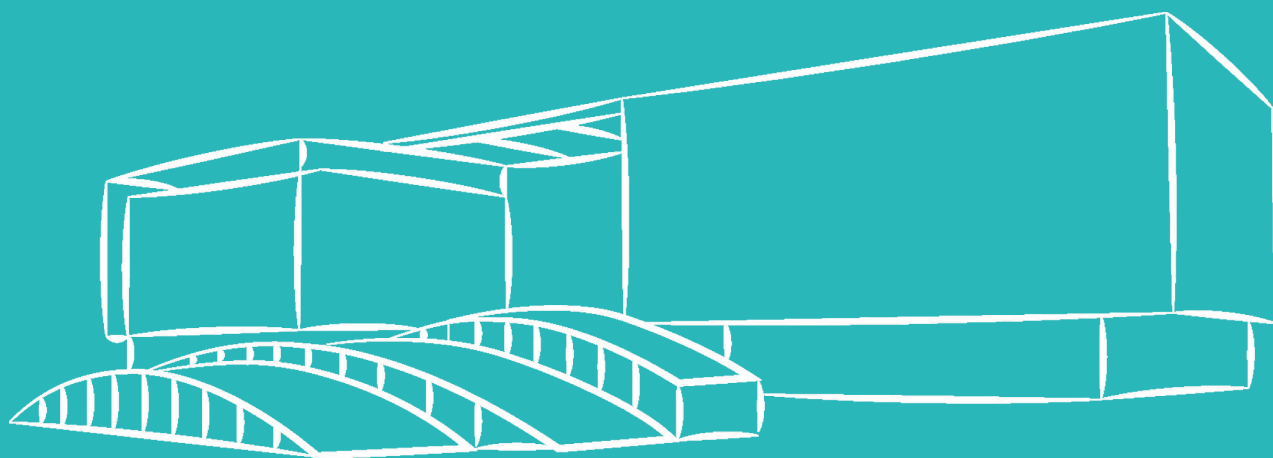


V. 2

ISSN 2357-7304

v. 2, n. 3, janeiro/junho 2020



Controle Externo

Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE GOIÁS



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

FÓRUM

ano 02 – n. 03 | janeiro/junho – 2020
Belo Horizonte | p. 1-180 | ISSN 2357-7304
Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás

Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás

CONTROLE EXTERNO: REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

© 2020 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos estampados na íntegra correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

Expediente

Tribunal de Contas do Estado de Goiás Biênio 2019/2020

Conselheiro Presidente

Celmar Rech

Carla Cíntia Santillo

Kennedy de Souza Trindade

Conselheiro Vice-Presidente

Saulo Marques Mesquita

Conselheiros Substitutos

Heloísa Helena Antonacio Monteiro Godinho

Flávio Lúcio Rodrigues da Silva

Corregedor-Geral

Helder Valin Barbosa

Cláudio André Abreu Costa

Marcos Antônio Borges

Conselheiros

Sebastião Joaquim Pereira Neto Tejota

Edson José Ferrari

Humberto Bosco Lustosa Barreira

Henrique César de Assunção Veras

Ministério Público de Contas junto ao TCE-GO

Procuradora-Geral

Maísa de Castro Sousa

Silvestre Gomes dos Anjos

Eduardo Luz Gonçalves

Procuradores

Fernando Carneiro dos Santos

Carlos Gustavo Silva Rodrigues

Direção

Chefe de Gabinete da Presidência

Leonardo de Guimarães Santiago

Secretário-Geral

Marcelo Augusto Pedreira Xavier

Secretário Administrativo

Cássio Resende de Assis Brito

Secretário de Controle Externo

Vitor Gobato

Comitê Editorial

Editor Executivo

Me. Heloísa Helena Antonacio Monteiro Godinho
(Tribunal de Contas do Estado de Goiás)

Procurador Henrique Pandim Barbosa Machado (Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás)
<http://lattes.cnpq.br/1636505688602707>

