

O CONTROLE CIDADÃO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



César Wagner Marques Barreto

Analista de Controle Externo
Secretário Geral do Tribunal de Contas do Estado do Ceará
Professor Adjunto MS/ da Universidade Estadual do Ceará (UECE)

INTRODUÇÃO

No texto *Constituição Coragem*¹, Ulysses Guimarães, então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, fez a seguinte profissão de fé:

(...)
DIFERENTEMENTE DAS SETE
CONSTITUIÇÕES ANTERIORES,
COMEÇA COMO HOMEM.
GRAFICAMENTE TESTEMUNHA A
PRIMAZIA DO HOMEM, QUE FOI
ESCRITA PARA O HOMEM, QUE O
HOMEM É SEU FIM E SUA ESPERANÇA.
É A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.

E assim é, de fato, que a Constituição da República tem no cidadão o seu início e fim, garantindo-lhe em preciosos momentos a possibilidade de ser também um meio efetivo e eficiente do controle democrático da Administração Pública, através do que se chamou neste trabalho de *controle cidadão*, com a proposta de demonstrar quando, como e por que o cidadão brasileiro, individualmente, pode e deveria fazê-lo sempre atuar como sujeito do direito de fiscalizar licitações e contratos administrativos, o que o situa em grau de importância equivalente ao dos órgãos de controle interno e externo relativamente à preservação da boa gestão dos dinheiros, interesses e bens públicos.

Para os fins da abordagem assim enunciada, escusado será trazer aqui conceitos, definições, opiniões doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais aplicáveis a aspectos específicos das licitações e dos contratos administrativos.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE CIDADÃO

Inicialmente, é oportuno registrar o fato de que a base legal de configuração do concurso do cidadão em atividades de controle de atos e contratos administrativos encontra-se no próprio Texto Constitucional, mais exatamente nos dispositivos a seguir relacionados:

1.1. Art. 37, caput

Está aqui a pedra fundamental da construção sistêmica de toda a atividade público-administrativa, definida, em extensão e profundidade, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último elevado a categoria maior pela Emenda Constitucional nº 19/98.

1.2. Art. 70

À sua vez, destaca-se o art. 70 da Carta Magna que, tratando da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e suas entidades, reporta-se ao exame de legalidade, legitimidade e economicidade proferido pelo Congresso Nacional (controle externo apoiado no Tribunal de Contas) e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

1.3. Art. 74, § 2º

¹Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

Não é arriscado afirmar que é neste dispositivo que a Constituição Federal, expressa e imperativamente, mais “cidadaniza” o controle:

§ 2º. **Qualquer cidadão**, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (grifou-se).

Nota-se que o cidadão está aí como o primeiro entre os outorgados com o poder denunciante, de modo a se suprir, quando necessário, omissões dos responsáveis pelo controle da gestão pública (art. 74, *caput* e § 1º, CF). É certo que o parágrafo ora transcrito não configura um *poder-dever*, mas parece suficiente para o fim previsto, qual seja o de constitucionalizar a idéia do *controle cidadão*.

1.5. Art. 5º, XXXIII e XXXIV, a

Por último, mas não menos importante para este estudo, vale mencionar os incisos XXXIII e XXXIV, letra a, do art. 5º da Constituição Federal, que atribuem ao cidadão o direito de receber informações de órgãos públicos e o de petição aos Poderes, em defesa de interesses jurídicos individuais ou coletivos e contra a prática de ilegalidades no âmbito da Administração Pública.

Sendo disposições de caráter genérico, valem por si mesmas como fundamento constitucional para o exercício do *controle cidadão* sobre licitações e contratos administrativos, se bem que materializado este no corpo da norma infraconstitucional, como se verá em seguida.

2. ALEI Nº 8.666/93

Neste item serão indicados e comentados os dispositivos da Lei 8.666/93 (com a redação das alterações supervenientes), reguladores do *controle cidadão* incidente sobre licitações e contratos administrativos, na ordem de sua aparição no texto legal.

