. Devem sempre ser criados por lei, com denominação e remuneração devidamente definidos.¹⁰ Conforme explica a doutrina nacional, os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal **regime é estatutário** ou institucional, sendo decorrente de previsão legal. Trata-se, portanto, de regime de natureza não-contratual.¹¹

Os **empregos públicos**, por sua vez, correspondem a “núcleos de trabalho permanentes” preenchidos por agentes públicos contratados sob o regime de relação trabalhista. Isso significa que tal **regime é contratual**, observando as regras dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), embora estas possam sofrer algumas alterações em face das peculiaridades dos contratos com poder público.

Com relação a esses vínculos de trabalho com o poder público, cumpre esclarecer que os cargos e empregos públicos podem ser encontrados nas diferentes entidades que compõem a administração pública brasileira.¹² Entretanto, nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais de direito privado o vínculo estabelecido é o do emprego público.

Conforme mencionado anteriormente, a estrutura de pessoal no âmbito da administração pública brasileira também conta com **cargos em comissão**, considerados de **livre nomeação e exoneração**. Tais cargos destinam-se a pessoas de confiança das autoridades para exercerem atribuições de **direção, chefia e assessoramento** e são

⁹ Nesse sentido, ver: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2001, pp. 312.

¹⁰ Nos termos do artigo 3º da Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: “cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 22ª edição, 2007, pp. 242-243.

¹² No Brasil, a organização da administração federal observa os dispositivos da Constituição federal de 1988 e mais especificamente o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Com o objetivo de distinguir as atividades de direção das atividades de execução, tal norma organizou a administração pública em duas categorias: administração direta e administração indireta. De acordo com o artigo 4º do diploma referido, a administração direta, destinada às atividades de direção, se “constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”, compreendendo, por exemplo, departamentos, coordenadorias e serviços dentro da estrutura desses órgãos. Já a administração indireta, onde se desenvolveriam as atividades de execução, “compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias, b) empresas públicas, c) sociedades de economia mista, d) fundações públicas”. A Lei federal nº 10.683, de 28 de maio de 2003, regula a administração direta da União, dispondo sobre a organização da Presidência da República e dos 23 Ministérios atualmente existentes. Em face das características da descentralização política brasileira, previstas no texto constitucional, a organização administrativa de Estados e Municípios acompanha a organização estabelecida no âmbito da União. Nesse sentido, ver: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª edição, 2000, pp. 673-680.

ocupados de forma transitória (*cf.* artigo 37, V, da Constituição federal). Por essa razão, a investidura nesses cargos não requer a realização de prévio concurso público, ocorrendo por iniciativa da autoridade competente para preenchê-los e que também pode exonerar seus titulares *ad nutum* (livremente).

Cumpra mencionar, no entanto, que em casos previstos na Constituição federal ou em leis específicas, a nomeação para certos cargos públicos, ainda que em comissão, pode requerer a **aprovação prévia do Senado Federal**, que ocorrerá por **voto secreto**, após **arguição pública**. São exemplos os cargos de presidente e diretores do Banco Central, (*cf.* artigo 52, III, “d”, e artigo 84, XIV, da Constituição federal), bem como os cargos destinados aos dirigentes das agências reguladoras (*cf.* artigos 4º e 5º da Lei federal nº 9.986, de 18 de julho de 2000), cujas nomeações são de competência privativa do Presidente da República após a aprovação pelo Senado federal.¹³

Finalmente, a Constituição faz referência à existência de **funções de confiança** (*cf.* artigo 37, I e V, da Constituição federal). Tais funções destinam-se a atribuições de **direção, chefia e assessoramento**. Embora se caracterizem pela natureza das atribuições (direção, chefia e assessoramento) e sejam exercidas por pessoa de confiança das autoridades, as funções públicas não se confundem com os cargos em comissão. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, as funções de confiança devem ser obrigatoriamente preenchidas com do **quadro administrativo fixo**, ao passo que os cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas que não pertencem ao serviço público.¹⁴

(iii) Regimes jurídicos aplicáveis aos servidores e empregados da administração pública brasileira

Correspondendo, respectivamente, aos cargos e empregos, na administração pública brasileira existem o **regime estatutário** e o **regime celetista**.

O **regime estatutário** corresponde ao regime no qual os direitos e deveres do servidor ocupante de cargo público decorrem do texto constitucional ou de lei. A lei, denominada “Estatuto”, pode ser alterada unilateralmente pelo poder público (de acordo com as regras do processo legislativo brasileiro e respeitados os limites constitucionais), sendo possível, portanto, alterar o regime jurídico inicialmente estipulado para o servidor. Nesse sentido, benefícios e vantagens podem ser tanto inseridos como suprimidos após o início do vínculo do servidor com o Estado. Esse regime prevê, por outro lado, um conjunto

¹³ Nos termos da Lei federal nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras no Brasil: “Art. 4º. As **Agências** serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente” e “Art. 5º. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser **escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal**, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal”.

¹⁴ Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello, tais funções não foram disciplinadas como cargos em comissão possivelmente porque se pretendeu evitar que fossem preenchidas com pessoas estranhas à carreira (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit., pp. 243). Ainda, esse formato parece prestigiar o conhecimento existente dentro da própria instituição, além de servir de estímulo para os funcionários de carreira, uma vez que a investidura em tais funções é normalmente acompanhada de gratificações.

de garantias ao servidor com vistas a assegurar o desempenho de suas atividades de maneira técnica e imparcial.¹⁵

De modo geral, aos servidores ocupantes de cargos públicos aplicam-se notadamente as seguintes regras: amplo acesso (art. 37, I, da Constituição federal), ingresso mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição), proibição de acumulação remunerada de cargos (art. 37, XVI e XVII, da Constituição), irredutibilidade de vencimentos (artigo 37, XV, da Constituição), estabilidade (artigo 41, *caput*, da Constituição federal), disponibilidade (artigo 41, §3º, da Constituição), regime de previdência de caráter contributivo (artigo 40, *caput*, da Constituição).

Cada nível de governo – União, Estados e Municípios – pode editar seu próprio Estatuto. Na **esfera federal**, o regime jurídico dos servidores públicos civis da União é disciplinado pela **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**.¹⁶ Há, ainda, estatutos que disciplinam carreiras específicas, conforme as suas peculiaridades (como exemplo, vale citar as leis orgânicas das procuradorias, os estatutos de servidores de autarquias, a lei orgânica da magistratura, entre outras).¹⁷

O **regime celetista** corresponde ao regime no qual os direitos e deveres dos empregados públicos são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943). Esse regime, portanto, aproxima-se da relação trabalhista estabelecida para o setor privado. Trata-se de relação contratual em que se estabelecem direitos e obrigações recíprocas, os quais não podem ser unilateralmente alterados.

A Constituição federal faz menção expressa ao regime celetista em seu artigo 173, § 1º, I, ao estabelecer que “o regime jurídico próprio das empresas privadas” deve ser adotado por empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica.¹⁸ Com a edição da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, também foi possível a admissão para emprego público nas autarquias denominadas “agências reguladoras”. Entretanto, esse regime está temporariamente suspenso em razão de decisão liminar do Supremo Tribunal Federal - STF no âmbito da ADIn- 2.310- 1/DF, que julgou haver incompatibilidade entre o regime jurídico aplicável aos empregados públicos e as atribuições que por eles devem ser exercidas em nome do poder público.

De modo geral, portanto, aos servidores ocupantes de empregos públicos aplicam-se as normas da CLT e a legislação trabalhista correlata. Contudo, algumas regras ditas de um regime “público”, decorrentes diretamente da Constituição e naturalmente aplicáveis ao regime estatutário, também se estendem ao celetista.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit., pp. 236 a 239.

¹⁶ Cumpre esclarecer que a Lei federal nº 8.112, de 11 dezembro de 1990, ao instituir o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, dispõe sobre os seguintes aspectos: provimento, vacância, remoção, nomeação, concurso público, posse, estabilidade, direitos e vantagens, regime disciplinar, processo administrativo disciplinar, seguridade social do servidor, contratação temporária de excepcional interesse público, entre outros.

¹⁷ Para outros exemplos, ver MEDAUAR, ODETE. Ob. Cit., pp. 310 e 322.

¹⁸ Conforme o artigo 173, § 1º, I: “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhista e tributários”.

(iv) Regime especial de contratação temporária de pessoal pela administração pública

A Constituição federal prevê em seu artigo 37, IX, a possibilidade de **contratação temporária** de servidores públicos. De acordo com o texto constitucional, a contratação por tempo determinado é permitida para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público**, nos termos da lei. A **Lei federal nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993**, alterada pela **Lei federal nº 9.849, de 26 de outubro de 1999**, estabelece as hipóteses, os prazos e as condições para referida contratação.¹⁹ A contratação temporária que não observar os moldes disciplinados pela lei é considerada ilegal, uma vez que corresponde a um desvio das disposições constitucionais sobre concurso público e servidores públicos.²⁰

(v) Política de recursos humanos na administração pública brasileira

O tratamento jurídico da **política de recursos humanos** no âmbito da administração pública brasileira tem como ponto de partida os dispositivos da Constituição federal que tratam dos servidores públicos, já citados anteriormente.

Entre tais dispositivos constitucionais, encontram-se sobretudo regras que tratam da remuneração dos servidores públicos. Mas há também previsão para que União, Estados, Distrito Federal e Municípios disciplinem, por lei, a aplicação de recursos orçamentários provenientes das economias com despesas correntes em cada órgão para a aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

Nos termos da Constituição, os diferentes níveis de governo devem, ainda, instituir conselho de política de administração e remuneração de pessoal, bem como manter escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos.

¹⁹ A Lei federal nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, define como necessidade temporária de excepcional interesse público os casos de assistência a situações de calamidade pública, o combate a surtos endêmicos, a realização de recenseamentos, a admissão de professor substituto e professor visitante, e outras atividades inseridas posteriormente à edição da lei, tais como as atividades de identificação e demarcação realizadas pela FUNAI e as atividades das forças armadas para atender a encargos temporários de obras e serviços de engenharia (artigo 2º). Tal contratação requer a realização de processo seletivo simplificado (prescinde de concurso público), o qual deverá ser amplamente divulgado, inclusive por meio do Diário Oficial da União, observando as condições previstas na lei e estabelecidas pelo próprio poder executivo (*cf.* artigo 3º). Os prazos variam de 06 meses a 04 anos, não podendo a prorrogação ultrapassar o prazo máximo de 06 anos (*cf.* artigo. 4º).

