

A FUNÇÃO CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

*Angélica Moreira Dresch da Silveira
Advogada da União, Especialista em Direito, Economia e
Democracia Constitucional – UFRGS, Especialista em Direito
Público – ESVJ e Especializanda em Direitos Fundamentais e
Direitos do Consumidor-UFRGS.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) na estrutura institucional da Advocacia-Geral da União (AGU); 2 A corrupção nas licitações e contratações públicas: o direcionamento da licitação, o superfaturamento de preços e o fracionamento de despesa; 2.1 o direcionamento da licitação; 2.2 superfaturamento; 2.3 fracionamento de despesas como forma de manipulação da licitação e das contratações diretas; 3 A corrupção na execução contratual; as fraudes na subcontratação e na fiscalização; 3.1 subcontratação; 3.2 fiscalização dos contratos; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: A corrupção envolvendo licitações e contratações realizadas pela Administração Pública, ou seja, órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, junto a fornecedores privados, revelada por atos de improbidade administrativa, tem sido comumente objeto de escândalos e implica em grandes prejuízos aos cofres públicos. Estima-se que, em alguns casos, a corrupção represente mais de 30% dos custos governamentais decorrentes de processos de licitação.

A minuciosa análise das minutas de editais de licitação, bem como dos respectivos contratos, pelo setor consultivo da Advocacia-Geral da União, constitui um fator determinante na prevenção de ‘atos de corrupção’, na medida em que permite limitar o grau de arbítrio dos agentes públicos envolvidos nesses procedimentos, detectar as situações de risco e as ilicitudes que, não raro, permeiam os atos e contratos administrativos.

O assessoramento jurídico aos órgãos da Administração Pública, no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados, e em especial, o exame das regras que disciplinarão o procedimento licitatório, bem como daquelas que deverão regular a execução contratual, e dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação, constituem funções específicas dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), unidades da Consultoria-Geral da União (CGU), órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União (AGU).

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Corrupção. Licitações. Contratações Públicas.

ABSTRACT: Corruption involving tenders and contracts accomplished by the Public Administration, that is to say, direct administration organisms, special funds, autaquies, public foundations, state companies, mixed economy societies and all other entities controlled by the Union, States, Federal District and Townships and Municipalities, together with private providers, revealed by acts of administrative improbity, have commonly been the object of scandals

and imply great prejudice to the public coffers. It is estimated that, in some cases, corruption represents more than 30% of the government costs derived from public tenders.

The minute analysis of the edicts of tenders, as well as of the respective contracts, by the consultant sector of the General Advocacy of the Union, constitute a determining factor in the prevention of “acts of corruption”, in the measure that they allow the limitation of the degree of discretion of the public agents involved in these procedures, detect situations of risk and the illicitness which, not rarely, permeate the acts and administrative contracts.

The legal assistance to the organisms of Public Administration in the internal control of Administrative legality of the acts being practiced by them or already performed, and specially, the examination of the rules that will discipline the tender process, as well as those that should regulate the execution of the contract, and of the acts through which the enforceability will be recognized or decide the dismissal of the tender, constitute specific functions of the Juridical Assessment Units (NAJs), organs of General Consultancy of the Union (CGU), organ of superior directorship of the General Advocacy of the Union (AGU).

KEY-WORDS: General Advocacy of the Union (AGU-BRAZIL). Corruption. Tenders and Public Contracts

INTRODUÇÃO

A corrupção no setor público tem sido objeto constante na pauta de grandes economias mundiais. Isso porque ela gera custos, como a diminuição do crescimento econômico, comprometimento das instituições políticas, descrédito dos serviços públicos e o agravamento de problemas sociais. Interfere negativamente na avaliação do risco de investimentos, na economia de países, que convivem com ela.

Diante dos graves problemas causados pela corrupção, desenvolve-se, no País, a necessária conscientização da importância das atividades de fiscalização e de controle, exercidas pelo Tribunal de

Contas da União e pela Controladoria-Geral da União, no combate e na prevenção à corrupção.

Ao lado dessas instituições, sobressai o papel da Advocacia-Geral da União (AGU), órgão responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, bem como pela prestação, exclusiva, de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A atuação da Advocacia-Geral da União se desenvolve através de duas áreas. Na área do consultivo, por meio do assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, de suas autarquias e fundações públicas, visando conferir segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos e, ainda, na proposição e análise de medidas legislativas (Leis, Medidas Provisórias, Decretos e Resoluções, entre outros). Ou seja, a atuação do consultivo da AGU visa orientar o administrador quanto à legalidade de seus atos, evitando a prática de fraudes nos procedimentos licitatórios e na execução de contratos públicos. Na área do contencioso, por meio da representação judicial e extrajudicial da União, além de suas autarquias e fundações públicas. Isto implica, dentre outras medidas de defesa do patrimônio público e da probidade na Administração, no ajuizamento de ações judiciais de improbidade administrativa, para fins de punição dos responsáveis, por desvios de dinheiro público e para o devido ressarcimento ao erário. Desse modo, o espectro das ações desenvolvidas pela AGU é amplo; no consultivo, as atividades relacionadas à análise de editais de licitações e de minutas de contratos administrativos estão voltadas à prevenção dos atos de corrupção; e na área contenciosa, ao combate à corrupção e ao devido ressarcimento ao erário.

A corrupção pode se materializar através da apropriação indevida de bens, serviços e dinheiro públicos, cobrança de propinas, extorsão, compra e venda de influência política e através de fraudes em licitações.

Uma das formas mais comuns de corrupção é a fraude praticada no âmbito das licitações e contratações públicas. Ou seja, 'Frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente', constituem atos de improbidade administrativa, que causam prejuízos ao erário, tipificados, expressamente, no art. 10, inciso VIII da lei de

Improbidade Administrativa (Lei 8429/92).

Improbidade significa o agir com desonestidade, má-fé ou com ausência de lisura. As licitações e contratações públicas devem ser pautadas em atos de probidade administrativa (honestidade), espécie de moralidade administrativa, princípio constitucional ao qual está afeta a conduta de todo o administrador público. A probidade, nesse sentido, está relacionada à conduta dos agentes públicos, que devem ser lícitas, sob pena de configurar ato de improbidade, se assim estiver tipificado na Lei 8429/92.

Parte-se da premissa de que o poder discricionário concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos, com liberdade de escolha, quanto a sua conveniência, oportunidade e conteúdo, tem sido determinante na vulnerabilidade desses procedimentos à corrupção.

Neste artigo procuramos demonstrar a importância da atividade consultiva da Advocacia-Geral da União, desenvolvida pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), nos Estados, na prevenção da corrupção e na preservação da probidade, nos procedimentos licitatórios e de contratações diretas.

Inicialmente definimos a posição dos NAJs, dentro da estrutura institucional da Advocacia-Geral da União, pontuando, dentre suas atribuições, aquelas que entendemos de fundamental importância, para evitar a prática dos atos de improbidade administrativa nesses procedimentos.

A seguir, partindo de uma definição do que seja ‘corrupção’ nesse contexto, são abordadas questões atinentes ao direcionamento da licitação, superfaturamento de preços, fracionamento de despesas, subcontratação e fiscalização contratual.

