

Prevenção de fraude e corrupção nos contratos administrativos

Wandewallesy de Brito Alexandre¹

Introdução

A temática das compras governamentais vem ganhando ênfase nos últimos anos perante a sociedade, principalmente após a deflagração da operação lava jato em 2014, que apurou um robusto esquema de corrupção envolvendo contratos administrativos. É neste mister que o Brasil procurou melhorar sua accountability, bem como aprimorar formas de mitigar as arestas deixadas pelas legislações vigentes.

Não menos, a grave crise financeira que acometeu o País fez com que o controle social cobrasse mais por responsabilidade fiscal, exigindo dos gestores desenvoltura e governança nas aquisições públicas.

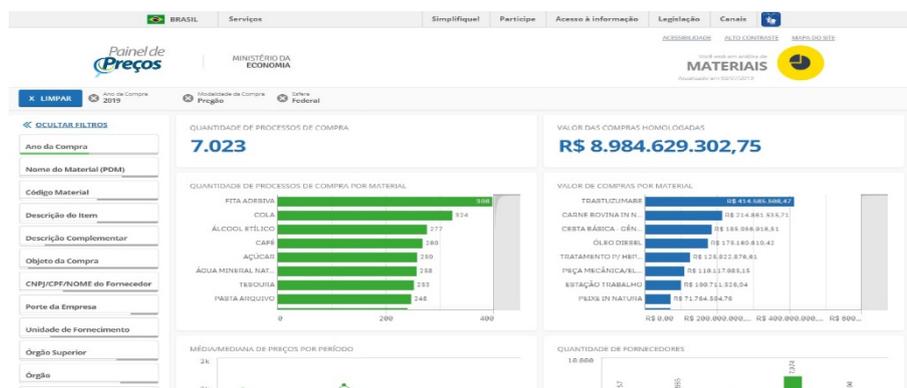
Devido a visibilidade que tomou os escândalos de corrupção e fraude envolvendo a alta administração do governo, a opinião pública declarou como pauta prioritária o combate a estas práticas. Que tomou forma através de grandes manifestações colocando grande pressão popular no executivo, legislativo e judiciário. Não menos, em resposta às ruas, a campanha eleitoral de 2018 avocou inevitavelmente como plataforma de campanha eleitoral estes temas.

Ao passo que as compras públicas se revestem de importância por ser um norteador de fomento as políticas públicas, Vedung (1997) explica que as isenções ou incentivos fiscais compõem o que se chama de Carrots (cenouras), de forma a induzir determinados setores da sociedade a agir conforme os idealizadores de uma determinada Política. Podemos citar diversos inovações legislativas que caracterizam esta afirmação como a Lei Complementar nº 123/06 (Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), Decreto nº 8.538/15 (Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal), Lei nº 12.598/12 (Estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa; dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa; altera a Lei no 12.249, de 11 de junho de 2010; e dá outras providências e entre outros de igual teor.

Ainda, o governo através do seu poder de compra desempenha um importante papel como ator no mercado. A título de levantamento, entre 1º de janeiro de 2019 à 03 de julho de 2019, no âmbito da administração federal, foram realizados até o momento cerca de 7.023 processos de compras de materiais,

¹ Possui MBA pela Fundação Getúlio Vargas e mestrado em Administração Pública pelo IDP. Atualmente é pregoeiro do Exército Brasileiro.

totalizando cerca de R\$ 8.984.629.302,75 de compras homologadas², valendo-se da modalidade pregão, como pode ser visto na figura a seguir:



Fonte: painel de preços

O que é contrato administrativo

O contrato administrativo está insculpido na lei nº 8.666/93 a partir do seu art. 54º até o art. 80º, que nada mais é que um acordo entre as partes. Neste descortino o parágrafo único do art. 2º da Lei Geral de Licitações define contrato como, in verbis:

“Art. 2º (omissis)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Lei nº 8.666/93.

Para Marçal Justen Filho a definição de contrato é “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa” (Justen Filho, 2014, p.918).

Enquanto para Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público” (Di Pietro, 2019 p. 556).

Diante dos conceitos apresentados verificamos que o contrato administrativo é um instrumento aonde está esculpido as obrigações da contratada e os direitos dele decorrente, normalmente em forma de pecúnia.

As particularidades do contratado administrativo estão empossadas principalmente nas prerrogativas e sujeições dele inerente. No que tange as

² Dados extraídos: <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br> <acesso em 25/07/2019>

particularidades podemos definir como a supremacia que a administração pode exercer sob o particular. Enquanto as sujeições estão relacionadas com os limites da atuação da administração.

Conceito de fraude e corrupção

Diante da quantidade de escândalos associados à corrupção nas últimas décadas, sabe-se que o conceito de fraude tornou-se mais relevante no que diz respeito à discussão a respeito do significado, ocorrência, motivação e condições associadas.