Editores Associados

Profa. Dra. Nélia Del Bianco (Universidade Federal de Goiás e Universidade de Brasília)
Jorn. Esp. Heloísa Rodrigues Lima (Tribunal de Contas do Estado de Goiás)
Profa. Me. Jaqueline Gonçalves do Nascimento
(Tribunal de Contas do Estado de Goiás)

Prof. Dr. José Maurício Conti (Universidade de São Paulo)
<http://lattes.cnpq.br/4848656962962933>

Prof. Dr. Jorge Antônio Menna Duarte (Programa Avançado em Comunicação Pública da Associação Brasileira de Comunicação Empresarial – Aberje)
<http://lattes.cnpq.br/8185622727042840>

Conselho Editorial

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior
(Pontifícia Universidade Católica de Goiás)
<http://lattes.cnpq.br/7991876385886193>
Prof. Dra. Erika Kneib (Universidade Federal de Goiás)
<http://lattes.cnpq.br/2807145158226533>
Prof. Dr. Fabrício Motta (Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás e Universidade Federal de Goiás)
<http://lattes.cnpq.br/1446078229301388>

Prof. Dr. Leonardo Buissa Freitas (Universidade Federal de Goiás)
<http://lattes.cnpq.br/9425542829673914>

Prof. Dr. Pedro Cavalcante (IPEA e Universidade de Brasília)
<http://lattes.cnpq.br/8696854229474275>

Prof. Dr. Robert Bonifácio da Silva (Universidade Federal de Goiás)
<http://lattes.cnpq.br/9425542829673914>

Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (Universidade Federal de Goiás)
<http://lattes.cnpq.br/6725961067847325>

Apoio Editorial

Alexandre Alfaix

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Tiragem: 300 exemplares

Versão on-line: <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context>

Distribuição gratuita

R454 Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. – ano 1, n. 1 (jan./jun. 2019) – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Semestral; 21cm x 30cm

ISSN 2357-7304

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. I. Fórum.

CDD: 341.3

CDU: 342

Assistentes Editoriais

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Aline Sobreira de Oliveira

Projeto gráfico: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Capa: Anderson Castro

Sumário

APRESENTAÇÃO	7
EDITORIAL	9
ARTIGOS	
Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União	
Marcos Bemquerer Costa, Patrícia Reis Leitão Bastos	11
Introdução	12
O robô Alice (Análise de Licitações e Editais)	14
O painel Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições)	21
O painel Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas)	25
O Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor)	25
O Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado)	26
O Carina (Crawler e Analisador de Registros da Imprensa Nacional)	27
O LabContas (Laboratório de Informações de Controle)	28
Alice, Ágata e Carina no enfrentamento da Covid-19	29
A utilização do Alice e do Sistema de Análise de Orçamentos (SAO) nos processos de controle externo da área de infraestrutura	30
Conclusão	32
Referências	34
O controle da transparência das contratações públicas durante a pandemia	
Fernanda de Moura Ribeiro Nunes	35
Introdução	35
O direito fundamental de acesso à informação sob a ótica da transparência e a pandemia	37
Do regramento emergencial de contratações públicas e sua transparência	38
A pandemia e o controle da transparência nas contratações públicas no Brasil	41
Considerações finais	46
Referências	47
O impacto do teletrabalho na efetividade dos resultados do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais	
Mirtes Conrado Dias de Oliveira	49
Introdução	49
Referencial teórico	52
Metodologia	54
Resultados	54
Análise de dados	63
Conclusão	64
Referências	65
Pesquisa de preços na aquisição pública de medicamentos: metodologia para formação da cesta de preços aceitáveis e geração de economia ao erário	
Haroldo Oliveira de Souza	67
Introdução	67
Organização da assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde	68
Pesquisa de preços nas licitações públicas	70
A formulação dos preços de referência nas aquisições de medicamentos	72
1 A regulação do mercado farmacêutico e a tabela CMED	72
2 Banco de Preços em Saúde – BPS	73
3 Tabelas de referência do comércio varejista	75
Metodologia para formação da cesta de preços aceitáveis na aquisição de medicamentos	76
1 Operacionalização da metodologia	76
Conclusão	78
Referências	79

