

Política de Integridade Pública em Licitações

Public Integrity Policy on Bidding

João Marcelo Rego Magalhães¹

RESUMO

A partir de uma análise crítica da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), dos pronunciamentos oriundos dos órgãos de controle externo, das regras sobre sustentabilidade ambiental, das legislações que garantem o acesso à informação, regulam o conflito de interesses e vedam a prática de atos de corrupção contra o poder público, bem como das orientações fixadas pelo órgão de assessoramento jurídico competente, é possível identificar um conjunto de princípios e regras a que estão obrigados a cumprir os agentes públicos em suas relações com a Administração Pública, em atenção à legitimidade, legalidade e probidade dos procedimentos licitatórios. Esse arcabouço de normas, que deve ser observado antes mesmo de garantidos os direitos dos particulares que almejam contratar com o Estado, pode ser denominado de “Política de Integridade Pública em Licitações”.

Palavras-Chave: Licitações. Responsabilidade do Agente Público. Política de Integridade Pública.

ABSTRACT

From a critical analysis of the Law 8.666/1993 Law (General Bidding Law), of the pronouncements coming from Court of Accounts, of the rules on environmental sustainability, of laws that guarantee access to information, regulate conflict of interest and prohibit the practice of acts of corruption against the government, and of the guidelines laid down by the competent legal advisory body, it is possible to identify a set of principles and rules that public officials are required to comply in their relations with the public administration, in respect the legitimacy and legality of bidding procedures. This framework of rules, that must be observed before even guaranteed the rights of individuals

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor) e Procurador do Banco Central do Brasil. E-mail: marcelo.rios@globocom

that aims to hire with the Government, can be named “Public Integrity Policy of Bidding”.

Keywords: Bidding. Responsibility of the Public Official. Public Integrity Policy.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também conhecida como Lei Geral de Licitações, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como seus fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Lei Geral de Licitações é usualmente referida como instrumento normativo destinado a garantir a isonomia entre os interessados em participar das contratações públicas, por meio da adoção de princípios como a impessoalidade, a igualdade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Ao lado do objetivo de garantir igual oportunidade a todos os interessados, estão ainda a seleção da proposta mais vantajosa e o desenvolvimento nacional sustentável.

Todavia, as relações entre Estado e particulares no âmbito do processo licitatório², que se pautam pelo sopesar dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público em relação aos direitos constitucionais e legais dos interessados, caminham ao lado de uma outra relação jurídica: aquela estabelecida entre o Estado e os agentes públicos responsáveis pela condução do processo licitatório, fundada basicamente no dever que estes têm de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade do referido processo.

Também fundados nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e norteados pela legalidade administrativa, sem deixar de observar ainda, dentre outros, os princípios da razoabilidade, da

2 Para os fins do estudo aqui desenvolvido, não há diferença quanto ao significado das expressões “processo licitatório” ou “procedimento licitatório”, sendo ambas utilizadas para designar o conjunto de atos formalmente estabelecidos com o objetivo de permitir a contratação pública de obras, de serviços ou de bens, conforme a disciplina da Lei nº 8.666/1993.

eficiência e da segurança jurídica na avaliação das situações concretas, os agentes públicos têm o dever de obedecer um arcabouço normativo que pode ser denominado de “Política de Integridade Pública em Licitações”.

Portanto, o presente estudo trata apenas das obrigações impostas aos agentes públicos no âmbito dos processos licitatórios decorrentes de leis e demais atos normativos oriundos do poder público em caráter vinculante (recomendações dos órgãos de controle, orientações normativas etc.), sem cuidar das condutas impostas aos licitantes. É exatamente essa delimitação de escopo que qualifica a política de integridade adiante exposta como “pública”.

Nesse instante, é de todo oportuno tentar delimitar o já referido arcabouço normativo que está obrigado a observar o agente público na condução dos processos licitatórios. E, sem sombra de dúvida, a disciplina geral de uma política de integridade pública em licitações está delineada na Lei nº 8.666/1993.

De fato, a Lei Geral de Licitações contém diversas normas que impõem obrigações aos agentes públicos quando responsáveis por processos licitatórios. E aqui não se trata daquelas que são garantidoras de direitos aos interessados, reitoras da relação entre agente público e particular, mas sim daquelas que impõe uma conduta pautada na legitimidade, na legalidade e na probidade em razão do papel de agente do Estado; são normas que, se não observadas, maculam a integridade da licitação não por ato de um particular, mas por ilicitude cometida pelo agente público, por ação ou omissão.

Assim, a prática administrativa do efetivo respeito a todas as normas da Lei nº 8.666/1993 que impõem obrigações aos agentes públicos perante seu respectivo órgão ou entidade por ocasião da condução de um processo licitatório constitui o núcleo fundamental de toda política de integridade em licitações.

A partir do exame do teor da Lei Geral de Licitações – aplicável, repita-se, a todos os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios –, é possível identificar uma série de obrigações (de fazer e de não fazer) componentes daquele núcleo fundamental de uma política de integridade em licitações que são impostas aos agentes públicos. Adotando uma classificação baseada nos próprios termos usados na Lei nº 8.666/1993, é possível dizer que as obrigações são relativas a:

- a) objetivos e princípios (art. 3º, caput);
- b) vedações e deveres gerais dos agentes públicos (arts. 3º, §§ 1º e 3º, 4º, 14, 16, 21, 25, § 2º, e 26);
- c) participação conflitante com o interesse público (art. 9º);
- d) integridade nos procedimentos de habilitação, instrução e julgamento (arts. 27, 38, 41 e 44);
- e) integridade na formalização e execução contratual (arts. 54, § 1º, 55, 63 e 71, § 2º);
- f) controle social (arts. 101 e 113, § 1º);
- g) controles externo e interno (arts. 102 e 113, caput e § 2º).