²⁰ Outra modalidade de contratação, não de pessoal, mas de prestação de serviços, é a **terceirização**, sob a forma de contratos com o fornecimento de mão-de-obra. O **Decreto federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997**, disciplinou a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Tal formato aplica-se tão somente às atividades consideradas acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem a área de competência legal do órgão ou entidade, não podendo ser objeto do contrato qualquer atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos (De acordo com o artigo 1º, §1º, do Decreto federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997, podem ser objeto de execução indireta as seguintes atividades: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações). Na prática, essa forma de contratação pode gerar controvérsias em face do ordenamento jurídico brasileiro porque pode possibilitar a utilização de empresa de prestação de serviços apenas para intermediar a contratação de mão-de-obra, deixando de observar a exigência constitucional de realização de concurso público. Para uma análise da terceirização, consultar: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Editora Atlas, 5ª edição, 2006, pps. 228-238.

Tais previsões decorrem, em sua maior parte, das alterações inseridas pela Emenda Constitucional nº 19/98, no âmbito da reforma do Estado brasileiro dos anos 90, que, entre outros objetivos, pretendia introduzir novos instrumentos para possibilitar uma gestão da administração pública brasileira mais eficiente. A Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, também apresenta alguns instrumentos voltados ao estímulo e desenvolvimento dos quadros da administração pública, como a licença para capacitação e o afastamento para estudo ou missão no exterior.²¹

Recentemente, foi instituída, por meio do Decreto federal nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006, a **Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal**, com vistas ao aumento da eficiência e qualidade dos serviços públicos, ao desenvolvimento permanente do servidor público e à racionalização dos gastos com capacitação.²²

A política de recursos humanos na administração pública brasileira envolve, ainda, a **criação de carreiras voltadas ao desempenho de atividades específicas** e a **estruturação de planos de carreira**, no âmbito de órgãos e entidades públicas. Tais carreiras e seus respectivos cargos são criados por lei, mediante a previsão de critérios para progressão na carreira.²³ Como exemplo, pode-se mencionar a carreira e os respectivos cargos efetivos de especialistas em políticas públicas e gestão governamental (EPPGG), criados pela Lei federal nº 7.834, de 06 de outubro de 1989, alterada pela Lei federal nº 8.460, de 17 de setembro de 1992 e reestruturada pela Medida Provisória nº 2.229-43, de 06 de setembro de 2001. Essa medida provisória também reestruturou e organizou outras carreiras, entre as quais as carreiras de analista de comércio exterior, analista de desenvolvimento tecnológico, analista de gestão, planejamento e infra-estrutura em ciência e tecnologia, entre outras. Assim como as carreiras mencionadas, outras são criadas para possibilitar a atuação em áreas específicas, como, por exemplo, a carreira de especialista em meio ambiente, disciplinada pela Lei federal nº 10.410, de 11 de janeiro de 2002.

d) Mecanismos de controle das contratações de pessoal pelo poder público

São inúmeros os mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para o controle da contratação de funcionários públicos. Além do controle prévio inerente ao sistema de concurso público, o ordenamento jurídico brasileiro prevê mecanismos específicos para assegurar a legalidade e a transparência dos processos de contratação para os quadros administrativos do poder público. Tais mecanismos possibilitam a realização do controle por órgãos pertencentes à estrutura da própria administração pública, bem como por órgãos do poder judiciário ou outros órgãos externos.

²¹ Ver os artigos 87 a 102 da referida lei.

²² O Decreto federal nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006, que institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional prevê os seguintes instrumentos específicos para a implementação da referida política: (i) plano anual de capacitação, (ii) relatório de execução do plano anual de capacitação, e (iii) sistema de gestão por competência. Com o objetivo de avaliar os relatórios anuais dos órgãos e entidades, orientá-los sobre a alocação de recursos para capacitação e disseminar a política de desenvolvimento de pessoal entre os dirigentes, o referido decreto criou o Comitê Gestor da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal, composto pela Secretaria de Recursos Humanos, Secretaria de Gestão e Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, todos vinculados ao Ministério do Planejamento.

²³ Cumpre lembrar que, nos termos do artigo 84, VI, *a*, da Constituição federal, o Presidente da República tem competência privativa para dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Conforme acima mencionado, existem mecanismos e órgãos para o controle dos procedimentos de contratação de pessoal dentro da administração pública. Isso porque a administração pública tem o dever de manter um sistema integrado de **controle interno** para avaliar o cumprimento de metas de governo, orçamentárias, execução de programas, garantia da legalidade das ações e avaliação dos seus resultados (*cf.* arts. 70 e 74 da Constituição). Dessa forma, qualquer processo de contratação de pessoal para os quadros da administração submete-se a uma análise de viabilidade econômico-financeira, bem como ao controle de legalidade. Os órgãos responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, devem dar ciência ao Tribunal de Contas com atuação na esfera de sua competência, sob pena de responsabilidade solidária.

Nos termos da Constituição federal, o Tribunal de Contas corresponde a órgão que auxilia o Congresso Nacional no controle externo da administração pública. Entre as atribuições do Tribunal de Contas encontra-se o dever de apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal na administração, exceto as nomeações para cargos em comissão.

Os processos de contratação de funcionários públicos também podem ser impugnados perante o poder judiciário. Entre os mecanismos que possibilitam a impugnação desses processos no âmbito do **poder judiciário**, deve-se mencionar o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular.

Com relação ao **mandado de segurança**, o artigo 5º, LXIX, da Constituição federal estabelece que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”. A Lei federal nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, disciplina referido instrumento jurídico, estabelecendo que este pode ser utilizado sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. Nesse sentido, aquele que tiver direito lesado ou ameaçado em processo de contratação pelo poder público (por exemplo, concurso público) pode utilizar a referida garantia constitucional.

A Constituição prevê no artigo 5º, LXXIII, outra garantia constitucional. Trata-se da ação popular, cujo objetivo consiste em possibilitar a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Disciplinada pela Lei federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a ação popular pode ser utilizada para impedir ou anular ato lesivo de autoridade em processo de seleção de agentes públicos.

Por fim, verifica-se no artigo 129 da Constituição a previsão da ação civil pública. Referido instrumento destina-se a proteger interesses difusos ou coletivos. A legitimidade para propor a ação civil pública é atribuída ao Ministério Público e a órgãos públicos ou associações que tenham por finalidade a proteção de interesse da sociedade compreendido dentro dos limites do alcance do instrumento mencionado. Nesse sentido, essa ação pode ser usada, por exemplo, para a impugnação de atos administrativos relativos a seleção de pessoal, provimento de cargos, promoção na carreira, entre outros.

CONSIDERAÇÕES:

No ano de 2007, ingressaram no serviço público federal brasileiro por concurso 11.939 funcionários²⁴ e por regime de contratação temporário foram 12.523. Na contratação de cargos e funções de confiança e gratificações do poder público federal foram 75.987, sendo que 20.187 são os cargos da DAS (Diretoria e Assessoramento Superior)²⁵. O principal problema, apontado por promotores públicos, juízes e especialistas²⁶, diz respeito aos desvirtuamentos na contratação de funcionários públicos praticados nos últimos anos. Podemos enumerar três deficiências:

a) Desvirtuamento por trabalho temporário:

O desvirtuamento por trabalho temporário é uma modalidade de contratação condicionada à prestação de serviço. Um exemplo são os programas de frentes de trabalho temporário onde o Estado paga uma “remuneração”, em forma de bolsa, condicionada à prestação de serviços. Este dispositivo permite ao Estado não realizar concurso público, obtendo mão-de-obra barata sem arcar com direitos trabalhistas. No seu extremo, podemos inferir uma prática de clientelismo institucional²⁷.

Observa-se que esse mecanismo contraria o sistema de mérito criado pela Constituição Federal de 1988 e é maléfico em termos de eficiência e dignidade humana. Todo cidadão tem direito a trabalho e alimentação garantidos pelo Estado. Relatório da Conap²⁸ referente ao período 2003-2007 mostra que há 245 procedimentos administrativos em andamento, no âmbito da União, relativos a desvirtuamentos do trabalho temporário, afetando 150.871 funcionários públicos.

b) Desvirtuamento por terceirização:

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), promulgada em 2000, limita os gastos que os governos podem executar com contratação de funcionários públicos, mas pode incentivar a terceirização de atividades inerentes aos assuntos que constituem a área de competência legal do Estado. A terceirização é controversa porque possibilita a utilização

de empresa de prestação de serviços para intermediar a contratação de mão-de-obra, desrespeitando a realização de concurso público, fragilizando o conceito de austeridade fiscal em torno do qual a LRF foi elaborada e favorecendo, de certo modo, as licitações enviesadas.

²⁴ Informação obtida no boletim estatístico de pessoal do Ministério do planejamento, Secretaria de Recursos Humanos. Ver anexo 8. Disponível em:

http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_08/Bol141_jan2008.pdf

²⁵ DAS abrangem cargos de alta direção e assessoria até cargos médios de gerência, incluem assessores da Presidência da República, Secretários Ministeriais e dirigentes da administração direta.

²⁶ Entrevistas realizadas com Sra. Viviann Rodrigues Mattos do Ministério Público do Trabalho e Sra. Adriana Monteiro do Ministério Público de São Paulo.

²⁷ Gay, Robert. Entre el Clientelismo y el Universalismo: reflexiones sobre la política popular en el Brasil Urbano. 1997

²⁸ Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública do Ministério Público do Trabalho, ligado ao Ministério Público da União.

