

Governança nos processos das contratações públicas

Wandewallesy de Brito Alexandre¹

Introdução

A temática das compras governamentais, incessantemente debatida pela sociedade quer seja pela implantação de políticas públicas, quer seja por casos de corrupção ou ainda pela ineficiência dos gastos gerando dessa forma dano erário público, ganhou notoriedade através da mídia nos últimos anos. É neste mister que o Brasil buscou o aperfeiçoamento e não mediu esforços em investir em mecanismos de boas práticas, normas legislativas com a visão de melhorar a governança e o compliance nos processos de contratações públicas.

Não menos, a crise fiscal que tomou conta do País fez com que a sociedade cobrasse mais transparência, passando a fiscalizar o poder público mais de perto, através do “controle social” exigindo dos gestores públicos gastos mais eficientes e responsabilidade fiscal.

As compras públicas se revestem de importância por ser um norteador de fomenta de 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.

As compras governamentais é um importante ator no mercado e através do seu poder de compra consegue direcionar o comportamento dos fornecedores. A título de levantamento, entre 1º de janeiro de 2018 e 31 de dezembro de 2018, no âmbito da administração federal, foram realizados 23.593 processos de compras de materiais, totalizando cerca de R\$ 26.824.349.519,80 de compras homologadas², valendo-se da modalidade pregão, como pode ser visto na figura a seguir:



Fonte: painel de preços

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

² Dados extraídos: <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br> <acesso em 06/05/2019>

Ao passo que a Governança vem ganhando notória musculatura nos últimos anos, capitaneada principalmente pelos Órgãos de Controle, como exemplo o Tribunal de Contas da União, que já em 2014 lançou o “Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública”. Este manual reuniu um vasto conteúdo de estudos, boas práticas a serem trilhados pelas Administrações com o objetivo de fomentar a implantação da Governança na esfera pública.

Nesta seara, vemos já em 2017 a Governança sendo instituída como uma Política, através da promulgação do Decreto n.º 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Fica notório que sem os mecanismos de Governança bem estabelecidos nos órgãos e instituições públicas, os efeitos negativos gerados vão desde a prestação do serviço público ineficiente e de má qualidade a brechas para a prática de corrupção.

Logo, quanto maior o nível de Governança menor será o nível de má gestão.

O que é governança?

A governança teve como berço o mundo empresarial e veio como meio de mitigação entre os conflitos de agência estabelecidos pelo agente e principal.

Com a maturação econômica das empresas, os proprietários ou acionistas (principal) passaram a delegar competências a terceiros (gestores ou diretores), que foi denominado como agente, com a perspectiva que as metas estabelecidas pelo principal fosse cumprida pelo agente. Contudo o problema de agência surge quando o principal assume um comportamento diferente do estabelecido pelo agente.

Pindyck e Rubinfeld (2002, p. 617) demonstraram como pode acontecer a situação citada acima:

“Os administradores de empresas privadas podem, assim, procurar atingir seus próprios objetivos. Mas quais são tais objetivos? Há um ponto de vista segundo o qual eles poderiam estar mais preocupados com o crescimento das vendas [esse fato supõe uma política de remuneração proporcional ao volume de vendas] do que o lucro propriamente dito: quanto mais rápido o crescimento das vendas e maior a fatia do mercado, melhor o fluxo de caixa, o que sua vez permite que os administradores obtenham maiores compensações.”

Como o principal depende das informações repassados pelo agente que detêm a informação consigo, acabamos por ter o que chamamos de assimetria da informação.

A forma de superar esse obstáculo é a implementação de regras de governança corporativa, de forma que garanta que o agente trabalhará em prol dos interesses do principal. Para o mundo empresarial uma das formas de diminuir o risco que isso aconteça é uma política de remuneração capaz de recompensar o agente pelo alcance dos objetivos do principal.

A teoria da agência para Martin (1987, apud Carlos et al., 2008) “procura explicar as relações contratuais entre os membros de uma firma onde os seus membros são motivados exclusivamente por seus próprios interesses. Procura-se determinar as formas ótimas que tais contratos devem assumir para que seja proporcionada a convergência entre os interesses dos indivíduos e os objetivos da firma”

Como tudo dentro da organização é precificado temos o que se chama de custos de agência. Segundo Jensen e Meckling (1976, apud Arruda et al., 2008) “os conflitos de interesse conduzem à existência de custos, que podem ser os de oportunidade, os gastos para monitoramento do comportamento dos administradores e as perdas residuais, que também podem ser consideradas como um dos seus custos”.