Além do disposto na Lei nº 8.666/1993, é possível afirmar que os agentes públicos envolvidos nos processos licitatórios devem atender também às obrigações contidas nas seguintes leis e atos com caráter normativo e/ou vinculante:

- a) determinações específicas e jurisprudência de caráter geral oriundas do Tribunal de Contas da União (TCU);
- b) normas relativas à sustentabilidade ambiental, especialmente a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19 de janeiro de 2010, no que se refere às licitações federais;
- c) Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação);
- d) Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (Lei do Conflito de Interesses);
- e) Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira).

2 LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES): DISCIPLINA GERAL DA POLÍTICA DE INTEGRIDADE PÚBLICA EM LICITAÇÕES

2.1 objetivos e princípios

Partindo da premissa de que, por ser a Lei Geral que trata de licitações e contratos administrativo, a Lei nº 8.666/1993 também conterá as regras gerais de uma política de integridade pública em licitações, materializadas

em um conjunto de obrigações, algumas de fazer e outras de não fazer. Inicialmente, cabe tratar das obrigações impostas aos agentes públicos relativas ao respeito dos objetivos e princípios da Lei nº 8.666/1993.

Ainda que se possa dizer que o art. 2º da Lei nº 8.666/1993 contenha o princípio fundamental da precedência do processo licitatório para as contratações públicas³, ressalvados os casos de licitação dispensada, dispensável e inexigível, os objetivos e princípios que devem ser fielmente observados pelos agentes públicos no curso das licitações públicas estão estampados no caput do art. 3º:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (...)

A primeira parte do dispositivo trata dos objetivos de toda licitação:

- a) garantir a isonomia de oportunidades a todos os interessados em licitar com o poder público;
- b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração;
- c) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

E a segunda parte do caput do art. 3º, por sua vez, traz a relação dos princípios que devem ser observados em todas as fases do processo licitatório:

- a) legalidade;
- b) impessoalidade;
- c) moralidade;
- d) igualdade;
- e) publicidade;
- f) probidade administrativa;
- g) vinculação ao instrumento convocatório;

³ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. (...)

h) julgamento objetivo.

Dos objetivos descritos acima, a observância do princípio constitucional da isonomia é o que toca mais diretamente à atividade dos agentes públicos, tendo em conta que a cada instante ou fase do procedimento licitatório é preciso garantir a paridade de direitos e oportunidades a cada interessado, independentemente de determinação expressa em normas ou regulamentos.

A garantia de isonomia dos direitos no curso da licitação implica 2 (dois) abstenções ao agente público: não se pode privilegiar alguém com direito não extensível aos demais, assim como não é possível vedar a um o exercício de direito garantido a todos. Situações particulares, amizades ou inimizades não podem, por exemplo, levar a redução ou dilação de prazo para apresentação de propostas ou recursos. O desrespeito ao princípio da isonomia macula de vício insanável o processo licitatório e impõe a apuração de responsabilidade ao agente público que lhe deu causa.

A seleção da proposta mais vantajosa é objetivo que será naturalmente atingido se forem observados os critérios definidos em edital para a escolha do licitante vencedor, tendo em conta os tipos de licitação possíveis: menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance ou oferta.

É oportuno observar que o necessário respeito à isonomia e à escolha da proposta mais vantajosa impõem deveres específicos aos agentes públicos, estampados no § 1º do art. 3º, que serão tratados mais adiante.

Quanto ao objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável – novidade incorporada pela Lei nº 12.340/2010 –, basta ao agente público atentar para a disciplina jurídica das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 7.546/2011.

Em relação à lista de princípios, é preciso compreender que a maioria deles traz uma inegável carga de indeterminação – impessoalidade, moralidade, igualdade e probidade administrativa –, sendo, de fato, parâmetros para uma atuação justa e legítima do agente público. Por outro lado, a legalidade, a publicidade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo são princípios devidamente transformados em uma série de obrigações no corpo da Lei nº 8.666/1993.

2.2 Vedações e deveres gerais dos agentes públicos

Definidos os objetivos e princípios norteadores do processo licitatório, os demais dispositivos da Lei nº 8.666/1993 vão se encarregar de disciplinar um extenso conjunto de vedações e deveres impostos aos agentes públicos.

Como tentativa de sistematizar esse rol obrigacional, é possível afirmar que existem obrigações atinentes a temas específicos – conflito de interesses, procedimentos de habilitação e julgamento, formalização e execução contratual, controle social e controles externo e interno – e outras obrigações que podem ser denominadas de “gerais”.

Pois bem, aquelas obrigações gerais englobariam as vedações e deveres impostos aos agentes públicos com a finalidade de proteger os seguintes valores norteadores do processo licitatório:

- a) os objetivos da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º, § 1º);
- b) o dever genérico de garantir a publicidade e a ciência dos atos (arts. 3º, § 3º, 16, 21 e 26);
- c) a fiel observância do princípio da legalidade (art. 4º);
- d) a responsabilidade na gestão dos recursos públicos (arts. 14 e 25, § 2º).

O respeito à isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa são objetivos do procedimento licitatório que guardam certa reciprocidade: o desrespeito à isonomia pode ensejar que se consagre vencedor aquele que tenha obtido privilégios e não o que tenha a melhor proposta ou que o interessado portador da melhor proposta seja alijado do processo por perseguição pessoal; de outro lado, se o processo for fraudado para escolher a proposta que não seja a mais vantajosa para o poder público não se estará tratando de forma desigual os desiguais na medida de sua desigualdade, pois a isonomia também significa que aquele interessado que se diferenciou por trazer a melhor oferta seja tratado de forma diferente, a ele sendo adjudicado o objetivo licitado.