O Ministério Público do Trabalho da União, no âmbito federal, assinou um acordo judicial proibindo cooperativas de participar de licitações. Mas há um projeto de lei, enviado pelo Executivo Federal, para regulamentar a terceirização, retirando diversos direitos trabalhistas.

c) Desvirtuamento por Cargos em Comissão:

A legislação brasileira, especificamente o capítulo VI, art. 37 da Constituição Federal de 1988, trata de funções de confiança e cargos em comissão. O cargo em comissão deveria caber exclusivamente a pessoas de confiança das autoridades para exercerem atribuições de direção, chefia e assessoramento – por exemplo, secretários estaduais, ministros etc. – aos quais cabe dar vida à política governamental definida pelo chefe do Executivo. A CF/88 determinou que essas funções de confiança têm de ser concursadas. No entanto, os administradores públicos não mais utilizam a nomenclatura “função de confiança” para obter mais autonomia na contratação de funcionários mas de “cargos em comissão”. Esta modalidade de contratação passa a ser o recurso utilizado. A dificuldade apresentada na utilização dos cargos em comissão é que a CF/88 não estabeleceu o percentual de cargos que podem ser preenchidos sem concurso e os que não podem. Os funcionários contratados para ocupar os cargos em comissão, sem concurso, podem ser mandados embora a qualquer momento e seus direitos trabalhistas são precários. Além disso, os cargos em comissão costumam ser preenchidos por critérios exclusivamente partidários/políticos. Relatório da Conap²⁹ referente ao período 2003-2007 mostra que há 170 procedimentos administrativos em andamento relativos a desvirtuamentos dos cargos em comissão, afetando 8.156 funcionários públicos. É algo que afeta negativamente a transparência, equidade e eficiência na contratação de funcionários públicos.

ANO - 2003-2007

Matérias CONAP	Número de procedimentos	Número estimado de trabalhadores afetados
Terceirização	501	41.111
Desvirtuamento de cargo em comissão	170	8.156
Desvirtuamento de trabalho temporário	245	150.871
Admissão sem concurso	1298	314.147
Outros	1277	55.464
TOTAL	3491	569.749

Fonte: Conap

²⁹ Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública do Ministério Público do Trabalho, ligado ao Ministério Público da União. Ver anexo 1

RECOMENDAÇÕES³⁰:

- 1) a normatização de contratação dos servidores da união em regime jurídico único, pois eliminar-se-iam as figuras de temporário e terceirização;
- 2) a elaboração de uma lei ordinária que discipline um baixo percentual de cargos em comissão.

CAPÍTULO PRIMEIRO

SISTEMAS PARA A CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E PARA A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS POR PARTE DO ESTADO (ARTIGO III, PARÁGRAFO 5, DA CONVENÇÃO)

2. Sistemas para a aquisição de bens e serviços por parte do Estado

- a) Há em seu país normas e/ou medidas que estabeleçam sistemas para a aquisição de bens e serviços por parte do Estado? Em caso afirmativo, descreva, sucintamente, os principais sistemas, salientando suas características, relacione as disposições e documentos em que estejam previstos e deles anexe cópia.

Descreva também como os sistemas acima asseguram em seu país a divulgação, equidade e eficiência.

Com relação ao acima exposto, refira-se, entre outros aspectos, aos seguintes:

- i. Sistemas de contratação com licitação pública e sem licitação pública.
- ii. Autoridades dirigentes ou administradoras dos sistemas e mecanismos de controle.
- iii. Registro de contratantes.
- iv. Meios eletrônicos e sistemas de informação para a contratação pública.
- v. Contratos para obras públicas.
- vi. Definição dos critérios para a seleção de contratantes (por exemplo: preço, qualidade e qualificação técnica).
- vii. Recursos de impugnação.

Resposta 04. Sistemas para a aquisição de bens e serviços por parte do Estado.

a) Introdução

No Brasil, a aquisição de bens e serviços pelo Estado deve observar um procedimento administrativo que assegure a **igualdade entre os concorrentes**, bem como permita a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração pública.

³⁰ Todas as recomendações presentes ao longo deste relatório são sugestões da sociedade civil. Não participam destas orientações os consultores jurídicos e os entrevistados. Cabe ao Movimento Voto Consciente, representante da sociedade Civil, responder por tais orientações.

Trata-se do **processo de licitação**, previsto pelo artigo 37, XXI, da Constituição federal de 1988. De acordo com esse dispositivo, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas das propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações”.

Com fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição, que atribuiu competência legislativa à União para expedir **normas gerais** sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas dos diferentes níveis de governo, foi editada a **Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Essa lei, ainda hoje, corresponde ao principal **marco legal** em matéria de licitações e contratos administrativos. Estados e Municípios podem legislar para si, respeitadas estas normas gerais.

A **lei de licitações** representou, à época de sua edição, um avanço em relação à matéria. Revogado o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986³¹, a Lei nº 8.666 marcou uma nova etapa nas aquisições governamentais, em face da criação de novos procedimentos e mecanismos de controles³².

Além de preconizar a igualdade entre os concorrentes e a escolha da melhor proposta para a administração, o processo licitatório instituído pela Lei nº 8.666 consolidou, no plano legal, o dever do rigoroso cumprimento das condições previstas no edital, a realização de um julgamento objetivo, a adjudicação compulsória e a ampla defesa. Além disso, foram formalizadas as etapas do procedimento licitatório, que envolvem basicamente a habilitação dos concorrentes e a análise e escolha das propostas apresentadas pelos interessados em contratar com o poder público. Essas diretrizes resultam da necessária observância de alguns princípios que norteiam a atividade administrativa no Brasil, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a moralidade.

Após a edição da lei em 1993, verificou-se, no entanto, a necessidade de incorporar alterações ao procedimento licitatório. Se, por um lado, a lei de licitações representava uniformização de procedimentos e maior transparência na realização de gastos com recursos públicos, por outro, passou a se tornar um entrave à atuação estatal eficiente, engessando as contratações governamentais. Isso porque todos os tipos de contratação foram submetidos ao mesmo regime jurídico, desconsiderando-se a existência de situações que demandam um tratamento jurídico diferenciado. Nesse sentido, simples compras de material ou contratação de serviços altamente especializados passaram a observar procedimentos similares³³, o que nem sempre se mostrou vantajoso para a administração pública brasileira.³⁴

Diante dos entraves identificados, algumas modificações pontuais foram inseridas na lei de licitações. Algumas delas corresponderam à **ampliação das hipóteses de**

³¹ Este decreto trazia dúvidas em sua aplicação, uma vez que foram reunidas, no mesmo texto legal, normas gerais de âmbito nacional e normas especiais aplicáveis apenas ao âmbito federal. Ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 20ª edição, 2007, pp. 326.

³² Nesse sentido, ver: SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade Pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002). São Paulo: Editora Malheiros, 2003, pp. 21.

³³ Cf. art. 43 da lei em referência.

³⁴ Nesse sentido: “a Lei 8.666 não distingue o tipo de procedimento conforme o tipo contratual. É dizer, contratos de compras, prestação de serviços, alienações, concessões, permissões, obras, etc., são todos, basicamente, tratados sob um único rótulo: “contrato”. Fundamentalmente, o que difere uma de outra contratação é apenas seu valor” (SCARPINELLA, Vera. Ob. Cit., pps. 22-23).

dispensa do procedimento licitatório, isto é, ao aumento das possibilidades em que a contratação direta é permitida. Observou-se, ainda, que o excesso de rigor passou a incentivar a realização de fraudes. A licitação, portanto, passou a confrontar-se com a necessidade de garantir transparência e imprimir eficiência à ação do Estado dos anos 90.

Com isso, instituiu-se uma nova modalidade de licitação: o **pregão**. Inicialmente previsto como procedimento próprio do setor de telecomunicações, por meio da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997), o pregão foi consolidado por meio da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002.³⁵

O pregão destina-se a aquisições de bens e serviços comuns, por meio de disputa feita em sessão pública onde os interessados em contratar com a administração oferecem lances, como ocorre em leilões presenciais. Além disso, há a inversão das fases do procedimento licitatório tradicional: primeiro há o julgamento; a habilitação é feita no momento subsequente. Trata-se, portanto, de instrumento jurídico que garante maior agilidade e eficiência em alguns tipos de compras governamentais (*cf.* descrição no item “b”, *infra*).

Existem ainda outros importantes diplomas legais que regulam as contratações feitas pela administração pública no Brasil. Entre eles, destacam-se a Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, disciplina a concessão de serviços públicos, isto é, a celebração de contrato administrativo por meio do qual a administração delega a terceiros (como, por exemplo, entidades do setor privado) a exploração de serviço público, tais como água, luz e transportes. De acordo com o conceito tradicionalmente adotado de concessão, o concessionário assume o serviço por sua conta e risco, sendo remunerado por meio de tarifa paga diretamente pelo usuário ou mediante outra forma de exploração da atividade que lhe foi delegada. De modo geral, os contratos de concessão observam os mesmos princípios aplicáveis aos demais contratos administrativos e submetem-se à licitação.

Ao longo dos anos 90, verificou-se a necessidade de criar mecanismos jurídicos que possibilitassem o estabelecimento de vínculos de longo prazo entre a administração e contratantes do setor privado para a execução de empreendimentos com objeto múltiplo (realização de obra e operação de infra-estrutura, por exemplo), destinados direta ou indiretamente à coletividade. De certa forma, a lei de concessões já autorizava tais parcerias, mas ainda faltava inserir no arcabouço jurídico-institucional brasileiro instrumentos que disciplinassem de forma clara o novo formato de compartilhamento de responsabilidades entre o poder público e a iniciativa privada em empreendimentos considerados complexos.

Por essa razão, editou-se a Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, mais conhecida como a Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs, que disciplinou novas formas de concessão, em especial as modalidades patrocinada e administrativa. Esses modelos diferenciam-se da concessão tradicional basicamente em razão das novas formas de remuneração do concessionário e das garantias oferecidas pelo poder público que, entre outras inovações, passa a compartilhar o risco do negócio. Deve-se esclarecer que a contratação de parceria público-privada também deve ser precedida de licitação (na

³⁵ Em 04 de maio de 2000, foi editada a Medida Provisória nº 2.026, que estendeu o pregão para os outros órgãos da administração pública federal. Tal medida foi reeditada até a edição da lei que disciplinou essa nova modalidade de licitação.

modalidade concorrência), observando-se regras peculiares previstas na lei em referência. Trata-se de instrumento jurídico relativamente recente, cujos resultados serão ainda avaliados nos próximos anos.

b) A Lei de Licitações (Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993)

A Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina os processos de licitação no Brasil, aplica-se à celebração de **contratos administrativos** relativos a “**obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações**”, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A essa lei subordinam-se todos os órgãos e entidades pertencentes à administração pública brasileira, inclusive as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos acima referidos.³⁶ Ainda, submetem-se a essa lei, nos termos do Decreto federal nº 5.504, de 05 de agosto de 2005, todos os entes públicos ou privados que recebam bens ou recursos públicos, no âmbito federal. É o caso, por exemplo, de entidades privadas pertencentes ao terceiro setor que estabelecem parceria com a União.