Na esfera pública, a governança se transfigura no modo como o governo, eleito pelo povo, trabalha em prol da população com a entrega de políticas públicas considerada essenciais pela sociedade.

Neste sentido o Tribunal de Contas da União também nos ensina acerca da governança de modo amplo através do Referencial de Combate à Fraude e Corrupção Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública, como podemos ver:

“No mundo corporativo, a gestão nem sempre é realizada por quem é o proprietário do empreendimento, pois é comum que este contrate um administrador para atuar em seu nome. Essa situação pode levar ao chamado “Problema do principal-agente”. Esse problema trata das dificuldades que podem surgir quando há assimetria de informações entre o agente principal e o contratado. Do agente contratado é esperado que atue de acordo com os interesses do principal, no entanto aquele pode se desviar dos objetivos fixados e agir conforme seus próprios interesses, inclusive cometendo fraude e corrupção. Esse risco de desalinhamento de interesses também se aplica na administração pública, porque os gestores atuam em nome de um governo e este em nome do povo.” – Grifei. Fonte: TCU – Referencial de Combate à Fraude e Corrupção – TCU, 2ª Edição, 2018, pg. 48

A governança na administração pública

A Governança apesar de ser um termo bastante abrangente, vem sendo cada mais utilizado de forma banal, com a intenção de corrigir todas as mazelas administrativas. Contudo, é preciso estabelecer um parâmetro mínimo para que o termo não caia em descredito.

Neste diapasão o art. 2º, inc. I do Decreto n.º 9.203/2017 nos dá o primeiro norte de definição de Governança Pública, como podemos ver in verbis:

“Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se:

I - governança pública - conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade;” – Grifo meu.

Decreto n.º 9.203/2017

Cumprir notar o esforço do legislador em balizar as Administrações acerca do assunto, vemos que a Governança é um mecanismo que apoia a gestão e ambos culminam na concretização da entrega das Políticas Públicas para a sociedade, gerando dessa forma mais valor público a missão do órgão.



FIGURA 6: Relação entre governança e gestão.

Fonte: TCU – Referencial Básico de Governança, 2ª Versão, 2014, pg. 32

Da figura acima infere-se a relação entre a Governança e a Gestão, enquanto a primeira foca no “planejamento do que deve ser executado” a segunda se preocupa em “como executar”.

Não menos o Tribunal de Contas da União utiliza uma definição mais completa para a Governança Pública:

“(…) governança pública constitui um instrumento cujo objetivo é assegurar a accountability pública, contribuindo para reduzir as incertezas sobre o que ocorre no interior da administração pública, fornecendo à sociedade e ao Congresso Nacional uma razoável segurança de que os recursos e poderes delegados aos administradores públicos estão sendo geridos mediante ações e estratégias adequadas para alcançar os objetivos estabelecidos pelo poder público, de modo transparente, em conformidade com os princípios de administração pública, as leis e os regulamentos aplicáveis”.

Tribunal de Contas da União, 2011.

Com intuito de nivelar e difundir o conhecimento, o Comitê Interministerial de Governança, lançou um “Guia da Política de Governança Pública” em 2018, este instrumento visa ser um facilitador do novel legislativo trazido pelo Decreto n.º 9.203/2017.

A implicação esperada é que com a implantação de mecanismos de governança resulte no resgate da confiança pela sociedade para com as instituições, uma vez que essa relação encontra-se fragilizada devido ao cenário de corrupção e má gestão da coisa pública.

É neste cenário de resgate de credibilidade, que a Política de Governança traça como princípios os seguintes aspectos, in verbis:

“Art. 3º São princípios da governança pública:

I - capacidade de resposta;

II - integridade;

III - confiabilidade;

IV - melhoria regulatória;

V - prestação de contas e responsabilidade; e

VI - transparência.”