2.1. Art. 4º (direito público subjetivo)

Art. 4º. **Todos quantos participem de licitação** promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo **qualquer cidadão**

acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (grifou-se).

Tido como norma geral sobre licitações, este dispositivo obriga todos os participantes, indistintamente, à fiel observância do procedimento legal, vale dizer, seus caminhos, objetivos e finalidade, sempre buscando preservar o interesse público e a probidade administrativa. Nesse passo, e em relação à legislação anterior (Decreto-lei 2.300/86), a lei é inovadora, ao incluir o cidadão, por esta condição mesma, como igualmente titular de direito público subjetivo que lhe permite acompanhar o desenvolvimento do processo licitatório.

Destaque-se a parte final do dispositivo (*perturbar ou impedir a realização dos trabalhos*), que será comentada mais adiante neste estudo.

2.2. Art. 7º, §§ 8º e 9º (direitos de receber informações e de petição)

Como lembrado, o cidadão brasileiro tem, constitucionalmente, o direito de receber informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), bem como o de petição aos Poderes (idem, XXXIV, a). Já o § 8º do art. 7º da lei em exame assim estabelece:

§ 8º. **Qualquer cidadão** poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada (grifou-se).

Também aqui se observa uma inovação valiosa da lei, que alarga a participação do cidadão no íntimo dos negócios administrativos, um louvável “*estímulo à fiscalização democrática do procedimento*”, no dizer de Carlos Pinto Coelho Motta².

Atente-se ainda para o § 9º do mesmo artigo, que determina a aplicação das diretrizes ali contidas, no que couber, aos procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação, mantendo-se íntegro o espírito da lei quanto à existência de *controle cidadão* amplo e atuante.

2.3. Art. 15, § 6º (direito de impugnação de preço)

§ 6º. **Qualquer cidadão** é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão da incompatibilidade desse

²Carlos Pinto Coelho Motta. *Eficácia das Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 109-110.

com o preço vigente no mercado (grifou-se).

No dispositivo em foco está assegurada a possibilidade de participação do cidadão no controle dos preços praticados nas compras da Administração Pública, voltada para a compatibilidade destes com os preços normais de mercado.

2.4. Art. 39 (direito de acesso e manifestação em audiência pública pré-licitatória)

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a cem vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea c, desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma **audiência pública**, concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada com a antecedência mínima de 10 dias úteis da sua realização, pelos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão **acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados** (grifou-se).

Põe-se aí, em função do valor da licitação (no caso, a concorrência), a necessidade de realização, obrigatória, de audiência pública iniciadora do processo, à qual quem comparecer terá acesso e direito a informações, podendo inclusive manifestar-se. Essa audiência mostra-se valioso e moderno meio de *controle cidadão* sobre gastos públicos ao permitir a participação popular direta, que se supõe seja favorável à realização e satisfação dos interesses coletivos. Sua importância, aliás, foi ressaltada por Antônio Roque Citadini³, ao afirmar que “a realização de audiência prévia de forma irregular, poderá importar em julgamento desfavorável de toda a licitação”.

2.5. Art. 41, § 1º (direito de impugnação de edital irregular)

§ 1º. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 dias úteis, **sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113** (grifou-se).

Na lição de Hely Lopes Meirelles⁴, o edital “é a lei interna da concorrência e da tomada de preços”, configurando-se assim a licitação como um conjunto de atos vinculados à matriz editalícia. Destarte, vem a lei garantir o *controle cidadão* sobre a base do processo licitatório o edital para imputar-lhe irregularidades, vale dizer, a sua inadequação aos ditames do art. 40. O § 1º do art. 41, supratranscrito, diz **como** o cidadão deve fazer a impugnação do edital (petição escrita à autoridade competente, via comissão de licitação), e **quando** (no prazo de 5 dias úteis antes da data prevista para a abertura dos envelopes de habilitação). Quer parecer também que a *irregularidade* ali mencionada tem espectro amplo, alcançando ilegalidades (inadequação ao art. 40) ou infrações a princípios outros, da lei ou da Constituição, por exemplo, a moralidade, em caso de se estar a produzir discriminação ou favorecimento a este ou àquele licitante, com risco para o êxito do certame.