A importância desse estudo é evidente, porque segundo estimativas por setores especializados, em alguns casos, a corrupção representa mais de 30% dos custos governamentais decorrentes de processos de licitação. De acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, o Brasil perde, anualmente, 32% da arrecadação tributária em corrupção e ineficiência administrativa.

A atividade preventiva deve partir da compreensão das condições que propiciam a corrupção. À vista disso, o exame jurídico dos editais dos procedimentos licitatórios e dos instrumentos referentes aos contratos administrativos daí decorrentes, revela-se mecanismo de fundamental importância no controle dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao Erário, como se revelam as fraudes à licitação.

1 OS NÚCLEOS DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO (NAJS) NA ESTRUTURA INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU)

A Consultoria-Geral da União (CGU) constitui o órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União (AGU), e é responsável pelo assessoramento jurídico aos órgãos do Poder Executivo. Nesse sentido dispõe a Lei Complementar 73, de 11 de fevereiro de 1993¹:

Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

I - órgãos de direção superior:

- a) o Advogado-Geral da União;
- b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;
- c) Consultoria-Geral da União;
- d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e
- e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

Art. 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

Em Brasília, as atividades relacionadas ao assessoramento jurídico dos Ministérios são desempenhadas por Consultorias Jurídicas

¹ Instituiu a Lei orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências.

especializadas².

Nos Estados-membros, esta atividade consultiva encontra-se afeta aos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), que integram, portanto, a estrutura da CGU.

Aos Núcleos de Assessoramento Jurídico compete, dentre outras atribuições, analisar, de forma preventiva, a constitucionalidade e a legalidade dos atos a serem praticados, ou já efetivados, por administradores públicos federais, que atuam fora de Brasília.

No âmbito deste controle preventivo, os NAJs analisam prévia e conclusivamente, os textos de editais de licitação, os respectivos contratos e instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados, e também os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação.

Nesse sentido, o disposto no art. 19, incisos VI e VII, alíneas 'a e b' do Ato Regimental no. 05, de 27.09.2007, da AGU³.

Art. 19. Compete aos Núcleos de Assessoramento Jurídico:

I - assessorar os órgãos e autoridades da Administração Federal Direta localizados fora do Distrito Federal quanto às matérias de competência legal ou regulamentar desses órgãos e autoridades, sem prejuízo da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes prevista no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993;

[...]

2 Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; [...] V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de VII.

3 Dispõe sobre a competência, estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes.

VI - assistir os órgãos e autoridades assessorados no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados;

VII - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito dos órgãos assessorados:

a) os textos de editais de licitação e os respectivos contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados; e

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação; (grifo nosso)

[...]

A Lei de Licitações (Lei 8666, de 21 de junho de 1993), dispõe no seu art. 38, inciso VI, que, dentre os documentos que devem compor o procedimento administrativo, estão os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade. No parágrafo único do mesmo dispositivo legal refere que: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”(grifo nosso)

Pois bem, esse assessoramento jurídico realizado à Administração constitui, em síntese, atribuição dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, que em sua maior parte concentra-se na análise de editais de licitação e minutas de contratos administrativos efetivados no âmbito dos órgãos assessorados (p. ex Superintendências Regionais da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, do Ministério da Agricultura, do Ministério do Trabalho e Emprego, Unidades Regionais de Atendimento da própria AGU, Unidades Militares, como o Comandos Regionais do Exército, da Aeronáutica, dentre outros.)

O trabalho desenvolvido pelos Núcleos de assessoramento não tem se limitado à análise de editais de licitação dos órgãos assessorados. Em Porto Alegre, no ano de 2006, e em São Paulo, neste ano de 2008, os respectivos NAJs elaboraram modelos padrões de editais de licitação e seus anexos, em conformidade com a legislação de regência das várias modalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro; visando agilizar os procedimentos e evitar questionamentos judiciais acerca da

regularidade dos certames. Isso é claro, contribui muito para cercear subjetivismos, limitar a discricionariedade do administrador, vícios que, não raro, permeiam vários editais oriundos de órgãos assessorados e acabam tornando o procedimento vulnerável à corrupção.

Definida a posição institucional dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) na estrutura da Advocacia-Geral da União, passaremos a demonstrar como a atividade preventiva desenvolvida por eles, revela-se útil na prevenção à corrupção nas licitações e contratações públicas.

2 A CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO, O SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS E O FRACIONAMENTO DE DESPESA

A palavra ‘corrupção’ vem do latim “rumpere”- romper, que significa a quebra de algo, uma regra de conduta, moral, social ou legal⁴. A melhor definição, no contexto analisado, é aquela que considera corrupção como o uso de cargo público para benefício particular⁵, envolvendo sempre um agente público e um agente privado⁶. Em outras palavras, consiste no uso do poder para obter vantagens ilícitas.

Uma licitação, seja para a aquisição de bens, seja para a contratação de um serviço, sempre coloca de um lado, um agente público e de outro, fornecedores/ empresas, que disputam entre si, a contratação para o fornecimento dos bens ou serviços pretendidos pela Administração. De um lado o público, com sua ação predefinida pela lei, de outro o privado, com ampla liberdade de atuação.

4 TANZI, V. **Corruption, around the world** : causes, consequences, scope, and cures. **IMF**, Staff Paper, v. 45, n. 4, p. 559-594, dec. 1998.

5 De acordo com a teoria econômica neoclássica, a atividade de alguns indivíduos e grupos, na busca de rendas extramercado (ganhos que não tem origem nem no trabalho nem no capital), para si próprios, através do controle do Estado, denomina-se ‘rent-seeking’.Essas atividades ‘rent-seeking’ visam transferir renda não gerá-la. Assim, transpondo para a área de licitações e contratos, o direcionamento de licitações e a criação de privilégios aos agentes econômicos, determinados por critérios não competitivos, pode gerar um alto custo para a sociedade. Isso porque, do ponto de vista da eficiência econômica, as atividades ‘rent-seeking’ implicam na alocação ineficiente de recursos econômicos escassos em atividades improdutivas. (SILVA, Marcos Fernandes G. O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política: 1ª. Parte. In: **Estudos Econômicos da Construção- Sinduscon**, São Paulo, v. 2, n. 3, 1997)

6 Conceito apresentado no relatório desenvolvido por ‘Kroll (www.krollworldwide.com) The risk Consulting Company’ e Transparência Brasil. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br>>, intitulado: “Fraude e Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado”, colaboradores Johann G Lambsdorff, Wilton de Oliveira Bussab e Salo Vinocur Coslovsky

Abramo e Capobianco, em estudo acerca do tema 'licitações e corrupção', apontam o grau de discricionariedade atribuído ao administrador, como a causa da vulnerabilidade de um sistema legal de licitações. Quanto maior for este grau, maiores serão as oportunidades de corrupção⁷. Assim, o que permitiria a corrupção em licitações e contratos públicos seriam as decisões do administrador que, por exemplo: excluem empresas da competitividade, através de exigências, critérios financeiros e técnicos não justificados, ou melhor, justificados sob o viés do "interesse público", que mascara, na verdade, interesses privados; estabelecem critérios arbitrários de julgamento das propostas, ou ainda privilégios na fiscalização dos contratos e no cumprimento de obrigações pela contratada.