Decreto n.º 9.203/2017

De sorte que não apenas o Governo Federal está empenhado na implantação do tema, como também temos o exemplo do Governo do Distrito Federal que editou o Decreto n.º 39.796/19, que versa sobre a Política de Governança Pública e Compliance no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Distrito Federal.

Contudo, não é recente o esforço pela criação de mecanismos legislativos que buscassem oferecer direção aos gestores públicos, como é o caso Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 001, de 10 de maio de 2016 que versa sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal.

Vemos nesta instrução normativa a introdução do caráter impositivo, levando as instituições a observarem as práticas de governança, já no seu art. 1º, in verbis:

“Art. 1º Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão adotar medidas para a sistematização de práticas relacionadas à gestão de riscos, aos controles internos, e à governança.” – Grifei

Instrução Normativa Conjunta CGU nº 1, de 10 de Maio de 2016.

A governança nos processos das contratações

Sob a ótica das compras públicas, a Governança vem a trazer um conjunto de ferramentas que assegurem entre outras: a correta utilização dos recursos público com eficiência, a mitigação dos riscos inerentes ao processo de compras, uma visão mais responsável da aquisição e seu alinhamento com os objetivos estratégicos do órgão e uma maior accountability do processo como um todo.

O que se tem observado segundo as anotações do TCU é a baixa maturidade acerca do tema de Governança nas Aquisições, como podemos verificar da auditoria realizada pela Egrégia Corte que culminou Acórdão 2.622/2015, iGovAquisições, como podemos ver abaixo:

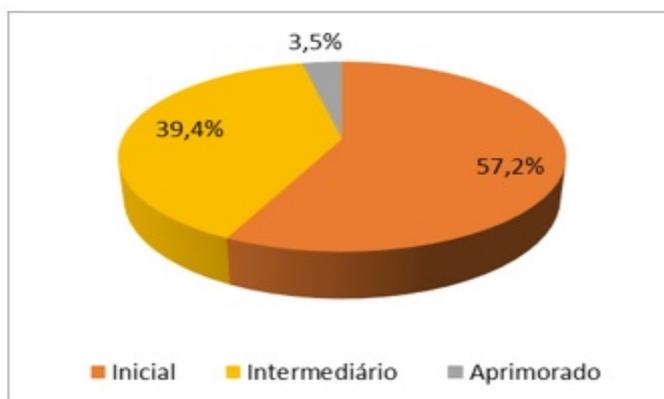


Figura 31 - Distribuição de frequência do iGovAquisicoes na APF (por estágio)

Fonte: Acórdão 2.622/2015 – Tribunal de Contas da União

Observa-se pelo gráfico acima, que metade das instituições auditadas ainda estão em estágio inicial de implantação de mecanismos sólidos de governança.

Posteriormente a auditoria acima, a Corte de Contas da União realizou mais um levantamento, que culminou no Acórdão 588/2018 que demonstra a fragilidade da APF no que tange a governança, como podemos ver:

“(...) organizações públicas federais (474) não possuem capacidade minimamente razoável de entregar o que se espera delas para o cidadão, gerindo bem o dinheiro público, cumprindo com suas competências e minimizando os riscos associados à sua atuação” - Grifei

Acórdão 588/2018 – Plenário do Tribunal de Contas da União

O caso concreto é que em muitas situações a governança encontra-se distante da realidade do gestor, que acaba por priorizar a compra do bem ou a contratação do serviço em si, de forma isolada, ou seja, setorizada, sem levar em consideração o campo estratégico do órgão. Porém se a compra fosse realizada levando em conta a dimensão estratégica, os ajustes necessários poderiam ser realizados em tempo hábil e a contratação se tornaria mais eficiente, o que geraria, ao final do processo, mais valor público e maior economicidade.

Buscou-se chegar a uma definição sólida acerca da governança nas aquisições, o TCU definiu como:

“Governança das aquisições como o conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam a assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das aquisições estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas”.

Acórdão 2.622/2015 – Tribunal de Contas da União

Da obrigação de licitar

Por força do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, o governo encontra-se obrigado a realizar 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 estabelecido na CF/88, 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).

A governança e os órgãos de controle

O Tribunal de Contas da União vem sendo um importante ator na formação da agenda em torno Governança, com a gestação do “Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública” em 2014, notamos o protagonismo desta Instituição.