É de tal ordem valiosa a impugnação do edital, ou mesmo a possibilidade de ocorrer, que a melhor doutrina contemporânea tem-na considerado como um meio recursal, ainda que desprovida de força para paralisar o procedimento, sendo esta a prestigiada opinião de Carlos Pinto Coelho Motta⁵, dentre outros, além do que é um direito que refluí da própria Constituição, até dispensando-se a sua menção no edital ou na lei para se impor como instrumento de ação do *controle cidadão*.

Assim, apesar de não estar incluída expressamente entre os recursos previstos no art. 109 da Lei 8.666/93, a impugnação do edital reveste-se desse caráter, o que aliás se pode concluir pelo estatuído na parte final do § 2º do art. 41, devendo ser respondida pela Administração em prazo certo (3 dias úteis da sua apresentação), assegurado ao autor popular o direito de promover denúncia ao Tribunal de Contas ou aos órgãos de controle interno (art. 113, § 1º).

2.6. Art. 43, § 1º (abertura dos envelopes de habilitação em ato público)

§ 1º. A abertura dos envelopes contendo a documentação para a habilitação e as propostas será realizada sempre **em ato público** previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela comissão (grifou-se).

³Antônio Roque Citadini. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 261, nota 323.

⁴Hely Lopes Meirelles. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: RT, 1990, p. 110.

⁵Carlos Pinto Coelho Motta. Ob. cit, pág. 223.

A obrigatoriedade da abertura dos envelopes de habilitação e das propostas dos licitantes em ato público, de acesso livre aos interessados, é mais um momento em que se estimula o acompanhamento do cidadão, fiscal popular de todo o processo e presença possível do controle democrático da Administração Pública, por obra e graça da Constituição e da lei.

2.7. Art. 45, § 2º (julgamento das propostas, sorteio do desempate em ato público)

§ 2º. No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, **em ato público**, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo (grifou-se).

Neste ponto, vale o mesmo raciocínio exposto no item anterior, visto que a realização do sorteio para desempate na classificação das propostas será, obrigatoriamente, em ato público, ratificando-se outra vez o direito de acompanhamento do procedimento licitatório pelo cidadão, enunciado no art. 4º da lei em exame e já comentado no item 3.1.

2.8. Art. 49 (anulação da licitação por provocação de terceiros)

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou **por provocação de terceiros**, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (grifou-se).

Como se vê, este dispositivo trata do desfazimento da licitação, via revogação motivada em interesse público comprovado, ou por anulação decorrente de ilegalidade, que tanto pode ser declarada de ofício, como por provocação de terceiros, ou seja, de **qualquer cidadão** que venha a ter conhecimento de vício de ilegalidade incidente sobre o procedimento. Registre-se, porém, que o § 4º do mesmo artigo estende o **controle cidadão** à dispensa ou inexigibilidade de licitação, permitindo que, também em tais procedimentos, essa provocação de anulação possa advir de terceiros.

2.9. Art. 63 (direito de obtenção de cópias)

Art. 63. É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a **qualquer interessado**, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos (grifou-se).

Ao permitir a *qualquer interessado* a obtenção de cópias dos termos do contrato e do respectivo procedimento licitatório, a lei sobreleva novamente o papel do cidadão no controle democrático da despesa pública, assegurado originariamente nos direitos de informação e de petição (art. 5º, XXXIII e XXXIV, *a*, da Constituição Federal).