Em outros termos, o grau de arbítrio conferido ao agente público pode propiciar práticas de direcionamento da licitação, o que burla o princípio da isonomia e elimina a concorrência, fundamental à seleção da proposta mais vantajosa para a futura contratação. O direcionamento do procedimento licitatório, a prática de superfaturamento de preços e o fracionamento de despesa com vistas à licitação em modalidade diversa daquela prevista em lei ou visando à contratação direta, sem licitação, retratam as formas mais comuns de corrupção.

Na dicção do disposto no art. 3º. da Lei de Licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.
(grifo nosso)

2.1 DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO

O direcionamento da licitação ocorre quando o administrador público do órgão licitante estabelece exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, condições especiais que só determinada

7 ABRAMO, C. W.; CAPOBIANCO, E. R. **Licitações e contratos**: os negócios entre setor público e setor privado. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br>>. Acesso em: 5.set. 2008.

(s) empresa(s) possui (em) , burlando assim a concorrência , excluindo a maioria das empresas interessadas do certame. Consiste numa espécie de “reserva de mercado” ficta, porque as possíveis concorrentes já são desclassificadas antes mesmo da abertura de suas propostas, permanecendo apenas aquele fornecedor envolvido no esquema de corrupção.

Os agentes corruptos podem criar assim um “monopólio” da empresa participante do processo licitatório. Exemplificando: nas compras efetuadas através da modalidade licitatória convite, a Lei de Licitações -Lei 8666/93- no seu art.22, §3º, exige que se obtenham no mínimo três distintas cartas com proposta de preço. O agente público pode escolher apenas uma empresa e esta se encarrega de encontrar as outras duas cartas. Evidentemente que isso pode ocorrer por desídia da Administração e não necessariamente por ato de corrupção⁸. Mas essa modalidade licitatória permite esse dirigismo na escolha do contratado.

Podem ocorrer ainda que a decisão do administrador sobre o vencedor da licitação seja tomada com base em aspectos subjetivos travestidos de natureza técnica. O exercício de arbítrio no julgamento pode ser reforçado por uma definição imprecisa do objeto da licitação. Por exemplo, considerações sobre a qualidade, necessariamente subjetivas, passam a fazer parte do processo de definição do vencedor. Dessa forma torna-se fácil “vender” o resultado do julgamento⁹.

A modalidade convite está mais vulnerável às práticas ilícitas, porque é aquela que atribui o maior grau de discricionariedade ao administrador público. O administrador escolhe dentre três fornecedores/prestadores de serviços, aquele que será o contratado para a execução do objeto licitado. Isso permite simulações, como por exemplo, a contratação de empresa que não fabrica, nem presta os serviços relacionados ao objeto do contrato; ou seja, a contratada não pertence ao ramo de atividade, objeto da licitação. Também pode ocorrer que a contratada/convidada pertença ao mesmo proprietário das demais empresas convidadas, o que evidencia fraude à competitividade entre as licitantes, já que a concorrência é, de fato, eliminada.

8 CASTRO, Luciano I. de. **Combate à corrupção em licitações públicas**. Madrid: Universidad Carlos III Departamento de Economía, 2007. (Documento de Trabajo 07-03, série de Economía 02).

9 ABRAMO, 2008.

A Lei de Licitações define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento. Vejamos:

Art. 90 Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A Lei de Improbidade administrativa, a seu turno, define a fraude como ato de improbidade que causa prejuízos ao erário.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. (grifo nosso)

A análise prévia da minuta do edital e seus anexos, pelos NAJs, permite, muitas vezes, detectar o excesso de arbítrio conferido ao administrador, nas diversas fases que compõem o procedimento licitatório, inclusive os critérios de julgamentos “dirigidos”. Viabiliza-se assim um controle preventivo da legalidade, tornando o procedimento menos vulnerável a atos de corrupção.

2.2 SUPERFATURAMENTO

O superfaturamento consiste em aumentar artificialmente o valor dos preços referentes ao fornecimento bens ou contratação de serviços, de forma a propiciar lucros adicionais à empresa fornecedora em troca de benefícios escusos/propina. Preços superfaturados significam preços manifestamente superiores àqueles praticados no mercado.

Marçal Justen Filho¹⁰ leciona que o superfaturamento não

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 295.

significa necessariamente um preço ‘falso’ ou ‘lucro excessivo’, mas sim uma elevação injustificada do valor de um bem ou serviço quando a contratação se dá com o Estado, ou seja, perante particulares o contratado pratica outros preços significativamente menores. A caracterização de preço superfaturado estaria vinculada a alteração das condições habituais de negócios e na oneração injustificada dos cofres públicos; ou seja, a licitante perante contratantes particulares, pratica determinados preços, mas quando a contratante é a Administração Pública, esses mesmos valores são elevados, injustificadamente, de forma a provocar excessiva onerosidade aos cofres públicos.

Nessa ordem de idéias, traz-se à colação a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹¹, referindo decisão do Tribunal de Contas da União¹².

Tecnicamente a parcela excedente ao preço justo ou de mercado caracteriza-se como prejuízo. Quando a Administração Pública contrata com preços superfaturados, há o desembolso de despesa em valor excedente, sem contraprestação, parcela essa que deve ser considerada como prejuízo, como o é qualquer despesa sem amparo legal processada pela Administração. Se é dever indeclinável contratar a preços de mercado, qualquer despesa efetivada além desse limite deve ser reembolsada ao Erário pelo agente responsável direto pela sua efetivação.

A prática de superfaturamento está diretamente associada à ausência ou insuficiência de uma ampla e prévia pesquisa de preços, seja para as contratações que exigem licitação, seja para os casos de contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitações - arts. 24 e 25 da Lei 8666/93, respectivamente).

A Administração, previamente à licitação ou contratação direta de obras, serviços e compras (art. 7. §2º, II e art.14 da Lei de Licitações) deve proceder a uma ampla pesquisa de preços, a fim de estimar o custo do objeto a ser adquirido, definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais, além de servir de balizamento para a análise das propostas dos licitantes. O critério de aceitabilidade

11 FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão :procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 375.

12 Acórdão 88/1999-Plenário TCU

das propostas poderá ter como base o preço máximo¹³ fixado, caso em que as propostas oferecidas superiores a esse valor serão desclassificadas; ou pode a Administração fixar um valor estimado, que admite em princípio, a contratação por preço superior, desde que compatível com o preço de mercado, devidamente justificado. ambos os critérios (preço máximo ou preço estimado) podem implicar em prejuízos ao erário, quando tiverem como base preços muito acima daqueles praticados pelo mercado, ou seja, superfaturados.

De acordo com o Tribunal de Contas da União:

A fase interna do procedimento relativo a licitações públicas observará a seguinte seqüência de atos preparatórios:

[...]

estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado;

[...]

Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atenderem ao disposto na LRF. [Lei de Responsabilidade Fiscal]

Segundo determina a LRF, a estimativa da despesa e do seu impacto orçamentário-financeiro é peça fundamental dos procedimentos de licitação e deve estar acompanhada das premissas e da metodologia de cálculo utilizadas para determiná-la.