A contribuição daquela publicação culminou no conceito que orientaria a posterior definição de um senso comum acerca da Política de Governança através Decreto n.º 9.203/2017.

O manual traz em seu bojo trilhas a serem percorridas na busca de uma boa governança que são elas:

- 1) Pessoas e Competências;
- 2) Princípios e Comportamentos;
- 3) Liderança Organizacional;
- 4) Sistema de Governança;
- 5) Relacionamento com as partes interessadas;
- 6) Estratégia Organizacional;
- 7) Alinhamento Transorganizacional;
- 8) Gestão de Riscos e Controle Interno;
- 9) Auditoria Internar;
- 10) Accountability e transparência;

De toda sorte que temos o Tribunal como fiel escudeiro do Estado, verificando a eficiência, eficácia e a efetividade da coisa pública gerida pelas Autoridades designadas, não se limitando apenas a legalidade em stricto sensu.

Apresentação do acórdão 2.681/2018

O Tribunal de Contas da União realizou uma fiscalização de orientação centralizada (FOC) com a finalidade de checar se as universidades e institutos federais possuíam ferramentas que contribuíssem para a boa governança e a gestão das aquisições públicas, que culminou no Acórdão 2.681/2018.

O volume de recursos alcançados pela auditoria somam o montante de R\$ 237 (duzentos e trinta e sete) milhões de reais e teve como relator o senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues.

Preliminarmente foram estabelecidas 10 (dez) perguntas de auditoria que dariam subsídio aos trabalhos que foram:

“Q1. As práticas de gestão da ética, nos exercícios de 2016 e 2017, estão sendo implementadas conforme critérios da Comissão de Ética Pública (CEP)?

Q2. O arranjo institucional para a gestão de risco, em 2017, atende aos critérios estabelecidos na IN MP CGU 1/2016?

Q3. As informações das aquisições publicadas na internet, no ano de 2017, seguem os critérios estabelecidos na Lei 12.527/2011, no Decreto 7.724/2012 e no Guia da transparência ativa para órgãos e entidades do Poder Executivo Federal?

Q4. As atividades da auditoria interna, em 2017, estão sendo praticadas em conformidade com os critérios estabelecido na IN CGU 3/2017?

Q5. A entidade elabora plano anual de aquisições?

Q6. A aquisição realizada, referente ao contrato selecionado, foi iniciada por um documento formal de oficialização da demanda que contenha os requisitos da IN MP 5/2017?

Q7. O processo de aquisição da entidade possui Estudos Técnicos Preliminares (ETP)?

Q8. A entidade utiliza listas de verificação para atuação da consultoria jurídica, do pregoeiro e da comissão de licitação nas fases de planejamento das aquisições, seleção do fornecedor e ajustes contratuais?

Q9. O edital, o termo de referência, o projeto básico e a minuta do contrato selecionado contêm elementos que contribuem para obtenção de solução que atenda à necessidade que originou a contratação?

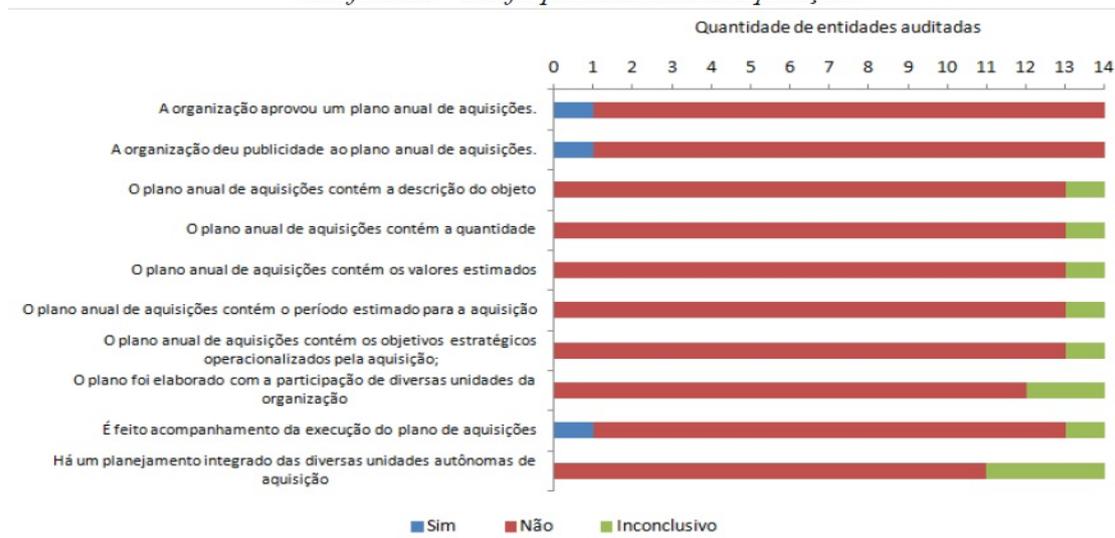
Q10. A gestão do contrato é realizada de forma a contribuir para obtenção da solução contratada?”