Fruto dessa interação entre os deveres de respeitar a isonomia e a escolha da proposta mais vantajosa, o § 1º do art. 3º traz as seguintes vedações dirigidas ao conjunto dos agentes públicos do órgão ou entidade licitante,

estejam ou não diretamente envolvidos no procedimento:

a) admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (inclusive nos casos de sociedades cooperativas) 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, ressalvado o estabelecimento de margem de preferência (§§ 5º a 12 do art. 3º da Lei Geral de Licitações) e o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/1991;

b) 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, ressalvada a adoção de critérios de desempate (§ 2º do art. 3º da Lei Geral de Licitações) e o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/1991.

Quanto aos deveres de publicidade e ciência dos atos praticados no curso do processo licitatório, devem os agentes públicos atender às seguintes regras da Lei nº 8.666/1993:

a) a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura (art. 3º, § 3º);

b) será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 16);

c) os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez, no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quan-

do se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais (art. 21, caput e inciso I);

d) os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez, no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal, e ainda, seja a licitação estadual ou municipal, em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição (art. 21, caput e incisos II e III);

e) as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, todos da Lei Geral de Licitações, deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos (art. 26).

A fiel observância do princípio da legalidade é dever imposto a todo agente público no curso de procedimento licitatório em face da disposição contida no caput do art. 4º da Lei nº 8.666/1993:

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.
(...)

Como decorrência do respeito ao princípio da legalidade, o agente público deve respeitar precipuamente as formalidades do conjunto de atos que compõem o processo licitatório, obedecendo as cominações legais pertinen-

tes, medida ressaltada pelo parágrafo único daquele mesmo artigo⁴.

De toda sorte, é bom deixar claro que não deve ser dada prevalência à forma sobre o conteúdo, sendo certo que qualquer processo administrativo deve se fundar no formalismo estritamente necessário para obtenção do interesse público, tendo em conta que a forma cominada para cada ato é apenas instrumento e não fim em si mesmo. Tal afirmação é corroborada pelo teor dos incisos VIII e IX da Lei nº 9.784/1999, de onde se conclui que os atos procedimentais que realizam seu fim devem ser considerados válidos, ainda que praticados em ligeiro desacordo com o rito legal previsto.

A última das obrigações “gerais” impostas ao agente público na condução de uma licitação é o dever de responsabilidade na gestão dos recursos públicos, que pode ser vislumbrada nos seguintes mandamentos da Lei nº 8.666/1993:

a) nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa (art. 14);

b) nas hipóteses de inexigibilidade e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, § 2º).

2.3 Participação conflitante com o interesse público

A garantia de integridade de uma licitação também exige que seja vedada a participação de alguns atores que, em razão de prévio desempenho de certas atividades ou de condição jurídica peculiar, possam obter vantagem ou privilégio no âmbito do procedimento licitatório.

Por tal razão, o art. 9º da Lei Geral de Licitações veda que participem, direta ou indiretamente, tanto do procedimento licitatório quanto de eventual execução de obra ou serviço e fornecimento de bens:

4

Art. 4º (...)

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

- a) o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- b) empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- c) servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

A Lei se ocupou ainda de definir o que seria uma “participação indireta” na licitação, que nos termos do § 3º do mesmo art. 9º seria “a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista” entre determinados sujeitos e “o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários”.

E quem seriam estes sujeitos que não podem participar de uma licitação nem mesmo de forma indireta? a conjunção dos §§ 3º e 4º do art. 9º permite afirmar que os autores dos projetos básico e executivo e os servidores membros da comissão de licitação do órgão ou entidade contratante não podem ter qualquer vínculo com qualquer dos licitantes ou responsáveis pelos serviços, fornecimento e obras objetos da contratação.

2.4 Integridade nos procedimentos de habilitação, instrução e julgamento

As fases de habilitação e julgamento de um processo licitatório são o momento em que efetivamente os agentes públicos envolvidos podem – e devem – realizar os objetivos de garantir a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, os deveres concernentes à integridade dos procedimentos que são impostos aos agentes públicos podem ser vislumbrados no teor dos arts. 27, 38, 41 e 44.

O art. 27 determina que aos interessados em contratar com o poder público só pode ser exigida documentação que vise auferir habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade

fiscal e trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

Por oportuno, é importante mencionar que o TCU tem jurisprudência firmada no sentido de que a Administração Pública deve ater-se de forma estrita ao rol dos documentos elencados nos arts. 27 a 31 da Lei Geral de Licitações para fins de habilitação, não sendo lícita a exigência de nenhum outro documento que não esteja ali apontado. São paradigmáticos desse posicionamento da Corte de Contas federal a Decisão nº 202/1996–Plenário, a Decisão nº 523/1997–Plenário, o Acórdão nº 808/2003–Plenário e o Acórdão nº 1.602/2004–Plenário.

O art. 38, por sua vez, impõe ao agente público 2 (duas) espécies de obrigações pertinentes à instrução do processo de licitação: a observância do conjunto documental necessário a conferir validade ao procedimento e a remessa das minutas de editais de licitação para exame e aprovação prévia da assessoria jurídica do órgão ou entidade da Administração Pública.

Sobre os pareceres emitidos por assessoria jurídica é importante dizer que eles não têm caráter vinculante, mas caso o gestor público responsável pela autorização da licitação discorde dos termos do parecer jurídico deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, sob pena de responder integralmente pela efetiva ocorrência de eventuais irregularidades apontadas na manifestação jurídica, conforme já decidiu o TCU no Acórdão nº 521/2013–Plenário.

Já o art. 41 da Lei Geral de Licitações impõe aos agentes públicos responsáveis pelo processo licitatório o dever de observar fielmente as normas e condições do edital, sem possibilidade de exigir condutas e obrigações dos interessados não previstas em respeito ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, ainda que aponte como fundamento o interesse público abstratamente considerado. Todavia, no Acórdão nº 3.381/2013–Plenário, o TCU firmou posição de que a interpretação estrita dos termos dos editais não pode levar à desconsideração do princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

E, ao se examinar o art. 44, é possível vislumbrar obrigações direcionadas especificamente à comissão de licitação, que podem ser resumidas no

seguinte rol:

a) considerar apenas os critérios objetivos definidos em edital, que nunca poderão contrariar os princípios e regras da Lei nº 8.666/1993;

b) não desprestigiar, ainda que indiretamente, o princípio da isonomia entre os licitantes por meio da utilização em edital de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado;

c) não considerar qualquer oferta de vantagem não prevista no edital, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes;

d) não admitir proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à remuneração, parcial ou totalmente.