O valor estimado da contratação será determinante na escolha da modalidade de licitação a ser realizada (concorrência, tomada de preços, convite), exceto quanto à modalidade Pregão¹⁴.

13 De acordo com o art. 40, inc.X da Lei 8666/93, poderá ser fixada preço máximo que a Administração se dispõe a pagar pelo objeto contratado. Na modalidade licitatória do pregão, para a aquisição/contratação de bens e serviços comuns, realizada através do Sistema de Registro de Preços -SRP, é fixado no edital um valor máximo para cada item , caso em que os lances acima deste valor são desclassificados.

14 O Pregão constitui modalidade licitatória, instituída pela Lei 10.520, de 17.07.2002., destinada, exclusivamente, para a aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação. Pode ser feito sob a forma presencial, regulada pelo Decreto 3555/2000, ou eletrônica, regulada pelo Decreto 5450/2005. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas 3. ed. Brasília: TCU , Secretaria de Controle Interno, 2006).

A pesquisa de preços constitui pressuposto inarredável à regularidade do processo licitatório. Ela definirá o custo real do objeto a ser contratado, traduzindo-se na materialização dos princípios da eficiência e economicidade¹⁵. Nesse sentido, a legislação disciplinadora das licitações e contratações públicas.

Lei n.º 8.666/93 (Lei Geral de Licitações):

Art. 7.º [...]

§ 2.º - As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; [...]

§ 9.º - O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos dispensa e inexigibilidade de licitação.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

III – submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

[...]

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Art. 43 – A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes requisitos procedimentais: [...]

IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

15 DOTTI, Marinês R. A promoção da ampla pesquisa de preços nas contratações públicas: eficiente gestão de recursos públicos e efetividade no controle de despesas. São Paulo, **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, n. 170, p.350, abr. 2008.

Decreto n.º 6.170/07(Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências):

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666, de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Lei n.º 10.520/02(Institui a modalidade licitatória denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns)

Art. 3.º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

Decreto n.º 3.555/00(Regulamenta o pregão):

Art.8.º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

V - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração;

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

III - planilhas de custo;

Decreto n.º 5.450/05(Regulamenta o pregão eletrônico):

Art. 9.º [...]

§ 1.º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração;

§ 2.º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

O Núcleo de Assessoramento Jurídico não dispõe de competência para a análise contábil dos valores postos no orçamento estimativo elaborado pelo licitante, nem para o levantamento dos preços cotados, providências a cargo dos órgãos/setores técnicos competentes (princípio da segregação das funções), mas deve verificar se constam dos autos do processo os respectivos comprovantes /orçamentos que serviram de parâmetro à fixação do preço. A orientação do NAI, no exame jurídico do procedimento licitatório e de contratação direta, deve ser no sentido de que o órgão licitante comprove a realização da pesquisa de mercado,

através da juntada dos respectivos orçamentos, orientação que encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Vejamos:

Realize pesquisa de preços como forma de cumprir a determinação contida no art. 43, inciso IV, da Lei de Licitações, fazendo constar formalmente dos documentos dos certames a informação sobre a equivalência dos preços. Acórdão 301/2005 Plenário

Anexe aos processos de licitação a impressão da relação de preços praticados para o bem pretendido, extraída do módulo gerencial de COMPRASNET/ SIASG-CONSULTA PREÇOS PRATICADOS, de modo a atender o que determina o art. 2º parágrafo único da IN/ SEDAP nº 04/99 c/c os artigos 15, inciso V e 43 inciso IV da Lei 8.666/1993. Acórdão 1272/2004 Primeira Câmara

Realização de ampla pesquisa de preços no mercado, a fim de estimar o custo do objeto a ser adquirido, definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e servir de balizamento para a análise das propostas dos licitantes, em harmonia com os arts. 7º, § 2º, inciso III, e 43, incisos IV e V, todos da Lei 8.666/1993. Acórdão 1182/2004 Plenário

Em se tratando de obras, já decidiu o TCU, que a configuração de superfaturamento exige o cotejo dos preços praticados com outros executados em obras de igual porte (Acórdão 1709/2002-Plenário).

Há casos em que, pela simples leitura da planilha de comparativo de preços, onde normalmente, constam, no mínimo, três orçamentos de diferentes fornecedores, constata-se que um dos orçamentos representa valor bem superior ao menor orçamento, fato que acaba elevando o preço médio, que será fixado para a contratação. Nesses casos, o NAI orienta o órgão licitante, diante do risco de superfaturamento, já que o preço médio acaba superando o valor de mercado, que tome por parâmetro o valor do menor orçamento, e fixe este como o valor estimado ou o máximo da contratação. Exemplificamos:

No comparativo de preços obtidos junto a três fornecedores (A-B-C), para a aquisição de determinado item, o valor do maior orçamento obtido do fornecedor 'A' foi de R\$2.150,00; que correspondia ao quádruplo do valor correspondente ao menor orçamento-R\$498,00, apresentado pelo fornecedor C. Isto acaba por elevar o valor médio,

que, na verdade, deve refletir o preço de mercado.

O Tribunal de Contas da União define: “Preço médio é o elaborado com base em pesquisa onde será realizada a contratação e deve refletir o preço de mercado. Preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações, desde que reflita o preço de mercado. Preço de mercado é o corrente na praça pesquisada. Preço praticado é o que a administração contratante paga ao contratado.”¹⁶

Esse tipo de procedimento não é razoável, porque sempre que um dos orçamentos se apresentar superfaturado, haverá uma elevação da média. Por isso, o cabe ao NAJ recomendar que a unidade licitante observe e evite cotações que representem valores excessivamente superiores ao menor orçamento obtido. Dessa forma, se os valores apresentados pelas empresas são díspares a ponto de uma empresa apresentar orçamento com valores consideravelmente superiores ao de outra, resta afastada a possibilidade de considerá-lo, para fins de, por média aritmética, ser fixado o preço médio. Nesses casos, o preço estabelecido como valor médio de referência acaba sendo maior que os valores apresentados pelos demais fornecedores, resultando num valor de referência bem acima do que poderia ser alcançado. O órgão licitante, responsável pela pesquisa de preços ao estabelecer aquele patamar de aceitabilidade, acaba por contratar por preço superfaturado.

Sob esse enfoque, trago à colação trecho do Despacho/Coordenação NAJ/RS/CGU/AGU N° 1680/2006, que orienta:

Orientamos o órgão que é recomendável lançar como preço máximo, o mínimo pesquisado ou, definir o preço médio como sendo o preço máximo admitido, com base na apuração do menor e maior preço pesquisado.

Tal orientação é extraída das lições de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁷:

Como regra geral, temos sugerido:

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006, p. 39-40.

17 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 239-240.

c) definir a informação do menor e maior preço pesquisados, apurando-se a média;

[...]