Acórdão 2.681/2018 – Tribunal de Contas da União

O resultado da FOC foi que a maioria dos órgãos auditados apresentaram graves problemas na gestão de riscos e prevenção a fraude e a corrupção.

A título de exemplo da precariedade dos achados foi selecionado um item, no que tange acerca da confecção do Plano Anual das Aquisições para demonstrar a fragilidade dos órgãos:

Gráfico 10 – Perfil plano anual de aquisição



Fonte: elaborado pela equipe de auditoria da Secex-BA, a partir da consolidação das informações enviadas pelas demais equipes de auditoria.

Fonte: Acórdão 2.681 /2018 – Tribunal de Contas da União

O PAC é uma ferramenta de extrema importância para as entidades, uma vez que vem dele a ordem de priorização das aquisições, o planejamento das contratações, otimização dos processos de compras, além de permitir uma visão mais ampla de todo o processo da contratação.

Com a ausência deste instrumento gerencial pode gerar ocorrências de compras parceladas, aquisições feitas às pressas sem a devida dimensão da pesquisa de preços, a falta de compra conjunta, a departamentalização da necessidade da compra em detrimento do objetivo estratégico da organização.

Além deste achado outros diversos demonstraram a que fase estamos da governança nas aquisições, apesar dos esforços em conscientização em torno desta temática vemos na prática uma certa resistência dos órgãos a mudança.

Conclusão

Diante do contexto apresentado percebemos a importância da Governança na administração pública e em especial voltado para o processo de aquisições.

É salutar observar como as instituições encontram-se em um estágio inicial de maturação do tema, enquanto a alta administração não focar na função

social de gerar valor público para a sociedade e deixar de pensar menos no órgão (autocentrado) e mais no cidadão, o nível de amadurecimento se encontrará prejudicado.

Em contrapartida vemos o Tribunal de Contas da União no esforço hercúleo de disseminar a governança e fazer com a sua efetiva implementação ocorra, como forma de responder a sociedade que aclama por mais transparência e combate a práticas de corrupção.

De forma conclusiva é preciso pensar de forma mais estratégica e trazer para dentro da cultura organizacional das instituições públicas as ferramentas que a governança tem a oferecer.

Referências

BRASIL. Guia da Política de Governança Pública. 2018. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/12/governo-federal-lanca-guia-sobre-a-politica-de-governanca-publica/guia-politica-governanca-publica.pdf>. Acesso em 06 de maio de 2019.

BRASIL. Governo Federal lança guia sobre a Política de Governança Pública – CGU. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/12/governo-federal-lanca-guia-sobre-a-politica-de-governanca-publica>. Acesso em 06 de maio de 2019.

BRASIL. REFERENCIAL BÁSICO de GOVERNANÇA Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública. 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>. Acesso em 06 de maio de 2019.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; Acesso em 28 de janeiro 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 28 de janeiro de 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de setembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm; Acesso em 06 de maio de 2019.

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

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.

ARRUDA, G.S. et al. A governança corporativa e a teoria da agência em consonância com a controladoria. Revista de Administração da UFSM, 1.1.2008.

CARLOS, F.A et al. Uma discussão sobre a criação de indicadores de transparência na gestão pública federal como suporte ao ciclo da política pública. Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ, Rio de Janeiro, v. 13, n.2, p.1, 2008.