Para o Professor Silvio de Salvo Venosa (2011), a fraude é o uso de meio enganoso ou ardiloso com o intuito de contornar a lei ou um contrato, seja ele preexistente ou futuro.

Vale ressaltar que tal conceito exige a intenção danosa no que diz respeito às partes fraudadoras, como afirma Plácido e Silva (2016).

Tal conceito pode ser ratificado ainda, pelo dicionário Houaiss, que define a palavra fraude como “Qualquer ato ardiloso, enganoso, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever.”

Diante da amplitude de conceitos, um elemento comum se concentra na intenção, no dolo consciente de obter benefício ou causar dano.

No âmbito da Administração Pública e dos Contratos Administrativos, Renato Santos (2016) cria a Teoria do Pentágono da Fraude. Tal teoria tem sido amplamente utilizada pela doutrina atual e se concentra na afirmação de que as condições mais favoráveis para a ocorrência de fraude engloba cinco facetas.

A primeira faceta consiste na pressão de se utilizar do recurso para resolver uma necessidade. Já a segunda faceta se demonstra quando o fraudador racionaliza e afasta os seus valores individuais e morais, a fim de que se justifique o cometimento da fraude. A terceira faceta engloba a oportunidade, uma vez que geralmente, o fraudador tem acesso ao funcionamento do organismo ao qual almeja fraudar. A quarta faceta abrange a capacidade do fraudador, uma vez que deve conhecer o modo de operação da estrutura organizacional e assim, adotar o comportamento ideal que o permitam fraudar. A quinta e última faceta se concentra na disposição do risco, ou seja, o fraudador deve estar disposto a cometer a fraude e acima de tudo, estar disposto ao risco de ser descoberto.

Dessa forma, percebe-se a necessidade de atuação direta e ativa em cada uma dessas facetas, a fim de que se erradique de forma estrutural a possibilidade de fraude e assim, a prática corruptiva nas licitações e compras públicas.

Além disso, como desdobramento do conceito de fraude, sabe-se que a corrupção, enquanto conduta evitada de abuso de poder confiado para ganhos privados é também, um assunto de extremo destaque.

Coimbra e Manzi (2010) afirmam que a corrupção é o elemento que traduz a fraqueza do sistema legal, constituindo um resumo do conflito de interesses aliado à falta de transparência das entidades públicas e privadas.

Como evidência de tal discussão, percebe-se, através da promulgação da Lei Anticorrupção, em 2013, o crescente interesse por tal assunto, especialmente

pela introdução da responsabilidade da empresa privada nos atos realizados em desfavor da Administração Pública, no que diz respeito aos contratos públicos.

Tal legislação demonstra a busca pela erradicação da corrupção e das fraudes, proporcionando maior eficiência na execução dos contratos públicos, beneficiando a população e garantindo ao Estado, a plena realização de sua função.

Entre as vantagens de tal preocupação, citam-se, de acordo com Simonsen (2016) a ampliação da eficiência com foco no resultado, o incremento da credibilidade, o fomento da cultura de ética corporativa, o mapeamento mais minucioso dos riscos, entre outros.

Do dever de licitar

Por força do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública encontra-se obrigado a lançar mão de procedimento licitatório para adquirir seus bens e serviços, como podemos ver, in verbis:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Constituição Federal, 1988.

As aquisições governamentais têm como objetivo ser o principal instrumento de cumprimento das missões dos mais diversos Órgãos Públicos, de maneira a trilhar não apenas uma função de adquirir bens e serviços em si, porém de expandir os horizontes e utilizar esse incrível poder de compra de forma mais articulado podendo associar diversas outras finalidades e ainda viabilizar o acesso a Políticas Públicas prioritárias pelo governo.

Como ficou determinado pela Constituição Federal de 1988, posteriormente viria legislação específica para regular os procedimentos a serem adotadas para as aquisições e em 1993 seria editada a Lei nº 8.666 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências).

Tal artefato legislativo trazia em seu bojo os passos a serem trilhados pelos gestores públicos para realizarem as aquisições atinentes de suas respectivas áreas.

Por fim, cumpre trazer o conceito de licitação sob a ótica dos mais respeitados doutrinadores brasileiros.

Para Marçal Justen Filho a definição de “licitação é um procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais” (Justen Filho, 2014, p.15).

Enquanto para Hely Lopes Meirelles “a licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua com fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos” (Meirelles, 2010 p. 281).

Por conseguinte, Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina “a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (Di Pietro, 2019 p. 556).

Os mecanismos de combate a fraudes nos contratos administrativos

Apesar de toda a legislação pátria acerca do combate a fraudes e corrupção, estes instrumentos parecem não ser suficientes para a inibir a conduta delituosa.