Não é demais mencionar que a valorização do controle popular na *Constituição Coragem* desponta vitoriosa em momentos outros do seu texto, como, por exemplo, no art. 216, § 2º, que, cuidando do patrimônio cultural brasileiro, remete à Administração Pública não só a gestão da documentação respectiva, mas também a adoção das “*providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem*”.

Cabe ainda ressaltar que o pagamento dos emolumentos a que se refere a parte final do artigo em análise não fere o disposto no art. 5º, inciso XXXIV, *caput* e letra *b*, da Constituição Federal, visto tratar-se ali do fornecimento de certidões e não de cópias, obtidas estas por meios eletromecânicos ou eletrônicos cujo custo será do interessado que as solicitar.

2.10. Art. 93 (crime contra a realização de ato de procedimento licitatório)

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.
Pena detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa.

Como se verá em seguida, o cidadão é parte legítima para provocar a iniciativa do Ministério Público ou para apresentar ação privada subsidiária da pública nos crimes definidos na Lei Nacional de Licitações e Contratos. É preciso notar, todavia, que o cidadão, embora sem qualquer vínculo direto com o procedimento licitatório, pode vir a ser, ele próprio, sujeito ativo de alguns delitos ali previstos.

A propósito do art. 93, recorde-se que a parte final do art. 4º (ver item 3.1) adverte para o fato de que o cidadão tem o direito de acompanhar o desenvolvimento da licitação, mas não pode perturbar ou impedir a realização dos trabalhos, tampouco fraudá-los, sob pena de incorrer na prática do crime definido no dispositivo acima transcrito. Convém, pois, ao cidadão, ao exercer o controle que a lei lhe permite, fazê-lo dentro dos limites que a mesma lei impõe, de modo a não sair da condição de caçador para a de caça.

2.11. Arts. 101 e 103 (provocação ao MP e ação penal privada)

Art. 101. **Qualquer pessoa** poderá provocar para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência (grifou-se).

Os artigos 101 e 103 estão localizados na Seção IV (Do Processo e do Procedimento Judicial) do Capítulo IV (Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial), e referem-se a crimes de ação penal pública incondicionada, da competência do Ministério Público. Observe-se ainda que o art. 103 admite a ação penal privada subsidiária da pública se esta não for ajuizada tempestivamente, donde resulta outra vez marcante a presença do *controle cidadão* na batalha árdua pela legalidade das atividades administrativas.

2.12. Art. 113, § 1º (direito de representação)

§ 1º. Qualquer licitante, contratado ou **pessoa física** ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo (grifou-se).

O direito de denúncia do cidadão (mediante representação) ao Tribunal de Contas ou órgãos do controle interno, previsto originariamente no § 2º do art. 74 da Constituição Federal, acha-se reafirmado no dispositivo supratranscrito e bem assim na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (8.443/92), arts. 1º, XVI, 53 a 55. No Ceará, esse direito encontra-se no art. 11, *caput* e §§ 1º e 2º, da Constituição Estadual, e, igualmente estabelecido na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado (12.509/95), arts. 1º, XV, e 56 a 59, e, ainda, na Resolução nº 08/98 (Regimento Interno do

Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará), arts. 5º, XVIII, e 160 a 162.

Sem dúvida, a possibilidade do *controle cidadão* encontra no direito de denúncia forte instrumento de fiscalização popular dos gestores públicos, na medida em que atribui a pessoas comuns uma parcela de responsabilidade pela instituição e manutenção de relações administrativas regulares, por natureza pertencentes ao conjunto dos interesses coletivos. Não é sem razão que Carlos Pinto Coelho Motta⁶ sustenta que o direito de denúncia "*Trata-se de um dado positivo no controle democrático da licitação, para a qual é necessária, realmente, a maior presença do cidadão em todas as fases do processo, bem como a ampliação do contraditório*" (grifou-se).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de tantas as possibilidades de exercício de controle popular sobre licitações e contratos administrativos, parece claro que a obtenção de bons resultados fica a depender, em grande parte, da vontade do cidadão, aqui o senhor da *facultas agendi*.