Cartel em contratações públicas: sanções cíveis, administrativas e criminais e a solução dos conflitos aparentes de normas

Alexis Sales de Paula e Souza	83
Introdução.....	83
Do conceito de cartel de licitações.....	84
O direito penal econômico.....	86
A legislação sancionatória aplicável aos cartéis de licitação.....	88
A punição cível dos cartéis.....	88
1 Conflito de normas entre a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.....	91
2 Conflito aparente entre a responsabilização subjetiva da LIA e a responsabilização objetiva da Lei Anticorrupção.....	91
A punição administrativa dos cartéis.....	92
1 A possibilidade de cumulação das sanções administrativas previstas na LGL, na Lei do Pregão, na Lei do RDC, na Lei das Estatais, na Lei do Cade e na Lei Anticorrupção.....	92
2 Conflito entre a suspensão do direito de licitar e contratar previsto na LGL, na Lei do RDC e na Lei das Estatais.....	95
3 Conflito entre a suspensão do direito de licitar e contratar previsto na Lei do Cade em confronto com a mesma punição prevista na LGL, na Lei do RDC e na Lei das Estatais.....	96
4 Conflito aparente da sanção de multa prevista na Lei Anticorrupção e na Lei do Cade.....	97
A punição criminal dos cartéis.....	97
1 Conflito aparente de normas entre o art. 335 do CP e o art. 90 da LGL.....	98
2 Conflito aparente de normas entre o crime contra a ordem econômica da Lei nº 8.137, de 1990, e o art. 90 da LGL.....	98
Conclusão.....	99
Referências.....	101

RDC: regime alternativo para licitação e contratação de obras pelas administrações públicas estaduais

Marco Antonio Borges Traldi, Patrícia Laye Alves	103
Introdução.....	103
Aplicabilidade do RDC.....	105
Algumas das principais inovações do RDC.....	106
A contratação integrada.....	108
Aplicação do RDC: trabalho de Souza (utilização do RDC pela Infraero).....	108
Aplicação do RDC: relatório da CGU (utilização do RDC pelo DNIT).....	110
Aplicação do RDC: relatório do TCU (utilização do RDC pelo DNIT).....	114
Considerações finais.....	117
Referências.....	119

A delegação de competência em cascata do ordenador de despesa e a responsabilidade administrativa pelas contas públicas perante o Tribunal de Contas

Karla Marques Pamplona, Monica Martini Souza da Silva	121
Introdução.....	121
Os conceitos de autoridade responsável, gestor fiscal e ordenador de despesa originário e secundário na atual ordem jurídica brasileira.....	122
Os limites da delegação de competência de ordenador de despesas na atual ordem jurídica.....	125
A responsabilidade administrativa das autoridades delegante e delegada pelas irregularidades nas contas perante o Tribunal de Contas.....	127
A análise da responsabilidade administrativa do delegante e do delegado no STF e no STJ.....	128
A análise da responsabilidade administrativa do delegante e do delegando no TCU e em alguns tribunais de contas dos estados.....	129
Considerações finais.....	131
Referências.....	132

ENSAIOS

O ser humano e suas decisões: algumas lições da economia para o direito

Ana Cristina Moraes Warpechowski	135
Introdução.....	135
O ser humano contemporâneo.....	136
O homem econômico.....	137
Ainda somos <i>Homo sapiens (sapiens)</i>	140
A interação social dos indivíduos.....	144
Um novo olhar para a construção de políticas públicas.....	146
Considerações finais.....	149
Referências.....	149

Similaridade de textos normativos: um ensaio sobre as leis orçamentárias

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis	153
Introdução.....	153
Similaridade de textos.....	153
Saco de palavras.....	154
Empregos da similaridade.....	156
Leis de diretrizes orçamentárias como objeto de estudo.....	157
Evidências da análise automática.....	158
Nuvens de palavras.....	160
<i>Stemming</i> e lematização.....	161
Comparação entre documentos.....	163
Conclusões.....	165
Referências.....	165
 JURISPRUDÊNCIA – INTEIRO TEOR.....	 167
 INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES.....	 179

Apresentação

Há muito que o Direito Financeiro precisa fomentar os estudos e debates em seus diversos temas, o que tem se intensificado nas duas últimas décadas, mas ainda é pouco. A importância que têm representado as diversas questões abrangidas por essa fascinante área do Direito faz com que mereça muito mais. Em especial no âmbito da fiscalização financeira e orçamentária, que tem um papel fundamental na proteção do erário, garantindo a boa aplicação dos recursos públicos.