2.5 Integridade na formalização e execução contratual

Superadas todas as fases da licitação, é chegado o momento de formalizar a contratação e acompanhar a execução da obra, do fornecimento de bens ou da prestação de serviço. A primeira diretriz a guiar a conduta do agente público deve ser o disposto no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.666/1993, que preceitua o seguinte:

Art. 54. (...)

§ 1º os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

(...)

Em complemento a tal determinação, o art. 55 da Lei Geral de Licitações apresenta o conjunto de cláusulas que devem constar de forma obriga-

tória em todos os contratos administrativos⁵.

Agora sob o prisma da publicidade, o art. 63 franqueia a qualquer licitante – e não apenas aquele que apresentou a proposta vencedora – o conhecimento dos termos do contato firmado e de outras informações do processo de licitação, e a qualquer interessado – aquele que não seja licitante mas comprove influência do contrato firmado em direito próprio – a obtenção de cópias autenticadas, mediando o pagamento das custas pertinentes.

No que toca especificamente à execução contratual, deve o gestor do contrato acompanhar e zelar pela regularidade dos recolhimentos dos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos, tendo em conta que o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 preceitua que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado por tais encargos.

Por oportuno, é importante salientar que a Administração Pública não tem responsabilidade sobre eventual inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas e fiscais, haja vista que o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993⁶ e impôs limites à aplicação do Enunciado nº 331 da Súmula de

5 Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
 I - o objeto e seus elementos característicos;
 II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
 III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
 IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
 V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
 VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
 VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
 VIII - os casos de rescisão;
 IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
 X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
 XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
 XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
 XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.
 (...)

6 Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou

jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁷.

2.6 Controle social

Também é papel do agente público que atua no processo de licitação observar as normas que visam garantir o controle social do procedimento, ou seja, o controle de regularidade dos atos realizado por iniciativa do cidadão, destinatário último de todos os atos da Administração Pública, que devem sempre promover o interesse público e não interesses próprios.

Nesse sentido, o art. 101 da Lei nº 8.666/1993 impõe ao poder público o dever de prestar todas as informações necessárias ao cidadão que deseje provocar, para os efeitos previstos na Lei Geral de Licitações, a iniciativa do Ministério Público em face da ocorrência de fato tipificado como crime e respectiva autoria e outras circunstâncias que sejam de seu conhecimento.

Por oportuno, deve ser mencionado que 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 da Lei Geral de Licitações, conforme expresso no § 1º do art. 113.

Nesse sentido, como forma de garantir o controle social quanto às licitações públicas e oferecer um meio de atender ao disposto no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, seria interessante que os órgãos e entes da Admi-

restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.
(...)

7 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

nistração Pública tivessem um canal de comunicação próprio para receber reclamações e denúncias de irregularidades relativas aos procedimentos licitatórios, para os casos em que quaisquer licitantes, contratados e pessoas físicas e jurídicas em geral optassem por fazer uma comunicação de forma direta à Administração Pública, e não ao sistema de controle interno ou ao órgão de controle externo competente.

Cabe dizer ainda que a “Ouvidoria de Licitações” aqui sugerida não precisaria estar em um sistema informatizado particular – o que traria desnecessário aumento de custos –, bastando que fosse criada uma área específica no sistema de ouvidoria já adotado pelo órgão ou entidade da Administração Pública, com procedimentos próprios de distribuição da demanda, elaboração da resposta e ciência aos departamentos de controle interno, auditoria e assessoria jurídica, a depender da gravidade da irregularidade noticiada.

2.7 Controles externo e interno

A Lei nº 8.666/1993 também impõe deveres específicos aos membros dos Tribunais de Contas responsáveis pelo controle externo dos contratos administrativos quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, aos agentes públicos componentes dos órgãos de controle internos dos órgãos ou entidades contratantes e aos agentes públicos que daqueles recebam solicitações ou determinações.

Nesse sentido, pertinente destacar os seguintes comandos normativos previstos na Lei Geral de Licitações:

a) quando em autos ou documentos de que conhecerem, os membros dos Tribunais de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes verificarem a existência dos crimes definidos nesta Lei, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia (art. 102);

b) o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por aquela Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema

de controle interno nela previsto (art. 113, caput);

c) os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas (art. 113, § 2º).

Não custa lembrar ainda que o controle externo tem fundamento constitucional, haja vista que o art. 74, § 2º estabelece que *“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”*, regra que deve ser estendida aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

3 RESPEITO ÀS DETERMINAÇÕES ESPECÍFICAS E À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ELEMENTO DE POLÍTICA DE INTEGRIDADE PÚBLICA EM LICITAÇÕES

3.1 Dever de obediência às determinações específicas

Como órgãos dotados de autonomia administrativa e financeira e com função de auxiliar o controle externo exercido pelo respectivo Poder Legislativo, os Tribunais de Contas proferem decisões que, mesmo não tendo a natureza de decisão judicial, são vinculantes para a Administração Pública, que não pode simplesmente desrespeitá-las ou invalidá-las, conforme entendimento assentando na melhor doutrina, que as difere das decisões puramente administrativas para conferir tratamento de “decisões quase jurisdicionais” (DI PIETRO, 1996:23).