O recomendável é lançar, como preço máximo, o mínimo pesquisado, otimizando-se a vantagem da licitação. Contudo, cada caso deve merecer reflexão própria. (grifos nossos)

É de fundamental importância também, na análise preventiva da regularidade do procedimento licitatório, que se oriente o órgão licitante acerca da possibilidade de se utilizar bancos de dados como instrumento equivalente à ampla pesquisa, exigida no art. 15 §1º. da Lei 8666/93. No âmbito federal, o banco de dados do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais –SIASG, atende a função da ampla pesquisa, como parâmetro referencial. Este banco de dados inclui atividades de cadastramento de fornecedores (SICAF- sistema de cadastramento de fornecedores, operado on-line, que cadastra e habilita pessoas físicas e jurídicas interessadas em participar de licitações realizadas por órgãos e entidades integrantes do SIASG); registro de preços de bens e serviços (efetuado principalmente pelo sistema COMPRASNET, operado on-line, inclusive por meio da internet, no sítio <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Oferece consultas a convites, tomada de preços e concorrências realizada pela Administração Federal, que pode ser realizada por qualquer interessado. Permite redução de custos e torna mais transparentes e competitivas as licitações) e ainda catálogo de materiais e serviços (Define padrões de produtividade e qualidade de serviços e materiais especificados nas compras pela Administração Pública Federal)¹⁸.

Embora os Núcleos de Assessoramento Jurídico não detenham a função de órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União e os órgãos de controle interno da unidade licitante; na análise prévia da legalidade dos atos que compõe a fase interna do procedimento licitatório, devem advertir o órgão licitante da responsabilidade solidária em que incidem agentes públicos e fornecedores ou prestadores de serviços, nas hipóteses de superfaturamento.

¹⁸ FERNANDES, 2005, p. 214-215.

Na hipótese de contratação direta (hipóteses em que não se realiza licitação), adverte o art. 25 da Lei 8666/93, no seu §2º:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

§2º Na hipótese deste artigo 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.

A análise preventiva, realizada pelos núcleos de assessoramento da AGU, comporta ainda a advertência de que, mesmo após publicado o edital ou expedido o convite, sendo constatado que o valor estimado atribuído ao objeto da licitação não condiz com os preços praticados no mercado (porque possivelmente superfaturados), deve o ordenador de despesas declarar a nulidade parcial do procedimento licitatório, alcançando todos os atos praticados desde a aprovação da estimativa de custos baseada em pesquisa de preços superfaturada ou deficientemente instruída, determinando prazo para que outra pesquisa de preços seja elaborada; sob pena de responder solidariamente pela recomposição dos prejuízos advindos da contratação efetivada com preços abusivos. Isso representa o exercício da autotutela pela própria Administração licitante, nos termos ditados pela súmula 473 do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

O Tribunal de Contas da União tem jurisprudência pacífica no sentido de que a Comissão de Licitação é também responsável por irregularidades que, em decorrência de processo licitatório, forem praticadas pelos administradores, fato que, por exemplo, ocorre quando o ordenador de despesas firma contrato com preço superfaturado. Parte-se do pressuposto de que o ordenador de despesas, que homologa a licitação, presume que a Comissão agiu com prudência no julgamento das propostas, podendo, no máximo, ser-lhe atribuída responsabilidade

19 Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

quando comprovada culpa grosseira, má-fé ou conivência com os membros da Comissão²⁰.

De acordo com o Tribunal de Contas da União.

A homologação não é ato meramente formal; por meio dele a autoridade competente lança sua assinatura e expressa sua ciência do resultado do certame, exercendo o controle sobre a legalidade do procedimento licitatório. (Acórdão 113/1999-Plenário)

Mas, como aferir o preço superfaturado? O Tribunal de Contas da União - TCU já considerou como parâmetro, o preço dos contratos firmados com a mesma empresa, por outro órgão público e contrato anterior com o mesmo órgão²¹. Também, já tomou por fundamento o disposto na Instrução Normativa SAA/CGAIN no. 002/97, de 02.10.2007, a qual estabelece que qualquer preço superior à 5% ao do referencial representaria superfaturamento²².

O superfaturamento de preços constitui ato fraudulento, e encontra-se tipificado na lei de licitações e na lei de improbidade administrativa.

Lei 8666/93

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

[...]

Lei 8429/92

20 FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 376.

21 Vide, nesse sentido, Acórdão 101/97 -Plenário

22 Acórdão 088/99-Plenário (FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Vade-Mécum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; (grifo nosso)

Ilustrativa, neste aspecto, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região²³, acerca da comprovação da materialidade do tipo penal referido no art. 96, inciso I da lei de licitações.

1. O art. 96, inciso I da Lei 8666, que prevê a fraude em licitação, por meio da elevação arbitrária de preços, abrange as hipóteses de aquisição, venda ou contratação, decorrente do procedimento licitatório. Assim, a prestação de serviços contratada por processo licitatório está abarcada pelo tipo penal da citada lei especial.

2. Comprova-se a materialidade e autoria do ilícito previsto no inciso I, do art. 96 da Lei 8666/93, pela diferença de propostas ofertadas pelo réu, que em contrato emergencial apresenta um valor, e em posterior Tomada de Preços, apresentou outro valor, em torno de 50% abaixo do que havia contratado, revelando arbitrária elevação do preço do serviço contratado, evidenciando assim, a ocorrência de prejuízos à Fazenda Pública. (grifo nosso)

Expressivo também o trecho da Decisão 1090/2001-P, no processo TC 004.874/2001-4, que traz palavras constantes do voto do Ministro Relator Benjamin Zymler:

Pode ocorrer na contratação de obras públicas, em regime de empreitada por preço unitário, que haja determinados itens com preços superfaturados, embora o preço global da obra seja compatível com o de mercado. Esses itens superfaturados, no decorrer da execução da obra, podem ter os seus quantitativos aumentados

²³ ACR 5662/SC, 7ª. Turma, processo: 2000.04.01.024978-3. DJ 26.03.2003. **Revista Fórum Administrativo-Direito Público**, v. 3, n. 26, p. 2199-2203, abr. 2003. apud FERNANDES, op. cit., p. 994.

mediante aditivos contratuais - é o chamado jogo de planilha. Assim, o custo total da obra ficará em desacordo com o de mercado, arcando a União com o prejuízo.

O exemplo retrocitado revela uma prática de superfaturamento, em relação a qual, deve o órgão licitante atentar, para evitar a responsabilização solidária dos membros da comissão de licitação e da autoridade que homologa o procedimento.

Daí a importância de os Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) exigirem que, os cálculos, constantes nas planilhas de custos, apresentadas pela Administração, sejam objeto de análise/parecer do setor técnico competente, acerca da sua regularidade. Isso decorre do princípio da segregação das funções, segundo o qual cada órgão/setor da Administração deve realizar a sua função técnica, não podendo o NAJ agregar funções que são da competência administrativa de outros órgãos/setores da Administração. Ao NAJ compete apontar vícios, irregularidades, na fase interna do procedimento, que denotem ilegalidades e comprometam a licitude da licitação e da própria contratação.

As contratações diretas (hipóteses legais de licitação dispensável, dispensada e de inexigibilidade de licitação²⁴), são, pela própria natureza, mais vulneráveis a práticas de superfaturamento de preços. É que, nesses casos, a seleção do contrato mais vantajoso, para a Administração, não se submete aos rigores de um procedimento licitatório formal, mas a um procedimento especial e simplificado.

A dispensa de licitação em razão do valor – hipótese prevista no art. 24 incisos I e II da lei de licitações²⁵, por exemplo, não exige publicidade, como condição de eficácia do ato. Nesse sentido, dispõe o art. 26 da referida lei.