Existem cinco diferentes **modalidades de licitação**, conforme dispõe a Lei federal nº 8.666. São elas: **concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão**. As modalidades definem os **procedimentos** da licitação.

As modalidades concorrência, tomada de preços e convite são basicamente determinadas em função dos valores da contratação (concorrência para montantes elevados; tomada de preços para valores intermediários e convite para valores considerados mais baixos). O concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. Finalmente, o leilão é modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis da administração decorrentes de procedimentos judiciais. Conforme se verá adiante, o pregão corresponde a uma sexta modalidade de licitação.

A lei sob análise prevê, ainda, quatro **tipos de licitação**, aplicáveis a todas as modalidades acima descritas, exceto para o concurso: **menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta** (nos casos de leilão). Os tipos de licitação definem os critérios a serem utilizados para a **escolha** da proposta vencedora.

O que define a escolha da modalidade e o tipo de licitação é a **natureza da aquisição** e o **valor total** do bem ou serviço a ser adquirido. Nesse sentido, a realização de uma obra que requer a contratação de serviços de engenharia pode ocorrer, por exemplo, por meio das modalidades convite, tomada de preços ou concorrência. A escolha entre essas alternativas dependerá do custo total da obra. De modo geral, o tipo “menor preço” é

³⁶ Com relação à subordinação dos órgãos da administração pública brasileira à lei de licitações, cumpre esclarecer que a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou o artigo 22, XXVII, da Constituição, estabelecendo que compete à União legislar sobre licitação para as administrações diretas, autárquicas e fundacionais, obedecendo o art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Este último artigo estabelece que **lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo, entre outros aspectos, sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

o mais utilizado no âmbito da administração pública. Entretanto, a contratação de serviços complexos costuma requerer a utilização do critério “técnica” ou “técnica e preço”.

A Lei federal nº 9.648, de 27 de maior de 1998, apresenta uma tabela com valores para cada modalidade de licitação. Cumpre destacar que o valor do bem ou serviço deve ser considerado em sua totalidade, não podendo a tarefa ser fracionada para que seja feito o seu enquadramento em outra modalidade de licitação relativa a valor inferior. O desmembramento da atividade configura burla à lei de licitações.

Existem algumas hipóteses em que a administração pública não está obrigada a licitar. São os casos de **dispensa** ou **inexigibilidade** do processo licitatório. Com as alterações realizadas até 2007, a Lei nº 8.666 passou a contar com **28 hipóteses** de dispensa de licitação. Uma das possibilidades, por exemplo, refere-se a aquisições até o limite do valor estipulado pela lei. Ainda, há dispensa nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, nos casos de emergência ou de calamidade pública, nos casos de contratações de certas entidades do terceiro setor devidamente certificadas pelo Estado, entre outros.

O processo de licitação é inexigível quando a competição for inviável, como ocorre com a aquisição de materiais, equipamentos ou outros gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Também são consideradas hipóteses de inexigibilidade a contratação de empresas ou profissionais de notória especialização ou a contratação de profissional de setor artístico consagrado pela crítica e opinião pública.

Como mecanismo de controle, a lei prevê que os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação devem ser comunicados à autoridade superior, com a devida justificativa, no prazo de três dias. Tais atos deverão ser ratificados pela autoridade competente e encaminhados para a devida publicação na imprensa oficial. Além disso, exige-se o encaminhamento de certos atos aos respectivos tribunais de contas responsáveis pelo controle externo do órgão.

Conforme disciplinado pela lei federal sob análise, a licitação é dividida em **duas etapas**: a **habilitação** e a **escolha da proposta**. A habilitação compreende o cumprimento das seguintes exigências: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e observância do art. 7º, XXXIII, da Constituição.³⁷ Qualquer órgão que realize procedimento licitatório com frequência deve manter **registros cadastrais** para efeitos de habilitação, observando-se as regras dos artigos 34 a 37 da lei de licitações.

Com relação à etapa decisória e considerando a necessidade de se garantir a isonomia e a competitividade entre os concorrentes, a administração pública, nos termos do art. 41 da referida lei, fica obrigada a cumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Isso porque as propostas são apresentadas de acordo com as condições inicialmente estabelecidas, as quais deverão ser necessariamente observadas no momento da celebração do contrato.

Pode-se dizer que há uma **etapa preliminar**, referente à abertura do processo administrativo e à elaboração do edital de licitação, que também deve observar regras específicas, sendo cabíveis impugnações por quaisquer interessados. Por exemplo, veda-se aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas

³⁷ O art. 7º, XXXIII, da Constituição dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos”.

ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (*cf.* art. 3º, §1º, I). Da mesma forma, veda-se estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais (*cf.* art. 3º, §2º, I).³⁸

Os órgãos públicos são obrigados a dar ampla divulgação aos avisos de licitação. Para garantir a **atuação transparente** da administração pública nos procedimentos relativos a aquisições de bens e serviços, o legislador inseriu na Lei nº 8.666 alguns dispositivos que garantem não apenas a divulgação prévia do procedimento para todos os interessados, mas também de atos praticados ao longo das diversas etapas do processo licitatório. A forma de divulgação pode variar conforme a modalidade de licitação utilizada pela administração pública, nos termos do artigo 21 da Lei nº 8.666.

A licitação é acompanhada por uma **comissão de licitação** composta por, no mínimo, três integrantes designados por meio de ato formal. Os integrantes devem pertencer ao quadro administrativo. A comissão também é responsável pelo julgamento do processo.

Com o término da licitação e a escolha do vencedor, o contrato deverá ser formalizado também nos termos definidos pela Lei nº 8.666.³⁹ A execução do contrato, por sua vez, deve ser acompanhada e fiscalizada por um **gestor** especialmente designado para essa função. A ele compete identificar eventual necessidade de alteração do contrato ou problemas na medição do bem ou serviço executado, sempre mediante a comunicação de autoridade superior. Isso porque caberá à autoridade competente a aplicação de sanções administrativas no caso de descumprimento dos termos do contrato.⁴⁰

Ao longo do processo licitatório podem ser identificados **problemas** tanto em relação à **formalização do processo** quanto aos **atos praticados pelas autoridades**.

Com relação à formalização do processo, há previsão expressa para apresentação de **recursos administrativos**. A Lei nº 8.666 estabelece que os atos decorrentes de sua aplicação estão sujeitos a recursos hierárquicos, representações e pedidos de reconsideração. Na fase de publicação do edital, é possível, por exemplo, a apresentação de um pedido de esclarecimento, nos termos estabelecidos pelo próprio edital, à comissão de avaliação. Se houver falha no referido instrumento, é possível a sua impugnação por qualquer cidadão, nos termos do art. 41, §1º, da lei. Para o exercício desse direito, no

³⁸ A lei admite algumas exceções ao princípio da isonomia, especialmente em casos de adoção de critérios para desempate entre concorrentes, tais como preferência para microempresas e empresas de pequeno porte.

³⁹ O art. 58 da lei em referência descreve o regime jurídico dos contratos administrativos, instituindo como prerrogativas para a Administração (i) modificação unilateral para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (ii) rescisão unilateral nos casos especificados na Lei; (iii) fiscalização da execução; (iv) aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; (v) nos casos de serviços essenciais, ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

⁴⁰ As possíveis sanções administrativas aplicáveis em razão do descumprimento do contrato são: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a 02 anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública enquanto perdurarem os motivos da punição até a reabilitação perante a autoridade que aplicou a penalidade.

entanto, é preciso observar prazos e procedimentos formais. O edital também pode ser suspenso por decisão dos tribunais de contas, caso seja identificada alguma ilegalidade. Por fim, cabe recurso judicial (em especial, o mandado de segurança), uma vez que o sistema jurídico brasileiro prevê que toda lesão ou ameaça a direito pode ser levada ao Poder Judiciário.

Quanto aos atos praticados pelas autoridades, a Lei nº 8.666 estabelece que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às **sanções penais** nela especificadas (detenção e multa, *cf.* arts. 89 a 99), sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal. A realização desses crimes (ou a sua tentativa) sujeita os administradores públicos, ainda, à **perda do cargo**, emprego, função ou mandato eletivo (*cf.* art. 83).

Diante do sistema de aquisição de bens e serviços pelo poder público delineado pela Lei federal nº 8.666, em vigência desde 1993, podem ser identificados alguns entraves à atuação estatal. Os **entraves** estão relacionados a duas questões principais: **gestão administrativa** e **insegurança jurídica**.

Com relação à gestão administrativa, pode-se mencionar a morosidade dos procedimentos licitatórios, em razão da complexidade do processo e da necessidade de observância de atos formais necessários ao controle da ação dos agentes públicos (submissão de atos a autoridades superiores, publicação de atos na imprensa oficial, etc). O poder público convive ainda com a falta de pessoal para a realização das licitações, bem como de profissionais preparados para a elaboração dos editais e posterior acompanhamento da execução dos contratos.⁴¹ Cumpre mencionar que essas tarefas são, por vezes, desempenhadas por agentes nomeados temporariamente para cargos em comissão, o que pode comprometer o sucesso do processo licitatório.

No âmbito jurídico, identifica-se a inadequação da utilização da lei de licitações em situações que demandariam tratamento jurídico diferenciado. Como resultado dessas inadequações, pode-se verificar o aumento das contratações emergenciais, bem como a proliferação de hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Uma parte desses entraves foi resolvida com a criação de nova modalidade de licitação – o pregão, considerada uma forma mais célere de realizar a aquisição de bens e serviços comuns no âmbito do poder público. No entanto, outros entraves ainda permanecem em razão de aspectos estruturais da administração pública brasileira. Com isso, cria-se um ambiente de insegurança tanto para os cidadãos como para os próprios gestores que lidam com recursos públicos.

c) A Lei do Pregão

Instituído por meio da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, o pregão corresponde a modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns, de qualquer valor. Nos termos da lei, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

⁴¹ A Lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que dispõe sobre a responsabilidade na gestão fiscal (Lei de Responsabilidade Fiscal), impõe limites às despesas com pessoal e, conseqüentemente, à abertura de concursos públicos para ingresso de novos funcionários nos quadros administrativos do Estado.