Ainda que se tome como mera referência a posição doutrinária, não é possível olvidar que este também é o entendimento de nossos Tribunais Superiores, tendo em conta as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de

Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 464.633/SE⁸ e pelo STF por ocasião de voto do Ministro Castro Nunes publicado na RDA 12/421, a seguir parcialmente transcrito:

“Se essa decisão, iniludivelmente administrativa, é suscetível de apreciação judiciária e pode, portanto, vir a juízo e ser anulada pelos tribunais, não o pode fazer o Tesouro, porque o Tribunal de Contas - órgão posto de permeio entre os poderes para vigiar a execução das leis de meios, e o fiscal constitucional daqueles que as aplicam, dos que têm poder de despender, isto é, do Poder Executivo - e tribunal sobranceiro à própria Administração. A Administração não pode invalidar os seus atos [os atos do Tribunal de Contas].”

Fundado em tal posicionamento, o TCU, notadamente quanto à aplicação das normas gerais de licitação, já assentou por diversas vezes o caráter vinculante de suas decisões que imponham determinações específicas, ou seja, aquelas dirigidas diretamente a órgão ou entidade da Administração Pública, no exercício de sua função de auxiliar o controle externo, o que pode ser observado tanto nos Acórdãos nº 400/2011–Plenário e nº 3.104/2013–Plenário, quanto no Enunciado nº 222 de sua Súmula de jurisprudência, a seguir colacionada:

“As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

O descumprimento do dever de obediência às determinações específicas do TCU tem por consequência a aplicação da multa prevista no inciso

8 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. REGISTRO. NEGATIVA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

I - “A aposentadoria é ato administrativo sujeito ao controle do Tribunal de Contas, que detém competência constitucional para examinar a legalidade do ato e recusar o registro quando lhe faltar base legal” (RE nº 197227-1/ES, Pleno, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 07/02/97).

(...)

III – A decisão do Tribunal de Contas que, dentro de suas atribuições constitucionais (art. 71, III, CF), julga ilegal a concessão de aposentadoria, negando-lhe o registro, possui caráter impositivo e vinculante para a Administração.

(...)

(REsp 464.633/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª turma, julgado em 18/02/2003, DJ 31/03/2003, p. 257).

.VIII do art. 58 da Lei nº 8.443/1992 àqueles comprovadamente reincidentes. A redação do dispositivo legal permite concluir que o primeiro descumprimento de determinação específica não será punido, mas a reincidência terá punição automática, sem possibilidade de apresentação de justificativas.

3.2 A jurisprudência de caráter geral e a forma de cumprir os entendimentos fixados

Como visto acima, o TCU já sumulou entendimento de que suas decisões pertinentes às normas gerais de licitações – o que inclui, além da Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) – devem ser acatadas não apenas pela União, mas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. O fundamento de tal extensão se dá pelo fato de que cabe privativamente à União legislar sobre as normas gerais sobre de licitação⁹, o que implica a observância dos demais entes federativos às interpretações e entendimentos firmados no âmbito da Corte de Contas federal.

É preciso acrescentar, por oportuno, que a Corte de Contas federal não entende como vinculante apenas as determinações específicas, mas todo e qualquer entendimento firmado em caráter geral que diga respeito à interpretação e à aplicação da Lei nº 8.666/1993, tendo o TCU já assentado que *“constitui irregularidade a inobservância, na tomada de decisões, em especial, na área de licitações, dos entendimentos firmados no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal”*¹⁰.

Todavia, há uma importante diferença nos efeitos decorrentes do descumprimento das decisões genéricas em comparação com as determinações específicas, tendo em conta que a não observância daquelas atrai a aplicação do disposto no § 1º do art. 58 da Lei nº 8.443/1992 – e não a regra do inciso VIII do caput do artigo –, o que permite ao agente público apresentar motivo justificado para o não atendimento da jurisprudência fixada.

Nesse instante, é forçoso observar que alguns entendimentos jurisprudências do TCU excepcionam a “letra fria” da Lei Geral de Licitações – normalmente em face da aplicação dos princípios da razoabilidade e da

⁹ Constituição Federal, art. 22, inciso XXVII.

¹⁰ Acórdão nº 3.104/2013–Plenário.

proporcionalidade –, o que exige cuidado especial por parte das assessorias jurídicas ao analisarem as minutas de editais e contratos¹¹.

Ocorre que, no curso de uma licitação ou durante a execução do contrato, podem surgir situações em que a assessoria jurídica adotará o posicionamento do TCU e não o texto literal da Lei nº 8.666/1993, o que exigirá, em face do dever de observar o princípio da legalidade, manifestação expressa e documentada nos autos do procedimento licitatório de que a exceção ao conteúdo do texto legal tem por fundamento decisão emanada da Corte de Contas federal.

É possível invocar como exemplo de tais situações de excepcionalidade o tema dos limites para alteração dos valores contratuais, que são fixados no § 1º do art. 65 da Lei Geral de Licitações, cujo texto segue transcrito:

Art. 65. (...)

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

Ocorre que o TCU, por ocasião da Decisão nº 215/1999–Plenário, já firmou jurisprudência no sentido de que os limites legais previstos naquele dispositivo podem ser excedidos em situações excepcionais de alteração contratual de natureza qualitativa, como se pode verificar do seguinte excerto: (com destaques inovadores)

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

(...)

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada (...) nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão

sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

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

(...)"

Isto posto, quando reconhecida a ocorrência da situação excepcional de alteração qualitativa de que trata a Decisão nº 215/1999–Plenário, o exame jurídico deve obrigatoriamente esclarecer quais valores mencionados em aditivos contratuais se enquadram nos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 e quais valores podem ser contratados sem considerar aqueles limites, além das justificativas pertinentes.

Assim, em se tratando desse caso específico (extrapolação dos limites legais para alterações contratuais em face do reconhecimento das situações descritas na Decisão nº 215/1999–Plenário), as manifestações jurídicas que adotem o reconhecimento da hipótese excepcional devem estar obrigatoriamente nos autos do procedimento licitatório e conter, além das justificativas do enquadramento, os seguintes elementos:

- a) valor de cada aditivo contratual;
- b) percentual de acréscimo e/ou supressão do aditivo em relação ao valor original;
- c) percentual de acréscimo e/ou supressão do aditivo albergado pela Decisão nº 215/1999–Plenário, quando for o caso.