24 Licitação dispensável é aquela prevista nas hipóteses do art. 24 da Lei 8666/93, cujas situações 'numerus clausus' admitem a contratação direta. Neste caso a licitação é possível, porém não obrigatória. Licitação dispensada é aquela em que a lei (art. 17, I, II, §2º e §4º da Lei8666/93 -alienação de bens imóveis e móveis) desobriga expressamente a realização de licitação.Neste caso o gestor público não pode licitar. Inexigibilidade de licitação ocorre nas hipóteses, exemplificativas do art. 25 da Lei 8666/93, quando há inviabilidade de competição, porque há um só objeto ou fornecedor que atende às necessidades da Administração contratante. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006).

25 **Art. 24** - É dispensável a licitação: I - **para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior (ou seja, até R\$15.000,00)**, desde

Art. 26. 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 desta Lei 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.

De acordo com as orientações traçadas pelo Tribunal de Contas da União²⁶ e repassadas aos órgãos assessorados pelos Núcleos de Assessoramento da AGU, nos casos de dispensa de licitação, com base nos incisos III a XXV do art. 24, bem como nas hipóteses de inexigibilidade do art. 25 da Lei no. 8.666 de 1993, o procedimento simplificado deve ser instruído com os elementos previstos no art. 26 da referida lei, observada a seguinte seqüência de atos preparatórios:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. justificativa da necessidade do objeto;
3. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;
4. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida;
5. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços;
6. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
7. razões da escolha do executante da obra ou do prestador do serviço ou do fornecedor do bem;

que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

- II - **para outros serviços e compras de valor** até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior **(ou seja, até R\$8.000,00)** e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

26 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006, p. 238.

8. anexação do original das propostas (serão aceitas propostas de preços encaminhadas por meio de correio eletrônico “e-mail” e por fax, contendo a razão social e CNPJ, especificação do objeto, valor e outras condições, conforme o caso)²⁷;
9. anexação do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos²⁸;
10. declaração de exclusividade expedida pelo órgão competente, no caso de inexigibilidade;
11. justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, com os elementos necessários à sua caracterização, conforme o caso;
12. justificativa do preço;
13. pareceres técnicos ou jurídicos;
14. documento de aprovação dos projetos de pesquisa para aos quais os bens serão alocados, se for o caso;
15. autorização do ordenador de despesa;
16. comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação.
17. ratificação e publicação da dispensa ou da inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;

27 **Acórdão 1705/2003 Plenário**

Proceda, quando da realização de licitação, **dispensa ou inexigibilidade**, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, e art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório [...].

28 **Acórdão 260/2002 Plenário**

Deve ser observada a exigência legal (art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993) e constitucional (art. 195, § 3º, da CF) de que nas licitações públicas, mesmo em casos de **dispensa ou inexigibilidade**, é obrigatória a comprovação por parte da empresa contratada de:

Certidão Negativa de Débito (INSS - art. 47, inciso I, alínea a, da Lei nº 8.212, de 1991); Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais (SRF-IN nº 80, de 1997); e

Certificado de Regularidade do FGTS (CEF)(art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990).

18. inclusão de quaisquer outros documentos relativos à inexigibilidade;

19. assinatura de termo de contrato ou instrumento equivalente.

Nos casos de contratação direta em razão do valor (art. 24, incisos I e II da Lei 8666/93), deve o órgão interessado instruir os autos com os seguintes documentos²⁹:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;

2. justificativa da necessidade do objeto;

3. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida;

4. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços, no que couber;

5. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;

6. pesquisa de mercado junto a três fornecedores, sempre que possível;

7. anexação do original das propostas;

8. juntada do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos;

9. justificativa do preço;

10. elaboração de mapa comparativo de preços;

11. solicitação de amostra do produto de menor preço, se necessário;

12. autorização do ordenador de despesas;

29 BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit., p. 239.

13. emissão de nota de empenho ou documento equivalente;
14. inclusão de quaisquer outros documentos relativos à dispensa.

A exigência de que os autos do procedimento de contratação direta sejam regularmente instruídos constitui uma garantia à regularidade, transparência e licitude do procedimento, evitando-se, tanto quanto possível, o desvio de finalidade caracterizador do ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, inciso VIII da Lei 8429/92 e do tipo penal previsto no art. 89 da Lei de Licitações, respectivamente.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente'(grifo nosso)

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

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

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

2.3 FRACIONAMENTO DE DESPESAS COMO FORMA DE MANIPULAÇÃO DA LICITAÇÃO E DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

Acrescente-se às práticas ilícitas de direcionamento da licitação e de superfaturamento de preços, o fracionamento de despesa, como uma forma de manipulação do procedimento licitatório e das contratações diretas.

O fracionamento de despesa ocorre quando se divide a despesa visando a utilização de modalidade licitatória inferior àquela prevista na legislação para o total da despesa, ou para efetuar a contratação direta, ou seja, sem licitação. Por exemplo, a lei de licitações veda a utilização da modalidade convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços de idêntica natureza e no mesmo local, que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços³⁰. Da mesma forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência. Assim, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá sempre preservar a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado³¹.

A lei de licitações prevê, no seu art. 23, que as modalidades de concorrência, tomada de preços e convite são determinadas em razão do valor estimado da contratação:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

30 Art. 23, § 5º. Lei 8666/93: § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006.

convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Dessa forma, se a Administração pretende adquirir no decorrer do exercício (exercício financeiro de 2008), mil cadeiras de auditório, cujo custo corresponde à tomada de preços, não poderá realizar vários convites, fracionando a despesa, para justificar a adoção de modalidade licitatória diversa daquela exigida por lei, considerado o valor total da despesa³².

O fracionamento pode ser usado para evitar a licitação, quando o valor da despesa inserir-se naquelas hipóteses legais de dispensa de licitação, em razão do valor, constantes do art. 24, incisos I e II da Lei 8666/93.

Art. 24. É dispensável a licitação³³:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Aos NAJs cabe advertir explicitamente o administrador, sobre a ilicitude desse procedimento e as conseqüências legais daí decorrentes. Nesse contexto, orienta-se também, que a Administração, diante da dificuldade em realizar um planejamento prévio de todas as compras

³² Ibid., p. 44.

³³ Para obras e serviços de engenharia até R\$15.000,00(quinze mil reais) e para outros serviços e compras até R\$ 8.000,00(oito mil reais).

que serão necessárias durante o exercício financeiro, utilize o sistema de Registro de Preços.

O Sistema de Registro de Preços (SRP)³⁴ consiste no procedimento utilizado para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens pela Administração, visando à contratações futuras, e é precedido de licitação na modalidade concorrência ou pregão, exigindo prévia e ampla pesquisa de mercado. O critério de julgamento deve ser o de menor preço e, após realizada a licitação, os preços e as condições de contratação ficam registradas na Ata de Registro de Preços³⁵. Quando a Administração precisar contratar a aquisição de bens e serviços, durante o decorrer do exercício financeiro, pode convocar o licitante vencedor, cuja proposta/lance configurou o menor preço ofertado e foi registrado na Ata, dispensando assim a realização de várias licitações para cada aquisição.