Assim como a Lei federal de licitações, a Lei nº 10.520 estabelece normas gerais sobre o pregão a serem observadas pelas administrações públicas dos diferentes níveis de governo. Mas, diversamente da lei de licitações, adotada em sua integralidade por praticamente todos os entes da federação, verificou-se, no caso do pregão, a proliferação de normas locais – estaduais e municipais – sobre essa modalidade de licitação.⁴²

Os resultados da aplicação dessa nova modalidade foram entendidos tão satisfatórios pelo Governo que foi editado o Decreto federal nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Por força desse decreto, todos os entes públicos ou privados que recebam bens ou recursos públicos, no âmbito federal, devem obrigatoriamente utilizar o pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica. A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deve ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.⁴³

No âmbito da União, o pregão rege-se ainda pelo Decreto federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, e pelo Decreto federal nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, que disciplinam o pregão presencial e o pregão eletrônico, respectivamente.

O pregão não é **modalidade** de licitação definida por valor, mas sim em razão da **natureza** do serviço ou produto a ser adquirido. A característica principal do pregão consiste no fato de que se trata de procedimento simples, realizado por meio de lances que permitem ao poder público **escolher** a melhor proposta com base no **menor valor** oferecido.

O pregão é constituído por **duas etapas** principais: a **fase preparatória** e a **fase da licitação pública**. A fase preparatória corresponde ao período em que há a instauração do procedimento, a condução do procedimento e a publicidade do edital. Nessas etapas, a administração pública justifica a necessidade da compra, verifica a existência de dotação orçamentária, indica o pregoeiro responsável pela licitação e divulga o respectivo edital.⁴⁴

A fase licitatória, por sua vez, compreende a fase inicial de admissibilidade das propostas, a fase de julgamento e escolha da melhor proposta, a fase de habilitação, a fase de recursos (os recursos ocorrem no final da própria sessão pública), a fase de adjudicação e a fase da homologação.⁴⁵

Estabelecendo uma comparação com as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, observa-se que o **pregão inverte o procedimento comum de licitação**. Primeiramente, há a identificação da melhor proposta. Em seguida, verifica-se a devida habilitação do concorrente vencedor. Desse modo, privilegia-se a escolha da melhor proposta, em lugar de prolongarem-se infundáveis discussões sobre questões formais na fase de habilitação.

Observa-se também que no pregão o concorrente que oferece o menor preço inicial não é necessariamente o vitorioso: é possível que outros participantes apresentem preços inferiores no decorrer da sessão, seja ela presencial ou eletrônica, o que tem levado a administração a obter preços significativamente inferiores.

Em substituição à comissão de avaliação do processo licitatório comum, no pregão há o pregoeiro e a equipe de apoio. A atividade do pregoeiro, entretanto, requer qualificação técnica específica. Com relação à impugnação do edital do pregão, a Lei nº

⁴² Nesse sentido, ver: SCARPINELLA, Vera. Ob. Cit., pp. 54-55.

⁴³ Os órgãos privados sem fins lucrativos que recebem recursos públicos podem utilizar os sistemas de pregão eletrônico de terceiros, caso não possuam sistema próprio de pregão.

⁴⁴ Nesse sentido, ver: SCARPINELLA, Vera. Ob. Cit., pp. 94-95.

⁴⁵ Nesse sentido, ver: SCARPINELLA, Vera. Ob. Cit., pp. 110-111.

10.520 não apresenta regra específica, aplicando-se nesses casos os dispositivos da Lei nº 8.666. Os recursos na fase de licitação devem observar as previsões da lei do pregão.

O pregão eletrônico corresponde a um desdobramento do pregão presencial. A sua diferença está na utilização de recursos de informática, o que possibilita a realização do procedimento em ambiente virtual muito mais acessível, por ser menos custoso a concorrentes situados em distintas localidades. Todos os atos relativos ao processo de licitação observam as mesmas regras do pregão presencial. Trata-se, portanto, de ferramenta de gestão que confere ainda maior transparência e celeridade às aquisições da administração pública.⁴⁶

d) A licitação aplicável a contratos especiais

Conforme indicado na introdução deste documento, existem outros importantes diplomas legais que, embora não regulem a aquisição de bens e serviços para o poder público, disciplinam as contratações feitas pela administração pública no Brasil. Entre eles, destacam-se a Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, disciplina a concessão de serviços públicos. A concessão corresponde à delegação da prestação do serviço público, feita pelo poder concedente (União, Estados ou Municípios, conforme regra de competência), mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. A formalização da concessão ocorre por meio da celebração de contrato, que deve observar os termos da lei de concessões, outras normas pertinentes e o edital de licitação. A lei de concessões apresenta critérios específicos para o julgamento das propostas, que derrogam, no caso de concessão de serviços públicos, aqueles indicados pela lei de licitações.

Ressalte-se, ainda, que a lei de concessões apresenta regras específicas sobre o edital, além de prever a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

As modalidades contratuais mais recentes são os contratos de concessão patrocinada e concessão administrativa, conhecidos sob a denominação de parcerias público-privadas - PPPs. Instituídos pela Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, essas duas modalidades de concessão possibilitam o estabelecimento de ajuste entre o poder público e o setor privado para a execução de um objeto múltiplo que será destinado direta ou indiretamente à coletividade.

Para alguns autores, esses contratos praticamente se assemelham às concessões comuns, regidas pela Lei federal n. 8.987/95. Para outros, as normas estipuladas na Lei federal de PPPs constituem um novo regime e utilizam as regras das concessões comuns apenas de forma subsidiária.

⁴⁶ No Estado de São Paulo, o Decreto nº 45.695, de 05 de março de 2001, passou a denominar Bolsa Eletrônica de Compras – BEC o sistema competitivo eletrônico para compras de bens para a entrega imediata. Nos termos do referido decreto, os interessados em operar no sistema BEC/SP devem inscrever-se em Cadastro Geral de Fornecedores – CADFOR da administração pública paulista. As contratações mediante dispensa de licitação pelo valor (nos termos da Lei nº 8.666) devem ser efetivadas preferencialmente por meio da BEC.

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Essa modalidade já era viável por meio das receitas complementares previstas na Lei federal nº 8.987. Assim, entendem alguns autores que a Lei de PPPs parece ter a finalidade de confirmar os limites para as despesas com esse tipo de contrato e elucidar dúvidas quanto à utilização da legislação já existente para dar outros contornos a essas parcerias como, por exemplo, a possibilidade de pagamento de parcelas complementares à contratada e a adoção de outros critérios de julgamento para a seleção de proposta mais vantajosa.⁴⁷

A concessão administrativa, por sua vez, corresponde a contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Trata-se, portanto, de modalidade contratual pela qual o parceiro privado assume o encargo de investir e implantar infraestrutura estatal, bem como de fazer sua manutenção, sendo remunerado a longo prazo.

Essa modalidade era possível apenas por meio de contrato administrativo de serviços previsto na lei de licitações, mas com regras bastante distintas daquelas atualmente aplicáveis para a concessão administrativa. Por obedecerem a lei de licitações, os contratos administrativos de prestação de serviços deviam observar as formas de execução, pagamento e prazos estipulados por aquela norma, o que impossibilitava, por exemplo, delegar ao parceiro privado o detalhamento da forma de prestação do serviço, atrelar a remuneração à fruição do serviço prestado e celebrar contratos de longo prazo, como ocorre no âmbito das PPPs.⁴⁸

Conforme mencionado anteriormente, as parcerias público-privadas devem ser precedidas de licitação, na modalidade concorrência. Ainda que tais parcerias observem o disposto na lei de licitações e na lei de concessões, elas podem ter o seu processo de julgamento baseado em critérios distintos e podem ainda observar regras que permitem, por exemplo, a inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento, nos termos da Lei nº 11.079.

⁴⁷ Nesse sentido, afirmou Carlos Ari SUNDFELD por ocasião da elaboração da Lei federal de PPPs: "O Brasil já tinha essa legislação. O que então se propunha como desafio não era criar o conceito de PPP (em sentido amplo) ou dar contornos normativos a um tema esquecido. A questão era bem mais simples: **complementar a legislação** para viabilizar contratos específicos que, embora interessantes para a Administração, ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa, ou por proibição legal. A Lei das PPPs (isto é, a Lei federal 11.079) teve, então, o limitado escopo de instituir justamente as regras faltantes. E o que faltava? Em primeiro lugar, normas disciplinando o oferecimento, pelo concedente a concessionários de serviço ou obra pública, de garantia de pagamento adicional de tarifa. É verdade que no regime da Lei de Concessões já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, **sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias**, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente. Pois bem, para criar esse sistema, a Lei das PPPs deu um nome próprio - o de "concessões patrocinadas" - às concessões de serviços público (incluindo a exploração de obra pública) que envolvam o pagamento adicional de tarifa pela Administração. **As concessões patrocinadas não são algo novo, pois já existiam juridicamente.** Novo é o nome, criado só para facilitar a comunicação (...)." (SUNDFELD, Carlos Ari SUNDFELD, "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas", in Carlos Ari (coordenador). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 20-22).

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari SUNDFELD, "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas", in Carlos Ari (coordenador). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 23-24.

A utilização da Lei de PPPs⁴⁹ ainda é recente. Verifica-se a sua utilização em projetos em elaboração e/ou andamento, tais como a restauração, manutenção, operação e aumento da capacidade das rodovias BR-116 e BR-324; a exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo; e a ampliação e melhoria do sistema produtor do Alto Tietê – SPAT/São Paulo. O resultado de tais inovações jurídico-institucionais ainda deverá ser objeto de avaliação futura.

CONSIDERAÇÕES⁵⁰:

Deve-se ter em mente que todos os organismos governamentais realizam licitações para compra de produtos usados diariamente até grandes obras. A prática de corrupção pode ocorrer por meio do cargo ocupado pelo agente público, que valendo-se da sua posição, oferece vantagens em troca do pagamento de subornos, bem como por administrador que pode receber a propina em troca da escolha do vencedor. Nos últimos anos no Brasil, foi possível identificar três principais modalidades de corrupção em licitações e contratos:

- a) **Acordo prévio entre participantes:** uma das possibilidades de licitação fraudada é o acordo prévio entre todos os participantes de uma determinada licitação, definindo a ordem em que cada um deles vai participar. Os ganhadores da licitação no tempo A perderão no tempo B, em rodízio. As propostas dos licitantes são previamente acordadas entre eles;
- b) **Superfaturamento:** O governante pode trabalhar com valores muito acima dos de mercado e pode haver desvios desses valores. Grande parte do dinheiro público acaba sendo desviada no meio do caminho, seja para benefício do gestor público, seja para benefício do parceiro privado;
- c) **Autonomia do Executivo para definir especificações subjetivas nos processos de licitação:** o governante, ao elaborar o edital da licitação, tem a prerrogativa de definir “condições especiais” para a realização do serviço, além de poder definir fatores relativos à “qualidade” dos serviços prestados. São dois exemplos de especificações com poucos contornos objetivos, facilitando a fraude e conluio entre governo e atores privados corruptos⁵¹.