Não custa ressaltar que o exemplo aqui proposto serve apenas para ilustrar que a adoção por órgão ou entidade da Administração Pública de entendimentos do TCU que destoem de uma interpretação literal da Lei Geral de Licitações precisam ser devidamente explicitados e justificados, tanto por força da adoção do princípio da legalidade como regra – que nestes casos

cede à razoabilidade e à proporcionalidade –, quanto para os fins dos controles social (por parte dos diretamente interessados e dos cidadãos, na forma da lei), interno (do corpo técnico competente na forma regimental) e externo (de competência do próprio TCU).

4 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E NORMAS RELATIVAS À SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, um dos objetivos do procedimento licitatório é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. No âmbito federal, a regulamentação do tema é o objeto do Decreto nº 7.746/2012, que estabelece critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal.

Conforme disposto no art. 4º daquele Decreto, são diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

- a) menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- b) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- c) maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- d) maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- e) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- f) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;
- g) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Todavia, quando se fala em regulamentação específica para a temática da sustentabilidade ambiental no âmbito das contratações federais, a disciplina jurídica daquele Decreto deve ser complementada com outro normativo.

A Instrução Normativa nº 1/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

(MPOG/SLTI), definiu critérios de sustentabilidade ambiental para as licitações promovidas pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Do exame das disposições trazidas pela Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010, é possível concluir que, a partir de sua edição, os editais de licitação da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão:

- a) prever critérios de sustentabilidade ambiental (art. 1º);
- b) ter suas especificações voltadas à economia da manutenção e operação das edificações, quando se tratar de obra ou serviço de engenharia, à redução do consumo de energia e água e à utilização obrigatória de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental (art. 4º);
- c) exigir critérios específicos de sustentabilidade ambiental para aquisição de bens (art. 5º);
- d) prever a adoção de prática de sustentabilidade na execução dos serviços contratados (art. 6º).

Assim, partindo da afirmação de que uma “Política de Integridade Pública em Licitações” significa o conjunto normativo que deve obedecer o agente público para fins de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade de um procedimento licitatório, é possível concluir que, ao menos no âmbito das licitações e contratações federais, as disposições encartadas no Decreto nº 7.746/2012 e na Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010 também compõem aquele conjunto de normas, ao lado das disposições da Lei nº 8.666/1993 e das recomendações (específicas) e decisões (genéricas) provenientes do TCU¹².

5 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011 (LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO)

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, ou simplesmente Lei de Acesso à Informação (LAI), tem por objetivo regular o acesso à informação

¹² Aqui tomadas com força normativa em face de seu caráter vinculante, conforme Enunciado nº 222 da Súmula de jurisprudência da Corte de Contas federal.

previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal, e suas disposições se aplicam à União, Estados, Distrito Federal e Município, inclusive a respectiva Administração Indireta, os Poderes Legislativo e Judiciário, as Cortes de Contas e o Ministério Público.

Os procedimentos previstos na Lei nº 12.527/2011 destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem observar tantos os princípios básicos da Administração Pública quanto as seguintes diretrizes¹³:

- a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- b) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- e) desenvolvimento do controle social da administração pública.

Nesse sentido, a adoção de uma “Política de Integridade Pública em Licitações” exige que o agente público que atua no curso de um procedimento licitatório busque atender às diretrizes da Lei de Acesso à Informação a partir das regras postas na Lei Geral de Licitações, o significará a adoção de procedimentos que visem preservar as informações consideradas pela LAI como sigilosas e divulgar as informações que sejam de interesse público, a partir de uma cultura interna de transparência.

Quanto à restrição das informações consideradas sigilosas, é importante mencionar que a própria LAI, ainda que preveja a publicidade como regra, se ocupou de relacionar algumas hipóteses de restrição ao acesso à informação. A apresentação destas hipóteses não foi realizada de forma sequencial, apesar de o texto da Lei de Acesso à Informação ter sistematizado um capítulo específico para as restrições do acesso à informação (Capítulo IV), o que exige uma breve compilação de seus artigos, a seguir apresentada:

13

Conforme redação do art. 3º da Lei de Acesso à Informação.

a) informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 7º, § 1º);

b) sigilo previsto em outras normas (art. 22);

c) informações classificadas como sigilosas (arts. 23 e 24);

d) informações de caráter pessoal (art. 31).

No que concerne à divulgação das informações que sejam de interesse público, pelos meios permitidos pela tecnologia da informação e em atenção a uma cultura interna de transparência, é bom dizer que o conceito de “informações de interesse público” é, a priori, indeterminado.

Todavia, no caso particular da Lei Geral de Licitações, o exame de seus artigos a partir das diretrizes estampadas na Lei de Acesso à Informação permite estabelecer um rol de informações pertinentes aos procedimentos licitatórios que devem ser amplamente franqueadas – tanto aos interessados em contratar quanto aos cidadãos no exercício do direito de fiscalizar os gastos públicos –, o qual se passa a transcrever:

a) o procedimento de preparação e formalização da licitação pública (art. 3º c/c art. 21);

b) a relação de empresas favorecidas em decorrência da margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (art. 3º, § 13);

c) os valores registrados em sistemas de registros de preços (art. 15);

d) as compras feitas pela Administração Pública Direta e Indireta (art. 16);

e) o resumo do instrumento de contrato firmado em procedimento de licitação (art. 61, parágrafo único);

f) as normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de cada competência (art. 115, parágrafo único);

g) os regulamentos sobre o procedimento licitatório das sociedades de economia mista, das empresas e fundações públicas, observadas as disposições legais (art. 119);

Agora tratando especificamente do tema da “transparência pública”, é importante dizer que esta pode ser definida como a ação estatal que visa garantir aos cidadãos o pleno conhecimento da execução orçamentária das

receitas e despesas públicas, incluídas as informações sobre a arrecadação e o dispêndio por meio das contratações, bem como o processo de prestação, verificação e exame das contas dos gestores públicos.