Nas licitações para registro de preços exige-se que a Administração indique no edital, o preço unitário máximo que se dispõe a pagar para os bens e serviços licitados³⁶, desclassificando as propostas acima dele.

Várias são as vantagens trazidas pelo sistema de registro de preços. Com ele, evita-se o risco de parcelamento de despesa, o risco de superfaturamento, o custo da licitação, já que reduz o número de licitações no decorrer do exercício financeiro, torna o processo mais transparente e a constitui um meio mais eficaz para viabilizar o planejamento da Administração.

3 CORRUPÇÃO NA EXECUÇÃO CONTRATUAL: AS FRAUDES NA SUBCONTRATAÇÃO E NA FISCALIZAÇÃO

Os contratos administrativos também devem ter suas minutas

34 É disciplinado pelo Decreto 3931, de 19 de setembro de 2001.

35 BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit.

36 Excepcionalmente, o Tribunal de Contas da União admite a contratação por preço superior ao preço máximo eventualmente fixado no edital. Para tanto deve ser comprovado: a) que a contratação atende ao interesse público, b) que o preço ofertado é compatível com o praticado no mercado ou os constantes do sistema de registro de preços e c) que há créditos orçamentários suficientes. Note-se que essa análise será obrigatoriamente realizada à luz das circunstâncias específicas do caso concreto sob exame. (Pontos Polêmicos de Licitações e Contratos- Algumas questões relevantes. Ministro Benjamin Zymler . IV Simpósio Regional sobre Licitações e Contratos, realizado em Porto Alegre/RS, nos dias 28 a 30 de maio de 2008.)

analisadas previamente à respectiva celebração, pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs). Isso decorre, como visto, de expressa previsão legal, constante do art. 38 § único da lei de licitações conjugado com o disposto no art. 19, inciso VII, alínea 'a' do ato regimental no.05 /2007 da AGU.

Recentemente foi divulgado³⁷ por um estudo do Serviço de Perícias de Engenharia Legal da Polícia Federal, vinculado ao Instituto Nacional de Criminalística(INC), que inspeciona obras públicas sob suspeita, que entre os anos de 2000 a 2008, foram desperdiçados, cerca de R\$15,58 bilhões em obras (obras analisadas: edificações 33% e estradas 16%) contratadas com recursos da União. Esses recursos, foram desviados pela corrupção, através de três canais: preços superfaturados, com superfaturamento médio de 30% nas obras em rodovias; qualidade insuficiente dos materiais aplicados e desequilíbrios contratuais que ensejam o acréscimo e inclusão de serviços mais caros. Termos utilizados pela corrupção como “viaduto sorrisal”, por exemplo, significa pontilhão que se desfaz com pouco tempo, já que erguido com material de baixa qualidade, descartáveis.

Na execução dos contratos, pontuamos dois casos em que surge o risco de fraude. O primeiro diz respeito à subcontratação na execução da obra ou prestação do serviço, quando autorizada no edital da licitação, prévia à contratação.

3.1 SUBCONTRATAÇÃO

A subcontratação ocorre quando o contratado entrega parte da obra, serviço ou fornecimento, a terceiro estranho ao contrato, para que execute em seu nome, parcela do objeto contratado³⁸. A lei veda a subcontratação total do objeto licitado, e a subcontratação parcial deve se ater aos limites postos, pela Administração, no edital e no contrato.

Analisando a minuta do edital e do contrato, o Núcleo de Assessoramento verifica que o órgão licitante autoriza a subcontratação, sem referenciar os limites e as condições. Nesse caso a orientação é a fixação de um percentual máximo que será admitida a subcontratação, atentando-se para a natureza e especificidades do serviço contratado.

37 CORREIO do Povo, Porto Alegre, v. 113, n. 343, 07 jul. 2008.

38 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006.

Isso porque a subcontratação de parcela da obra ou serviço pode representar a execução de todo o objeto licitado por uma empresa que não participou da licitação, e portanto, não foi submetida a exigências de qualificação técnica, econômico-financeira, jurídica e àqueles atinentes a regularidade fiscal. Além disso, a subcontratação pode mascarar a inidoneidade da empresa vencedora da licitação para a execução do objeto da licitação e do contrato.

Ilustrativa a jurisprudência do Tribunal de Contas³⁹ da União nesses casos.

Admitir transferência de parte do objeto inicialmente contratado juntamente com as responsabilidades contratuais, direitos e obrigações—cederiam espaço à contratação direta, representando fraude ao dever de licitar, ocasionando iminente risco à Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria a análise dos critérios de idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação, e, outros, regularidade fiscal. (TCU Acórdão 1368/2004-Plenário)

Nos termos do art. 72 da Lei 8666/93, deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para a subcontratação, quando houver cláusula editalícia de permissividade, devendo essa cláusula existir, apenas, em hipóteses excepcionais, quando a subcontratação for estritamente necessária, devendo ser técnica e circunstanciadamente justificados tanto a necessidade da subcontratação quanto o percentual máximo admitido. (TCU- Acórdão 1748/2004-Plenário)

Em serviços complexos e obras de engenharia de grande vulto, é comum a subcontratação, até mesmo pela necessidade de serviços especializados. A fraude nessas licitações pode ser constatada quando se detecta que algumas empresas entram em acordo, antes da entrega das propostas, atuando na forma de rodízio, para vencer as licitações, permutando as obras após a obtenção do contrato. São espécies de licitações combinadas, identificadas pela existência dos mesmos licitantes e contratados e a propriedade de várias empresas pelos mesmos sócios⁴⁰. Esta forma de fraude não é detectável pela assessoria jurídica do órgão

39 FERNANDES, 2008.

40 BALBINOTTO NETO, Giacomo; GARCIA, Ricardo Letizia. A percepção da corrupção e suas implicações econômicas: uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Estado do RS. *Ensaio FEE*, v. 26, n. esp., p. 321-351, 2005.

promotor da licitação, mas pode ser evitada pela própria Administração, vedando-se a admissão da subcontratação nos editais e, nos casos em que for necessária, delimitando expressamente a forma e as condições em que poderá ser efetivada.

3.2 A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

O segundo caso diz respeito à possibilidade de conluio entre o fiscal da obra/serviço e a empresa contratada, caso em que, a ausência de rígida fiscalização no acompanhamento da execução dos contratos, permite que ocorra, por exemplo, a alteração das quantidades e especificações técnicas, o recebimento de material em quantidade e qualidade inferior ao contratado. Na tentativa de evitar essas ocorrências, a lei prevê dois recebimentos para o objeto licitado, provisório e definitivo, devidamente documentados. O primeiro pelo agente administrativo designado para acompanhamento e fiscalização. O segundo por servidor ou comissão designados pela autoridade competente. Nesse sentido, o art. 73 da lei de licitações.

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

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

À vista dessas disposições legais, orienta-se a Administração que insira previsão específica no edital, e em idênticas condições, no contrato, quanto ao recebimento provisório e definitivo, cada qual em prazo predeterminado, para que seja atestada a conformidade do objeto aos termos contratados. Também deve ser fixado prazos para o caso de retificação ou refazimento da obra ou serviço pela contratada.