Decerto seria atacada como antijurídica a tese de que essa faculdade mereceria ser transmutada em um *dever* de agir, imposto a cada um de nós, tal como ocorre com os agentes públicos funcionalmente responsáveis, no âmbito dos sistemas de controle interno e externo, ainda que fundada na racional argumentação de que o silêncio do cidadão diante de ilegalidade de que tenha conhecimento resulta tão grave quanto a omissão de agente público de denunciá-la aos órgãos competentes.

Queira-se ou não, o certo é que a democracia não se viabilizar apenas na frieza dos textos legais e que o *ser* democrático se edifica e aprimora no fazer cotidiano, especialmente nas múltiplas relações estabelecidas entre o indivíduo e o Estado. E tanto mais efetivo o controle do primeiro quanto ao segundo, mais se poderá falar em democracia.

Não basta, porém, que o *controle cidadão* seja visto como um horizonte longínquo a se alcançar apenas no mundo das possibilidades virtuais, burocratizado em formas e formalidades, leis, decretos, portarias, resoluções, ofícios, requerimentos, processos, carimbos e despachos, verdadeiros labirintos cretenses onde se vão perder, desesperançadas, as mais heróicas

⁶Carlos Pinto Coelho Motta. Ob. cit., p. 332.

intenções. Para o bem dos permissivos constitucionais e também legais existentes, de que aliás pouco se tem utilizado o povo como parceiro ativo no controle eficaz dos já insuportáveis equívocos, omissões, abusos, fraudes e improbidades generalizadas e tudo o mais que se possa atribuir ao setor público no Brasil, é preciso formar-se uma *consciência cidadã*, plantando-se as sementes dos princípios básicos aplicáveis à gestão pública não só internamente, mas também no vasto e fértil terreno do espírito nacional.

É querer muito? Talvez, mas não será por falta do ordenamento jurídico que esse sonhado bem-querer deixará de “vir a nós e ao nosso reino”. A *Constituição Coragem* já a temos, ainda que remendada. Nas leis, malgrado defeitos aqui e acolá, o controle popular faz-se possível. Resta cuidar para que o exercício pleno da democracia, que não pode prescindir da presença efetiva do cidadão no acompanhamento das atividades administrativas, se afirme e alcance a maturidade, escapando de morte anunciada, vergonhosa e indigna, e da obscura vala comum onde se finam esquecidas as idéias justas e boas.

O Estado é - e deverá ser sempre - em sua expressão maior, o cidadão, elemento básico e parte essencial do conceito de nação. Ao cidadão deve interessar, por um natural direito, a regularidade máxima das atividades da Administração Pública, concretizadas em atos, contratos, convênios, ajustes, procedimentos licitatórios, arrecadação de receita, execução de despesa, feitura de leis, aplicação de justiça, bem-estar social, democracia. Para fazer valer tão sublimes interesses, é inevitável concluir pela necessidade ininterrupta de fiscalização e controle dos que recebem a autoridade das funções de comando no aparelho estatal.

No mais, é fazer-se do filosofar político-jurídico uma conclamação poético-social:

Às armas, cidadãos!

(à Marselhesa?) Não...

Às normas, cidadãos!

Com a certeza
de que a pátria
desperta e agradecida
repousaria, enfim
se bem servida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Coleção de Leis de Direito Administrativo. São Paulo: Manole, 2004.
- BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de julho de 1992.
- CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- ESTADO DO CEARÁ. Constituição (1989). Constituição do Estado do Ceará. Fortaleza: Assembléia Legislativa/INESP, 2004.
- ESTADO DO CEARÁ. Lei nº 12.509, de 06 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado e dá outras providências. Diário Oficial do Estado, Fortaleza, 06 de dezembro de 1994.
- ESTADO DO CEARÁ. Resolução nº 08, de 1º de outubro de 1998. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado, Fortaleza, 07 de outubro de 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: RT, 1990.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia das licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.