Fica patente, pois, a importância da inclusão das informações sobre os procedimentos licitatórios na atuação estatal em busca da transparência pública, tendo em conta que as contratações públicas normalmente deles se derivam, salvo as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

A partir da análise do teor da LAI, é possível afirmar que o tema da transparência pública tem sido tratado a partir de 2 (duas) ordens distintas: os instrumentos que concretizam a transparência pública e o conteúdo que deve ser divulgado de forma obrigatória pelo poder público, a chamada transparência pública ativa. Em outras palavras, a transparência pública significa que a Administração pública deve:

- a) disponibilizar instrumentos que permitam o amplo conhecimento das contas públicas pelos cidadãos (instrumentos da transparência pública);
- b) divulgar, de ofício, o conjunto de informações sobre a estrutura, despesas e receitas dos entes e órgãos públicos (transparência pública ativa).

Assim, da mesma forma que, para efetivar o controle social das contratações da Administração Pública foi sugerida uma “Ouvidoria de Licitações”¹⁴, cabe agora sugerir que os órgãos e entidades públicas, agora para fins de cumprir as regras de transparência pública da LAI, criem um “Portal de Despesas”, em que seja dada total transparência aos valores dispendidos nos pagamentos das contratações de obras, prestações de serviços e aquisições de bens.

6 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E LEI Nº 12.813, DE 16 DE MAIO DE 2013 (LEI DO CONFLITO DE INTERESSES)

A Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, ou Lei do Conflito de Interesses (LCI), tem por escopo disciplinar as hipóteses de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal e os

14 Vide item 2.6, *supra*.

impedimentos que deverão ser observados posteriormente àquele exercício.

O regime integral da LCI é aplicável a Ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial e do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS) níveis 6 e 5, além de presidentes, vice-presidentes e diretores das entidades da Administração Indireta. Aos demais agentes públicos do Poder Executivo federal a Lei nº 12.813/2013 é aplicável apenas quanto à disciplina do dever de prevenção, às hipóteses que configuram conflito de interesses e à proibição do uso de informação privilegiada.

Para os efeitos da LCI, configura conflito de interesses, conforme regra posta em seu art. 3º, inciso I, a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública. Por sua vez, as hipóteses fáticas de conflito de interesses foram exaustivamente descritas no art. 5º e são as seguintes:

a) divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;

b) exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

c) exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

d) atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

e) praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

f) receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento;

g) prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja

controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Portanto, a partir das regras trazidas pela Lei do Conflito de Interesses, todo agente público que atue, direta ou indiretamente, na condução dos procedimentos licitatórios fica proibido, por exemplo, de utilizar, em proveito próprio ou de terceiro, as informações relativas às propostas de preços, de exercer atividades de consultoria ou atuar como procurador de empresas interessadas em contratar com o poder público e de atuar em processo de que participe como licitante pessoa jurídica que tenha participação sua ou de seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

Por sua vez, além das proibições acima descritas, o agente público que tenha poder de decisão sobre qualquer fase de um procedimento licitatório fica proibido de exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em sua decisão, seja ela individual ou colegiada, bem como daquelas interessadas receber qualquer presente fora dos limites e condições estabelecidas em regulamento.

7 POLÍTICA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES E LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 (LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL BRASILEIRA)

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também referida como Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira (LAEB) ou Lei da Empresa Limpa (LEL), dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Ainda que não contenha uma disposição expressa sobre seu âmbito de aplicação, a Lei nº 12.846/2013, ao se referir à prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, deixa isento de dúvidas que suas normas deverão ser observados pela Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídos os Poderes Legislativo e Judiciário, além de Tribunais de Contas e Ministério Público, quando atuarem em sua função estritamente administrativa.

Em seu art. 5º, a LAEB relaciona o conjunto de atos que considerada

lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, cabendo destacar aqueles cuja lesão é pertinente às licitações e contratações públicas, descritos no inciso IV do citado dispositivo e a seguir reproduzidos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

No âmbito administrativo, as pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos na LAEB serão condenadas a multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e ainda a publicação da decisão condenatória.

Qualquer agente público responsável pela condução de procedimento licitatório, ao vislumbrar a possibilidade de ocorrência de ato tipificado no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013, tem o dever de provocar, na forma do regulamento pertinente, a autoridade máxima do respectivo órgão ou entidade da Administração Pública, que, a partir da ciência inequívoca, passa a encampar a responsabilidade pela apuração dos fatos.

Por oportuno, é preciso observar que a autoridade máxima pode ter delegado a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração da conduta lesiva a outro agente público, o que implica dizer que a este agente delegado deverá ser dirigida a provocação.

De toda sorte, com ou sem delegação, a ciência da irregularidade pre-

vista na LAEB como potencial ato lesivo deve ser comunicado à autoridade competente de forma expressa e inequívoca, sem margem de dúvida ou ambiguidade, sendo adequado a adoção do expediente do aviso ou certificação de recebimento do documento físico ou virtual que contenha a ciência dos fatos e as provas e documentos julgados pertinentes.

Caso o ato lesivo tenha sido praticado contra Administração Pública estrangeira, a ciência deve ser dirigida à Controladoria-Geral da União (CGU), na forma da regulamentação própria.

O agente público que noticiar a suposta ocorrência de ato lesivo a licitação ou contratação pública deve informar ainda se tem ciência de qualquer das informações previstas no art. 7º da LAEB, que serão levadas em consideração na aplicação das sanções.

É forçoso salientar que a Lei nº 12.846/2013, em seu art. 27¹⁵, previu disciplina especialmente rigorosa para o agente público que tenha competência para apurar os fatos lesivos tipificados e não adote as providências cabíveis, sendo possível a responsabilização penal, civil e administrativa, nos termos da legislação específica aplicável.