A designação de um gestor do contrato⁴¹, isto é, servidor que, vinculado a um órgão público, designado para acompanhar a execução dos contratos firmados e promover as medidas necessárias à execução contratual, conforme as condições previstas no edital e no contrato; é obrigatória, nos termos do art. 67 da Lei 8666/93.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Em regra geral, o contrato deve ser executado nas mesmas condições em que foi ajustado. Podem ocorrer, entretanto, situações que imponham a necessidade de alteração contratual. Considera-se alteração contratual toda e qualquer modificação no objeto contratado e demais disposições a ele relacionadas no regime de execução, no prazo, no valor ou forma de pagamento do contrato e na garantia financeira oferecida. As modificações na execução do contrato, devem ser feitas através de termo aditivo. No tocante a alteração do objeto, por exemplo, o gestor deve avaliar a necessidade das alterações, a possibilidade as modificações serem objeto de licitações em separado, e perquirir se as modificações já estivessem previstas no edital, se os competidores seriam os mesmos, a fim de analisar se as alterações pretendidas não estariam burlando a isonomia da competição no processo licitatório⁴².

Aos NAJs cabe verificar se as hipóteses de alterações contratuais previstas no edital e no contrato estão em conformidade com a lei de licitações e regulamentação pertinentes, pontuando expressamente as atribuições da fiscalização durante a execução contratual.

4 CONCLUSÃO

As licitações e contratações (obras, serviços, compras) são essenciais para o funcionamento da Administração Pública. Se é certo que elas geram custos econômicos para o Estado, a corrupção também os gera. E, neste caso, os custos não são apenas para o Estado, mas custos para toda a sociedade, que acaba sendo a maior prejudicada pelo desvio de dinheiro público permitido pela corrupção.

41 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O gestor do contrato e as alterações das cláusulas contratuais. *Fórum de contratação e Gestão Pública-FCGP*, Belo Horizonte, v. 4, n. 46, p. 6152-6157, out. 2005.

42 FERNANDES, op. cit.

A vulnerabilidade das licitações e contratações públicas à corrupção está associada, em grande parte, ao grau de discricionariedade atribuído, pelos editais, ao administrador público. Quanto maior for a possibilidade de arbítrio por parte do administrador, maiores serão as chances de se corromper a competitividade e, de se manipular a licitação segundo interesses privados e escusos.

A corrupção nesses procedimentos pode manifestar-se através do direcionamento da licitação efetuada pelo administrador, a fim de que somente determinada empresa seja a vencedora do certame; de contratações diretas por dispensas indevidas de licitações; do fracionamento de despesas para evitar determinadas modalidades do procedimento licitatório ou mesmo para viabilizar a contratação direta, sem licitação; de contratação por preços superfaturados; de subcontratações do objeto licitado e de conluíus realizados durante a execução dos contratos viabilizados por uma fiscalização ineficiente. Todos essas práticas ilícitas, configuram atos de improbidade administrativa, causadoras de prejuízos ao erário, na dicção do disposto no art. 10 incisos V e VIII e da Lei 8429/92.

O direcionamento da licitação implica em fraude, porque elimina a concorrência. O administrador ‘escolhe’, ‘dirige’ o procedimento de forma que determinada empresa (previamente escolhida por ele) seja a vencedora da licitação e a futura contratada.

O superfaturamento de preços consiste em aumentar artificialmente o valor dos preços referentes ao fornecimento bens ou contratação de serviços, de forma a propiciar lucros adicionais à empresa fornecedora em troca de benefícios escusos/propina. Preços superfaturados significam preços manifestamente superiores àqueles praticados no mercado.

O fracionamento de despesa, como forma de manipulação do procedimento licitatório, ocorre quando se divide a despesa visando a utilização de modalidade licitatória inferior àquela prevista na legislação para o total da despesa, ou para efetuar a contratação direta, ou seja, sem licitação. Quando não é decorrente da ausência de planejamento da Administração, mas sim do desvio de finalidade por parte do administrador, configura ato fraudulento.

A subcontratação pode mascarar a contratação de empresa que

não participou do certame, ou mesmo a inidoneidade da vencedora para a execução do objeto contratado. Há muitas fraudes que são propiciadas pela ausência ou deficiência da fiscalização durante a execução contratual. As alterações contratuais, muitas vezes são empreendidas no decorrer da execução do contrato, visando acréscimos no objeto licitado, com preços acima dos valores de mercado.

O desvio de recursos públicos pela corrupção envolve agentes políticos e agentes públicos. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento⁴³ da Reclamação 2138/DF, de 13.06.2007, que a Lei de improbidade administrativa (Lei 8429/1992) não se aplica aos agentes políticos (Presidente da República, governadores de estado, prefeitos municipais, senador, deputado, vereador, magistrados), considerando que estes já estão sujeitos à Lei dos Crimes de Responsabilidade, ratificando o entendimento de que, sujeitos da improbidade são os agentes da administração, aqueles, que na área de licitações e contratos, especificam objetos, emitem pareceres técnicos ou jurídicos, conduzem procedimentos licitatórios, praticam atos administrativos nesses procedimentos e ordenam as despesas deles decorrentes⁴⁴.

43 EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.[...]. II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

44 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI,Marinês R. A licitação no formato eletrônico e o compromisso

Por tudo isso merece ser prestigiada a atuação preventiva à corrupção nesses procedimentos; que é realizada pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico, unidades da Consultoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União (AGU), no assessoramento prestado aos órgãos administrativos licitantes. Como diz um conhecido ditado, o melhor é prevenir do que remediar.

5 REFERÊNCIAS

ABRAMO, C. W.; CAPOBIANCO, E. R. **Licitações e contratos: os negócios entre setor público e setor privado**. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br>>. Acesso em: 5 set. 2008.

BALBINOTTO NETO, Giácomo; GARCIA, Ricardo Letizia. A percepção da corrupção e suas implicações econômicas: uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Estado do RS. **Ensaio FEE**, v. 26, n. esp., p. 321-351, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas** 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

CASTRO, Luciano I. de. **Combate à corrupção em licitações públicas**. Madrid: Universidad Carlos III Departamento de Economía, 2007. (Documento de Trabajo 07-03, série de Economía 02).

CORREIO do Povo, Porto Alegre, v. 11, n. 343, 07 jul. 2008.

DOTTI, Marinês R. A promoção da ampla pesquisa de preços nas contratações públicas: eficiente gestão de recursos públicos e efetividade no controle de despesas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, São Paulo, n. 170, p.350, abr. 2008.

FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. O gestor do contrato e as alterações das cláusulas contratuais. Belo Horizonte, **Fórum de contratação e Gestão Pública-FCGP**, v. 4, n. 46, p. 6152-6157, out. 2005.

_____. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Vade-Mécum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês R. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência: Projeto de Lei no. 7709, de 2007. Brasília, **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 38, n. 109, maio/ago. 2007.

SILVA, Marcos Fernandes G. O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política: 1ª. Parte. São Paulo, **Estudos Econômicos da Construção- Sinduscon**, v. 2, n. 3, 1997.

TANZI, V. Corruption, around the world: causes, consequences, scope, and cures. **IMF**, Staff Paper, v. 45, n. 4, p. 559-594, dec. 1998.