RECOMENDAÇÕES:

- a) Evitar que se feche o mercado nos processos licitatórios, introduzindo uma lógica parecida com a do pregão eletrônico, em que mais empresas podem participar e com transparência;

⁴⁹ A lei de PPPs é um contrato de concessão de prestação de serviço público e não um processo de licitação, mas na contratação de grandes obras tem aumentado a transparência.

⁵⁰ Entrevistas realizadas com Sra. Vera Monteiro especialista em Direito Público e Regulação, da Sundfeld Associados; Sr. José Diniz e Sr. Airton Florentino de Barros do Ministério Público de São Paulo.

⁵¹ O pregão tem sido apontado como eficaz na inibição desta prática, pois inverte as fases de licitação, e o preço passa a ser o critério primordial e não as especificações, como usualmente ocorre na licitação.

- b) Evitar as alterações contratuais que destinam mais recursos para uma obra já em andamento e usualmente são indicadoras de práticas ilícitas;
- c) Uniformidade das regras e de boas práticas para todas as regiões administrativas, de forma garantir a eficiência e transparência nos processos licitatórios;
- d) Desenvolver mecanismos para incentivar a boa execução de contratos de licitação;
- e) Priorizar os contratados bem avaliados na execução do contrato, através de um cadastro unificado com informações sobre licitantes;
- f) Criar incentivos funcionais para bons gestores públicos, como: promoção e gratificação salarial;
- g) Elaboração de um catálogo de material com especificação de produtos, de forma evitar desvios na etapa de compras e aquisição de bens.

CAPÍTULO SEGUNDO

SISTEMAS PARA PROTEGER FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E CIDADÃOS PARTICULARES QUE DENUNCIEM DE BOA-FÉ ATOS DE CORRUPÇÃO (ARTIGO III, PARÁGRAFO 8, DA CONVENÇÃO)

- a) Há em seu país normas e/ou outras medidas que estabeleçam sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção da sua identidade? Em caso afirmativo, descreva sucintamente esses sistemas, relacione as disposições e documentos em que estejam previstos e deles anexe cópia.

Com relação ao acima exposto, refira-se, entre outros aspectos, aos seguintes:

- i. Mecanismos de denúncia (por exemplo, denúncia anônima e denúncia com proteção de identidade).
- ii. Mecanismos de denúncia de ameaças ou represálias.
- iii. Mecanismos de proteção de testemunhas.

Resposta 03. Mecanismos de denúncia contra atos de corrupção e de proteção a funcionários públicos e cidadãos

a) Mecanismos de denúncia de atos de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, as regras que disciplinam a apresentação de denúncias contra atos de corrupção são tratadas de forma esparsa pela legislação. Isso significa que a realização de denúncias de atos de corrupção por funcionários públicos e cidadãos não são tratadas de forma sistemática pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme se observa na legislação brasileira, existem vários mecanismos de denúncia, bem como órgãos e entidades aptos a recebê-las. A própria Constituição federal apresenta dispositivos voltados a garantir a realização de denúncias contra atos de autoridades ou servidores. Nos termos do artigo 127 da Constituição, compete ao

Ministério Público defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesse sentido, as denúncias podem ser encaminhadas ao Ministério Público, mediante representação do cidadão.

Pode-se mencionar também o artigo 58, §2º, IV, que garante o direito de apresentar às comissões do Congresso Nacional petições, reclamações, representações ou queixas contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas, bem como o artigo 74, §2º, que garante a qualquer cidadão o direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

Ainda, existem mecanismos internos na administração pública brasileira (em observância ao disposto no artigo 74 da Constituição, que trata do controle interno no âmbito dos poderes legislativo, executivo e judiciário) para o recebimento de denúncias contra autoridades e servidores públicos, tais como as corregedorias e as ouvidorias, criadas conforme as regras de cada um dos entes da federação.⁵²

Alguns diplomas legais impõem aos funcionários públicos o dever de representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder cometido no âmbito da administração pública. Entretanto, não há previsão expressa de proteção para aqueles que efetivamente prestam tais informações ou oferecem essas denúncias, exceto em casos de denúncias no âmbito de investigações e processos criminais já em andamento (*cf.* Lei federal nº 9.807, de 13 de julho de 1999, objeto de análise no item “b” *infra*).

Com relação aos diplomas legais que, no âmbito da União, estabelecem mecanismos de denúncias contra ilegalidades cometidas no âmbito da administração pública, cumpre destacar os seguintes:

- *Estatuto dos Servidores Civis da União*. A Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prevê como **dever dos servidores**: (i) levar ao conhecimento da **autoridade superior** as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo (*cf.* art. 116, VI); e (ii) representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (*cf.* artigo 116, XII). A representação deve ser encaminhada e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual foi formulada, assegurando-se ao representando a ampla defesa. O Estatuto também impõe à qualquer autoridade que tenha ciência de irregularidade no serviço público o dever de promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, sendo assegurada ao acusado a ampla defesa (*cf.* art. 143, *caput*). Para serem averiguadas, as denúncias sobre irregularidades devem obrigatoriamente conter a **identificação e o endereço do denunciante** e, ainda, devem ser **formuladas por escrito**, uma vez confirmada a sua autenticidade (*cf.* art. 144, *caput*).

⁵² Recentemente, verifica-se a criação de ouvidorias nos órgãos da administração pública brasileira. De modo geral, as ouvidorias têm por objetivo assegurar a possibilidade de manifestação do cidadão em relação aos serviços prestados pelos órgãos públicos, bem como a análise dessas reivindicações no âmbito administrativo. De regra, as funções de ouvidor são exercidas por agente público, que tem a responsabilidade de receber, avaliar e encaminhar as manifestações do cidadão. No âmbito da União, a Ouvidoria-Geral encontra-se vinculada à Controladoria-Geral da União - CGU, sendo responsável, além das atribuições anteriormente mencionadas, pela coordenação técnica das ouvidorias do poder executivo federal.

- *Lei de improbidade administrativa.* A Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, estabelece que **qualquer pessoa** poderá representar à **autoridade administrativa** competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.⁵³ A representação, que deve ser **escrita** ou reduzida a termo, deve conter a **qualificação do representante**, as informações sobre o ato e sua autoria e a indicação de possíveis provas (*cf.* art. 14, §1º).⁵⁴ Caso essas formalidades não estejam presentes, a autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado. Essa rejeição, entretanto, não impede a representação ao Ministério Público (*cf.* art. 14, §2º). Atendidos todos os requisitos, a autoridade deve dar início à apuração dos fatos, bem como dar conhecimento ao **Ministério Público** e ao **Tribunal de Contas** da existência de procedimento administrativo para apuração de ato de improbidade (*cf.* art. 14, §2º, e art. 15).
- *Lei de crimes de responsabilidade.* Nos termos da Lei federal nº 1.079, de 10 de abril de 1950, é permitido a **qualquer cidadão** denunciar o Presidente da república ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados (*cf.* art. 14, *caput*).⁵⁵ Da mesma forma, qualquer cidadão pode formular denúncia contra o Governador perante a Assembléia Legislativa. Tais denúncias podem ser apenas recebidas enquanto o denunciado não tiver deixado definitivamente o cargo. Além disso, a denúncia deve ser obrigatoriamente **assinada pelo denunciante**, acompanhada de documentos que a comprovem ou da indicação de testemunhas. Caso se trate da acusação de crime comum, o processo será encaminhado ao Poder Judiciário.
- *Código Penal.* O artigo 320 do código penal brasileiro prevê que os ocupantes de cargos ou funções de chefia e direção têm o **dever** de tomar as providências para apurar a responsabilidade de servidores, assim que tiverem ciência de atos ou fatos que possam importar infrações. Considera-se **crime de condescendência criminosa** deixar de responsabilizar o funcionário por indulgência ou não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. A pena para tais casos é de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

De modo geral, a legislação brasileira prevê mecanismos para a realização de denúncias contra atos de corrupção. A representação contra ilegalidades cometidas no âmbito da administração pública é prevista como dever funcional do agente público e a ausência de providências para apuração da responsabilidade de servidores é considerada crime.

Entretanto, tais dispositivos nem sempre se mostram eficazes, em razão da relação hierárquica entre o subordinado e seu superior. Ainda que a denúncia possa ser

⁵³ Os atos descritos na referida lei, passíveis de imputação de sanções, são: (i) o enriquecimento ilícito, caracterizado por qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida auferida pelo agente público ou terceiro beneficiário; (ii) o prejuízo ao erário, consubstanciado na perda patrimonial, desvio, apropriação, mal-baratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos; e (iii) atos atentatórios contra os princípios da administração pública, caracterizados pela violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

⁵⁴ A lei de improbidade considera crime a representação por ato de improbidade contra agente público quando o autor da denúncia o sabe inocente, estabelecendo para tanto pena de detenção, de 06 a 10 meses, e multa (*cf.* art. 19, *caput*).

⁵⁵ Tal denúncia estende-se, nos termos do art. 41, *caput*, da referida lei, aos Ministros do STF e ao Procurador Geral da República, em caso de crime de responsabilidade.

encaminhada a autoridade superior àquela contra a qual foi formulada, a legislação não prevê qualquer mecanismo de proteção contra ameaças ou represálias ou, ainda, proteção de identidade do denunciante, o que pode comprometer a identificação de irregularidades no âmbito da administração pública.

b) Mecanismos de proteção de testemunhas de crimes

Com relação à proteção de testemunhas no Brasil, aplica-se a Lei federal nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Essa lei (i) estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, (ii) institui o Programa Federal de Assistência às Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, e (iii) dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e a processo criminal.

No caso de proteção a testemunha de crimes, as medidas de proteção devem ser prestadas pela União, Distrito Federal e Estados, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados de acordo com as diretrizes estipuladas na lei acima mencionada.