Como antes mencionado, a autoridade máxima encampará a responsabilidade pela apuração dos fatos que tomar ciência, o que implica afirmar que o art. 27 da LAEB permite concluir ainda, em uma interpretação a contrario sensu, que haverá responsabilidade pessoal do agente público que, mesmo não tendo poder decisório ou competência para instaurar o respectivo processo administrativo sancionatório, permanecer inerte em sua obrigação de dar ciência dos fatos considerados lesivos pela Lei nº 12.846/2013.

Ademais, o teor do inciso I do art. 30 da LAEB conduz claramente ao entendimento de que qualquer agente público atuante em procedimento licitatório que não der ciência à autoridade competente de ato lesivo de que tenha conhecimento – e esteja tipificado no inciso IV do art. 5º daquela Lei – será responsabilizado de forma pessoal por ato de improbidade administrativa. Tal afirmação é baseada na interpretação conjunta daquele primeiro dispositivo da LAEB com o art. 11, caput, da Lei nº 8.429/1992, a Lei da Improbidade Administrativa (LIA).

Para melhor compreensão do raciocínio, cabe reproduzir inicialmente

¹⁵ Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

o inciso I do art. 30 da Lei nº 12.846/2013:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

(...)

E agora a transcrição do caput do art. 11 da Lei nº 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

Ora, se eventual sanção aplicada pela LAEB não afasta a responsabilidade por ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429/1992, e a omissão que viola os deveres de honestidade e lealdade à Administração Pública é exemplo de ato de improbidade, a conduta do agente público que atua em procedimento licitatório e omite qualquer dos atos previstos no art. 5º, inciso IV, da Lei nº 12.846/2013, será punida tanto com supedâneo no art. 27 desta Lei quanto no art. 11 da LIA, em um exemplo típico de independência de instâncias punitivas.

Portanto, imaginar que o art. 27 da Lei nº 12.846/2013 só deve ser aplicado às autoridades competentes para instauração do processo administrativo de responsabilização é permitir a impunidade de agentes públicos que atuam em licitações e permanecem dolosamente inertes diante de atos lesivos devidamente tipificados para se aproveitar de uma interpretação literal que não se coaduna com os fins da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira. Tal entendimento permitiria até mesmo um conluio entre agentes públicos e suas autoridades máximas, em um pacto de silêncio e omissão que beneficiaria a todos, mas seria lesivo à Administração Pública.

Todavia, a repercussão mais relevante que o conjunto de regras da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira traz a uma “Política de Integridade Pública em Licitações” diz respeito com o dever que compete aos agentes públicos envolvidos de prevenir a participação de empresa condenada à

suspensão ou interdição de suas atividades ou com dissolução compulsória estabelecida por atos lesivos à Administração Pública, penalidades aplicáveis em eventual processo judicial, conforme previsto no art. 19 da LAEB.

Nesse sentido, é cabível – e recomendável – que o processo licitatório seja instruído com declaração das pessoas jurídicas interessadas de que não sofreram condenações às penalidades previstas nos incisos II e III do art. 19 da Lei nº 12.846/2013 (suspensão ou interdição parcial de atividades ou dissolução compulsória), por prática de atos lesivos à Administração Pública.

8 CONCLUSÃO

O dever dos agentes públicos de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade dos processos licitatórios, a partir da observância de um determinado conjunto normativo, é o que se pode denominar de “Política de Integridade Pública em Licitações”. Não se trata aqui das normas garantidoras de direitos aos interessados em licitar ou as que impõem deveres de conduta a estes, mas daquelas que, se não observadas, maculam a integridade da licitação por ilicitude cometida pelo agente público, por ação ou omissão.

Apesar de ser correto afirmar que a disciplina geral daquela política de integridade está delineada na Lei nº 8.666/1993, é forçoso dizer que o referido arcabouço normativo vai além desta norma, englobando ainda as determinações e decisões do Tribunal de Contas da União sobre licitações e contratos públicos, as normas relativas à sustentabilidade ambiental no âmbito das contratações e a legislação nacional que trata dos temas do acesso à informação, do conflito de interesses e da prevenção aos atos lesivos à Administração Pública, naquilo que for pertinente às licitações públicas.

No que concerne à Lei Geral de Licitações, a política de integridade aqui delineada impõe a observância das regras pertinentes aos objetivos e princípios, o rol dos deveres denominados de “gerais”, as participações conflitantes com o interesse público, os procedimentos de habilitação, instrução e julgamento, a formalização e execução contratual e os controles social, externo e interno.

Necessário observar ainda que, para os fins de uma política de integridade, as decisões proferidas pelo TCU, quanto à aplicação das normas gerais de licitação, têm caráter vinculante quando imponham determinações

específicas a órgão ou entidade da Administração Pública. A Corte de Contas federal confere caráter vinculante não apenas às determinações específicas, mas a todo e qualquer entendimento firmado em caráter geral que diga respeito à interpretação e à aplicação da Lei nº 8.666/1993.

Há que se dizer ainda que, como forma de cumprir o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, os processos licitatórios federais deverão atentar para as determinações do Decreto nº 7.746/2012 e, especificamente quanto ao tema da sustentabilidade ambiental, a Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010, que determina a previsão de critérios de sustentabilidade para obras, serviços e aquisições nos editais de licitação.

Completando o rol normativo que deve o agente público obedecer para fins de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade das licitação públicas, estão as disposições pertinentes contidas nas Leis nº 12.527/2011, nº 12.813/2013 e nº 12.846/2013, que tratam, respectivamente, da regulamentação do acesso à informação, da prevenção ao conflito de interesses públicos e privados e da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União.** Revista do TCU, v. 27, n. 70, p. 23, out/dez 1996.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Contratos administrativos na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Licitações na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.