Alguns órgãos da administração pública estão zelosos no combate a estes tipos de conduta emitindo decisões de forma a coibir estas práticas. Como por exemplo o Tribunal de Contas da União, que já se manifestou acerca do tema, como podemos ver, in verbis:

“A apresentação de atestado com conteúdo falso configura fraude à licitação e acarreta em declaração de inidoneidade.” (grifei)

(Acórdão TCU nº 1109/2018 - Plenário)

“A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda como cooperativa (art. 34 da Lei 11.488/2007), amparada por declaração com conteúdo falso de enquadramento nas condições da LC 123/2006, configura fraude à licitação e enseja a aplicação da penalidade do art. 46 da Lei 8.443 [declaração de inidoneidade], não sendo necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude obtenha a vantagem esperada.” (grifei)

(Acórdão TCU nº 61/2019 - Plenário)

De toda sorte, alguns mecanismos podem ajudar a minimizar a incidência das condutas fraudulentas, podemos citar alguns deles: implantação efetiva de

programa de integridade, utilização de check list, capacitação e aperfeiçoamento, definição de competências, segregação de funções, matriz de responsabilidade, transparência, rodízio dos agentes envolvidos são alguns exemplos de mecanismos que podem ser adotados afim de mitigar a fraude e corrupção.

No tocante a implantação efetiva de programa de integridade podemos adotar uma gestão voltado a ética dando ênfase a inspirações e valores, além disso a criação de normas, estrutura e controles eficientes.

Já acerca da utilização de check list, podemos confeccionar um documento que contenha toda as fases e todos os procedimentos que compõe cada fase, de forma a ser de fácil auditoria.

Enquanto a capacitação e aperfeiçoamento adentra os servidores a correta identificação e prevenção de atos fraudulentos, não sendo uma mera faculdade do Gestor em manter seus quadros atualizados, já no ensina o Tribunal de Contas de União, in verbis:

“Necessidade de disponibilização de treinamento para o satisfatório desempenho de atribuições legais.”

(Acórdão TCU nº 1.007/2018-Plenário)

A segregação de função é um importante vetor de controle, através dela espera-se que para cada ponto decisivo do processo seja feito por servidores distintos, de forma que um servidor fiscalize o ato do outro. Neste mister a INTOSAI (Normas do Controle Interno do Setor Público da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores) cujo a Corte de Contas também utiliza para embasar suas fiscalizações, defini segregação de função em sendo:

“não deve haver apenas uma pessoa ou equipe que controle todas as etapas-chave de uma transação ou evento [ou processo de execução das despesas públicas]. As obrigações e responsabilidades devem estar sistematicamente atribuídas a um certo número de indivíduos, para assegurar a realização de revisões e avaliações efetivas. As funções-chave incluem autorização e registro de transações, execução e revisão ou auditoria das transações.”

INTOSAI, 2007 p.45

A matriz de responsabilidade é importante para ficar claro quem reunia competências para emissão de determinado ato no processo. Individualiza a responsabilidade por determinada atitude.

A transparência é uma importante ferramenta de controle social, aonde o órgão deve prestar contas para com a sociedade.

Enquanto ao rodízio dos agentes envolvidos cresce de importância, uma vez que o servidor detenha todas as informações do processo, também aprende toda as suas falhas, o rodízio vem como forma de mitigar as falhas associadas aos processos.

Além de todos os mecanismos propostos urge de importância que as cláusulas sancionatórias estejam bem definidas e sejam devidamente aplicadas e registradas em sistema para que as empresas tenham a correta visão e seriedade do órgão público.

Conclusão

Diante do contexto apresentado percebemos a importância do combate a corrupção e prática de fraudes.

Como foi apresentado as legislações parecem não coibir esse tipo de ato, contudo vemos alguns Órgãos Públicos como fiéis escudeiros da coisa pública, como por exemplo citamos o Tribunal de Contas da União.

De forma conclusiva o artigo apresentou uma proposta de mecanismo que visam mitigar as práticas de fraudes e corrupção dentro da Administração Pública, visando preservar o patrimônio público.

Referências

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; Acesso em 27 de julho de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm; Acesso em 27 de julho de 2019.

JUSTEN FILHO, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. (16ª ed.). Editora RT, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. (32ª ed.). Editora Forense, 2019.

Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Diretrizes para as normas de controle interno do setor público. Disponível em: https://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_p_controle_interno.pdf. Acesso em: 27 jul. 2013.

MEIRELLES, H.L. Direito Administrativo Brasileiro. (36ª ed.). São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de Compliance. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Parte Geral. 11ª edição. Atlas, 2011.

SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 32th edition, page 645. Forense, 2016.

PEDRA, Anderson. Fraudes em Pregão: Como prevenir, detectar e quais providências adotar, 2016.

SIMONSEN, Ricardo. Os desafios do Compliance. FGV PROJETOS – Compliance, Gestão e Cultura Corporativa, p. 63, Rio de Janeiro, 2016.