Em síntese, o ingresso nos programas de proteção a vítimas e testemunhas deve observar o seguinte: situação de risco, relação de causalidade, personalidade e conduta compatíveis, inexistência de limitações à liberdade e anuência do protegido.

A lei federal estabelece que a solicitação para o ingresso no programa de proteção poderá ser feita pelo próprio interessado, por representante do ministério público, pela autoridade policial que conduz a investigação criminal, pelo juiz competente para a instrução do processo criminal ou por órgãos públicos e entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos.

A decisão sobre o ingresso de protegido no programa ou a sua exclusão compete a um conselho deliberativo, composto obrigatoriamente por membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados à segurança pública e defesa dos direitos humanos. Ainda, toda admissão ou exclusão deve ser precedida de consulta o Ministério Público.

Os programas de proteção devem compreender uma série de medidas, tais como a segurança na residência, escolta e segurança para deslocamentos, ajuda financeira mensal, preservação da identidade e dados pessoais, alteração do nome (somente em casos excepcionais), entre outros. Como regra, foi estabelecido que a proteção oferecida pelo programa terá a duração máxima de dois anos, podendo ser prorrogada em circunstâncias excepcionais.

No âmbito da União, foi instituído o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, por meio do **Decreto federal nº 3.518, de 20 de junho de 2000**. Além de observar as diretrizes acima, o programa federal conta com uma “Rede Voluntária de Proteção”, constituída pelo conjunto de associações civis, entidades e demais organizações não-governamentais que tenham firmado termos compromisso com órgão executor do programa e que recebam, sem auferir lucros ou benefícios, aqueles indivíduos admitidos no programa, proporcionando-lhes moradia e oportunidades de inserção social em local diverso de sua residência.

A lei que disciplina a proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, assim como o decreto que regulamenta o programa federal de assistência a vítimas e testemunhas, não fazem menção direta à proteção de funcionários públicos e cidadãos que denunciem atos de

corrupção. Entretanto, tais diplomas legais são a eles aplicáveis, desde que se encontrem em situação de risco e que a sua colaboração ocorra no âmbito de procedimento em que figuram como vítima ou testemunha.

Nesse sentido, pode-se inferir que a legislação sob análise estabelece um sistema de proteção para colaborações e denúncias em investigações ou processos criminais que já estão em andamento, mas não necessariamente para denúncias de atos de corrupção que possam dar início a novos procedimentos contra irregularidades na administração pública.

CONSIDERAÇÕES ⁵⁶:

No Brasil, dependemos fortemente de denúncias de integrantes dos esquemas de corrupção, algo facilitado nos casos de licitações – pois nem todo conluio consegue incluir todos os participantes possíveis – e bastante dificultado nos atos típicos de corrupção (corrupção ativa e passiva, peculato, concussão, etc.). O programa que atualmente se responsabiliza pela proteção ao cidadão, coagido ou ameaçado, em colaborar em inquéritos policiais ou processos criminais é o Provita⁵⁷. Este programa foi criado em 1999 e é uma parceria entre o Estado e a Sociedade Civil. Oferece assistência social, psicológica e jurídica, bolsa de trabalho e cursos profissionalizantes. O Provita atua em 17 Estados e no Distrito Federal. Em 2007, em São Paulo⁵⁸, foram atendidas 247 pessoas de 73 casos⁵⁹, nos 10 anos de atuação, dezembro de 1999 a fevereiro de 2007, o Provita atendeu 593 casos, totalizando 1180 pessoas⁶⁰. No Estado de São Paulo, há um dispositivo, o Provimento nº 32/2000, que permite a subtração de informações pessoais de vítimas ou testemunhas que reclamarem de coação ou grave ameaça. Trata-se da supressão no processo de informações como endereço, nome, situação civil, profissão etc. Por não representar um mecanismo eficaz de proteção, a testemunha sente-se desamparada e na maioria das vezes não comparece para depor - quando o faz, teme pela própria vida. Há dois motivos que levam a este comportamento: o primeiro deve-se à baixa credibilidade que o cidadão tem na eficácia do Estado como um agente capaz de protegê-lo; e o segundo é que operadores do sistema jurídico evitam a legislação de proteção por saber que não será possível assegurar a proteção plena do indivíduo.

RECOMENDAÇÕES:

- 1) Ampliação do recurso de delação premiada para todos os réus e testemunhas com envolvimento criminal em atos de corrupção;
- 2) Ampliação do benefício de alteração dos dados pessoais como nome e endereço às vítimas de atos de corrupção, com alto risco à ameaça;

⁵⁶ As considerações a seguir foram obtidas em entrevistas realizadas com Ms. Marcelo Semer é Juiz de Direito no Estado de São Paulo e Sr. José Diniz, promotor, do Ministério Público de São Paulo.

⁵⁷ Endereço eletrônico: <http://www.justica.sp.gov.br/modulo.asp?modulo=44&Cod=44>.

⁵⁸ Ressaltamos que o Estado de São Paulo é o que mais protege pessoas. O programa tem 9 anos e a maior dificuldade tem sido a obtenção de recursos, considerando-se que o Provita é um programa de governo e não de Estado.

⁵⁹ Envolvendo todos os casos criminais e não apenas de corrupção. Os dados sobre proteção são sigilosos e não foi possível obter informações específicas sobre delações de atos corruptos.

⁶⁰ Dados obtidos na Secretaria Estadual da Justiça e Defesa da Cidadania:
www.saopaulo.sp.gov.br/linha/sec_justica.htm - 10k

- 3) Lei federal tornando obrigatório o programa de proteção às vítimas e testemunhas a todos os Estados brasileiros;
- 4) Criar dispositivos legais que permitam que o programa de proteção seja um programa de Estado e não de governo, ao contrário do que ocorre hoje, criando e propiciando estabilidade e recursos financeiros para o programa.

CAPÍTULO TERCEIRO

ATOS DE CORRUPÇÃO (ARTIGO VI DA CONVENÇÃO)

1. Tipificação dos atos de corrupção dispostos no artigo VI.1 da Convenção

- a) Seu país tipifica como delitos os atos de corrupção de que trata o artigo VI.1 da Convenção que se transcrevem neste parágrafo do questionário? Em caso afirmativo, descreva sucintamente as normas e/ou outras medidas existentes a esse respeito, salientando a quais desses atos de corrupção se referem especificamente, e as penalidades que estabelecem e delas anexe cópia.
 - Atos de corrupção de que trata o artigo VI.1 da Convenção:
 - i. A solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas.
 - ii. A oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas.
 - iii. A realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro.
 - iv. O aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo.
 - v. A participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo, na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

Resposta 03. Tipificação de atos de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro.

a) Introdução

No Brasil, os atos de corrupção tipificados no Artigo VI da *Convenção Interamericana contra a Corrupção* correspondem a condutas previstas na legislação brasileira como crimes, atos de improbidade administrativa e infrações de natureza ética, conforme a descrição abaixo. De modo geral, todos os atos de corrupção tipificados no Artigo VI da referida *Convenção* são considerados crimes contra a administração pública praticados por funcionário público, no âmbito do Título XI, do **Código Penal brasileiro** (Decreto-lei nº 2.842, de 07 de dezembro de 1940). Para esses crimes são previstas as penas de reclusão, detenção e multa, conforme o ato cometido.

Para efeitos penais, considera-se funcionário público aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública (artigo 327, *caput*, do Código Penal). Equipara-se a funcionário público aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou, ainda, que trabalha em empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública (artigo 327, §1º, do Código Penal).

Esses atos também se enquadram nos moldes dos atos ilícitos previstos pela Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como **lei de improbidade administrativa**. Essa lei disciplina as sanções aplicáveis aos agentes públicos em decorrência da prática de atos de improbidade no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública brasileira.

Para os atos de corrupção previstos na *Convenção* que são considerados atos de improbidade, são previstas as seguintes sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por prazo determinado, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou, ainda, de receber benefícios ou incentivos fiscais, por prazo determinado. As sanções previstas nessa lei são aplicáveis independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

Ainda que a lei de improbidade administrativa seja aplicável a todos os agentes públicos, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal afastou, no âmbito da Reclamação nº 2.138/DF, a sua aplicação aos agentes políticos, em especial, aos chefes do poder executivo de todas as unidades da federação, assim como a seus auxiliares (ministros e secretários de Estado), que se submetem à lei de crimes de responsabilidade (Lei federal n. 1.079, de 10 de abril de 1950).⁶¹

Com relação à **lei de crimes de responsabilidade**, é possível dizer que tal diploma legal regula apenas de forma genérica os atos de corrupção previstos no Artigo VI da *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. A lei considera como crimes de

⁶¹ Trata-se ainda de interpretação elaborada a partir de julgamento de caso isolado. Deve-se considerar que tal entendimento pode ser alterado com nova composição do Supremo Tribunal Federal.

responsabilidade diversas condutas praticadas pelo Presidente da República (bem como pelos chefes do poder executivo de todas as unidades da federação e seus auxiliares, após a decisão do STF acima mencionada) contra a probidade da administração, entre as quais proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo. Esses crimes são passíveis da pena de perda de cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública.

A Lei federal nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, que regula os casos de abuso de autoridade, também estabelece sanções penais (além de sanções administrativas e civis) para a prática dos atos descritos na *Convenção*. Isso porque, nos termos dessa lei, qualquer “ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”, pode determinar a aplicação de pena de multa, detenção ou perda de cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por até três anos.

A Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (a Lei de Licitações), estabelece sanções administrativas e penais em face de condutas ilícitas, por parte de agentes públicos, no âmbito dos processos de licitação. Algumas condutas previstas nessa lei correspondem aos atos de corrupção tipificados na *Convenção* ora referida e são punidas mediante aplicação de multa e/ou detenção.

A Lei federal nº 9.613, de 03 de março de 1998, tipifica como crime ato de corrupção previsto na *Convenção*, uma vez que dispõe sobre os **crimes de “lavagem” ou ocultação de bem, direitos e valores**. As penas previstas para esse crime são reclusão e multa.

Por fim, os atos de corrupção previstos na *Convenção* sob análise são considerados, ainda, infrações ao **Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal** (Decreto federal nº 1.171, de 22 de junho de 1994), ao **Código de Conduta da Alta Administração Federal** (Decreto federal s/ nº, de 21 de agosto de 2000) e ao **Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em Exercício da Presidência e da Vice-Presidência** (Decreto federal nº 4.081, de 11 de janeiro de 2002). A inobservância das normas previstas nesses Códigos pode acarretar a censura ética, a exoneração do cargo em comissão ou dispensa da função de confiança e a restituição da pessoa à empresa contratada pelo poder público, conforme previsão legal.

b) os atos de corrupção tipificados no Artigo VI da Convenção Interamericana contra a Corrupção em face do ordenamento jurídico brasileiro

“i. A solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas”.

- *Código Penal*. O artigo 317 do Código Penal brasileiro considera **crime de corrupção passiva** “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Para esse crime é prevista a pena de reclusão, de 02 a 12 anos, e multa.⁶² Caso o funcionário venha a retardar ou deixe de praticar qualquer ato de ofício ou venha a praticá-lo infringindo dever funcional, em consequência da vantagem ou promessa, há previsão de ampliação da pena. Ainda, se o funcionário praticar, deixar de praticar ou retardar ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem, receberá pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa. Ainda em relação a esse ato de corrupção previsto na *Convenção*, cumpre mencionar que o Código Penal, em seu artigo 316, considera **crime de concussão** “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”. A pena prevista para esse crime é de reclusão, de 02 a 08 anos, e multa.
- *Lei de improbidade administrativa*. O artigo 9º, I, da Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, considera **ato de improbidade administrativa**, importando enriquecimento ilícito, “receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”. De acordo com artigo 9º, X, da referida lei, também configura ato de improbidade receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado o agente público. As penas, já mencionadas anteriormente, deverão levar em conta o dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.
- *Lei de Crimes de Responsabilidade, Lei de Abuso de Autoridade e Códigos de Ética e Conduta*. O ato de corrupção em referência enquadra-se no artigo 4º, V, da Lei de crimes de responsabilidade, no artigo 4º, “h”, da Lei de abuso de autoridade, bem como nos Códigos de Ética e Conduta aplicáveis aos agentes públicos.

“ii. A oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas”.

- *Código Penal*. O artigo 333 do Código Penal considera **crime de corrupção ativa** “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a participar, omitir ou retardar ato de ofício”. Cumpre esclarecer que, nesse caso,

⁶² Cumpre mencionar que a pena de reclusão, anteriormente cominada em 01 a 08 anos, foi aumentada por meio da lei 10.763, de 12 de novembro de 2003.

trata-se de crime praticado por particular contra a administração pública. Se houver a efetiva participação do funcionário público, este cometerá crime de corrupção passiva. Para o crime de corrupção ativa é prevista a pena de reclusão, de 02 a 12 anos, e multa. Caso o funcionário venha a retardar ou omitir ato de ofício ou, ainda, o pratique infringindo dever funcional, em razão da vantagem ou promessa, há previsão de aumento da pena.⁶³

“iii. A realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro”.

- *Código Penal*. Assim como o ato de corrupção previsto no item (i) do artigo VI da *Convenção*, esta conduta pode ser considerada **crime de corrupção passiva**, previsto no artigo 317 do Código Penal, gerando os efeitos legais anteriormente mencionados.
- *Lei de improbidade administrativa*. O artigo 9º, I e X, da Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992 considera ato de improbidade administrativa a conduta acima indicada. As penas, já mencionadas anteriormente, deverão levar em conta o dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.
- *Lei de Crimes de Responsabilidade, Lei de Abuso de Autoridade e Códigos de Ética e Conduta*. O ato de corrupção em referência enquadra-se no artigo 4º, V, da Lei de Crimes de Responsabilidade, no artigo 4º, “h”, da Lei de abuso de autoridade, bem como nos Códigos de Ética e Conduta aplicáveis aos agentes públicos.

“iv. O aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo”.

- *Lei de Crimes de “Lavagem”*. Nos termos do artigo 1º, V, da Lei federal nº 9.613, de 03 de março de 1998, que dispõe sobre os **crimes de “lavagem” ou ocultação de bem, direitos e valores**, considera-se crime “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime contra a administração pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos”. A pena prevista para tal crime é a reclusão, de 03 a 10 anos, e multa.

Incorre na mesma pena qualquer pessoa que, para ocultar os bens, direitos ou valores provenientes dos crimes tipificados na lei referida, os converte em ativos ilícitos, os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere ou, ainda, importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros (*cf.* artigo 1º, §1º). Também incorre na mesma pena quem

⁶³ Cumpre mencionar que a pena de reclusão, anteriormente cominada em 01 a 08 anos, foi aumentada por meio da lei 10.763, de 12 de novembro de 2003.

utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes tipificados na lei (cf. artigo 1º, §2º, I).

Cumpra mencionar que a pena por esse crime deve ser aumentada, caso o crime seja cometido de forma habitual ou por meio de organização criminosa. Por fim, caso o partícipe colabore espontaneamente com as autoridades, a lei 9.613 prevê hipótese de redução da pena e outros benefícios para o seu cumprimento.

Além de outras sanções penais cabíveis, a condenação pelo crime de ocultação, acima descrito, implica na perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto do crime, bem como na interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza, pelo dobro do tempo estipulado para a pena privativa de liberdade aplicada (cf. artigo 7º, da Lei nº 9.613).

“v. A participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo, na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo”.

- *Código Penal*. Nos termos do artigo 29 do Código Penal, aquele que de qualquer modo concorre para o crime (**concurso de pessoas**) incorre nas penas a ele aplicáveis, na medida de sua culpabilidade. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser reduzida de um sexta a um terço (artigo 29, §1º). Por sua vez, se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, aplica-se a pena prevista para esse crime. Essa pena pode ser aumentada até a metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Cumpra esclarecer que não se pode falar em co-autoria entre corrupto e corruptor, uma vez que cada um deles deve responder por crime específico (como, por exemplo, corrupção ativa e corrupção passiva).
- *Lei de Crimes de “Lavagem”*. No caso do crime de “lavagem” e ocultação, previsto na Lei federal nº 9.613, de 03 de março de 1998, aquele que participa de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade é dirigida à prática do crime, também estará sujeito à penalidade.

c) Outras observações

Para todos os crimes cometidos contra a administração pública, indicados pelo Código Penal brasileiro, haverá o aumento da pena em um terço para os casos em que os seus autores forem ocupantes de **cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento** de órgão da administração direta, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público.

Ressalte-se que, além dos crimes indicados acima (corrupção ativa, corrupção passiva e concussão), o Código Penal brasileiro tipifica como “crimes praticados por funcionário público contra a administração pública” (artigos 312 a 326) uma série de outras condutas que não estão previstas expressamente na *Convenção Interamericana contra a Corrupção*.

CONSIDERAÇÕES⁶⁴:

O Brasil apresenta dois principais mecanismos legais de controle sobre atos de corrupção:

a) Lei de Improbidade Administrativa (LIA); b) Código Penal. No caso das condenações administrativas, pela LIA, as provas costumam ser mais evidentes e juridicamente eficientes. No segundo caso, do Código Penal, há algumas vulnerabilidades que dificultam a condenação:

1) Para a condenação penal, cabe ao promotor provar que o acusado agiu de modo corrupto. Como se sabe, no entanto, provas cabais de atos corruptos são de difícil obtenção – são crimes que não deixam evidências. O promotor busca provas, solicita quebra de sigilo telefônico e bancário e outros recursos que contribuem para que haja evidências efetivas sobre o investigado de praticar atos de corrupção. Quanto à aplicação da LIA, não se exige o mesmo rigor do ponto de vista da valoração de provas. Não há exigência do dolo penal que é necessário para a condenação pela prática de crime de concussão, prevaricação, corrupção passiva;

2) No Código Penal, a responsabilidade é subjetiva: exige-se, salvo exceções, o dolo, ou seja, a intenção materializada em prova concreta. Na LIA, a responsabilidade é objetiva, ou seja, há inversão do ônus da prova. Por exemplo, se um funcionário público ou político apresentar enriquecimento incompatível com seus vencimentos, cabe a ele demonstrar a origem lícita dessa riqueza. A fiscalização se torna mais eficaz, pois exige menos tempo e recursos dos controladores.

Vejamos alguns dados sobre a aplicação da lei de improbidade administrativa no Estado de São Paulo: de janeiro/2006 a agosto/2007 o Ministério Público do Estado de São Paulo moveu 863 ações de improbidade contra prefeitos⁶⁵, envolvendo R\$ 885.977.876,70. De 2001 a setembro de 2007, foram instaurados 3.182 processos civis sobre o tema de improbidade administrativa⁶⁶.

Há algumas discussões em curso para modificar a Lei de Improbidade Administrativa que poderão flexibilizar a aplicação da mesma:

1) Decisão recente do Supremo Tribunal Federal afirma que a LIA não se aplica ao primeiro e segundo escalão da administração pública federal⁶⁷. Trata-se de decisão sobre quem se sujeita à lei de crime de responsabilidade e à lei de improbidade. Esse entendimento pode mudar em razão da nova composição do STF.

2) Sobre a questão do foro privilegiado, há uma discussão que diz respeito à aplicabilidade desse recurso à ex-ocupantes de cargos públicos.

⁶⁴ As considerações a seguir, são produto de entrevistas realizadas com: Dr. Roberto Livianu é promotor de Justiça e presidente da ONG Movimento do Ministério Público Democrático (MPD); Sr. Airton Florentino de Barros promotor no Ministério Público de São Paulo; e Sr. Roberto Caldeira Barioni, juiz aposentado.

⁶⁵ Os dados deste parágrafo foram obtidos junto ao Centro de Apoio da Cidadania do Ministério Público do Estado de São Paulo. Para detalhamento ver anexos 2, 3, 4, 5, 6, 7.

⁶⁶ Ver anexo IV.

⁶⁷ Decisão em 2000.

RECOMENDAÇÕES:

1. Aplicação da lei de improbidade administrativa a todos os ocupantes de cargos públicos e políticos do primeiro e do segundo escalão da administração pública federal, exceto o presidente da República;
2. Inclusão de dispositivo legal que permita o confisco de bens e propriedades provenientes de enriquecimento ilícito e atos de corrupção;
3. Ampliação da utilização do processo virtual e permissão para distribuir on-line as ações de intimação e utilização do dispositivo de certificação digital, nos processos de atos de corrupção;
4. Promover a integração e aproximação entre a polícia e o Ministério Público, facilitando a investigação de atos de corrupção;
5. Estabelecer critérios qualitativos para priorizar a investigação de atos de corrupção mais custosos e mais danosos para a sociedade.