Por essas razões é que iniciativas como a do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, de criar, organizar e manter a *Revista Controle Externo*, precisam ser muito elogiadas. Parabéns à instituição, à sua Editora Executiva, Conselheira Substituta Heloísa Helena Godinho, e a todos que integram esse projeto, cujo início e condução estão demonstrando a alta qualidade da publicação, com autores, temas e artigos que elevam o nível dos debates e colaboram para o aperfeiçoamento do conhecimento dos assuntos abordados. Além disso, deixam clara a importância de conectar a experiência daqueles que têm contato direto com a realidade dos órgãos de controle com os acadêmicos e as mais recentes e relevantes discussões teóricas.

Este terceiro número é a prova disso. Vê-se, nos textos que o integram, a presença de todas essas qualidades. Abordam-se desde questões que estão na fronteira do conhecimento, como o uso da inteligência artificial nas atividades de controle, em dois textos, até temas atuais, como a transparência durante a pandemia e o impacto do teletrabalho nas atividades de fiscalização. O aperfeiçoamento na atividade dos órgãos de controle é exposto nos artigos que versam sobre aperfeiçoamento na metodologia para definição de preços na aquisição de medicamentos e na abordagem dos regimes para licitações e contratos. E os aspectos sancionatórios, extremamente relevantes na atuação dos tribunais de contas, mas que ainda geram muitas controvérsias na aplicação de suas normas, recebem especial atenção nos artigos que tratam do cartel nas licitações públicas e da responsabilidade administrativa pelas contas de gestão. Não obstante essa multiplicidade de textos que colaboram para melhorar a interpretação e aplicação das normas de controle, não é deixado de lado o necessário aprofundamento teórico, com o ensaio que leva à reflexão sobre os aspectos comportamentais que interferem nas decisões tomadas pelos seres humanos.

Os leitores têm em mãos um volume que realmente acrescenta conhecimento, ensinamento e reflexões a todos aqueles que buscam o crescimento intelectual e o desenvolvimento profissional.

Boa leitura!

José Mauricio Conti

Professor de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP.
Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Financeiro pela USP.

Editorial

Editamos este número da *Controle Externo* no contexto da pandemia do novo coronavírus, que alterou o cotidiano da população, em um processo que ainda está por ser devidamente estudado sob os aspectos médicos, econômicos, sociais e, claro, no contexto da atuação dos tribunais de contas. Vivenciando os distanciamentos e aproximações desses tempos, observamos a importância das ações de fiscalização da atividade pública, no sentido de garantir a correta aplicação dos recursos públicos no controle da pandemia. Certamente a urgência e o ineditismo marcaram muitos atos administrativos, exigindo mais do que nunca a atuação pedagógica e preventiva dos tribunais de contas, como também alertaram para a necessidade da observância ao princípio da transparência em relação às contratações de pessoal, aquisições de bens e serviços e renúncias de receitas.

É neste contexto desafiador que demanda renovação de práticas e rotinas produtivas que convidamos à leitura desta edição, que conta com a participação de onze pesquisadores, sendo que nove deles atuam em tribunais de contas de vários estados. Os textos aqui reunidos oferecem oportunidade para refletir sobre o uso de inteligência artificial aplicada à fiscalização, o teletrabalho, os desafios para realização de licitação para aquisição de remédios e o combate à formação de cartéis em licitações na Administração Pública.

Na abertura da seção de artigos, o Ministro Substituto do TCU, Marcos Bemquerer Costa, e a Analista de Finanças e Controle Externo do TCU, Patrícia Reis Leitão Bastos, apresentam um interessante texto sobre o uso de ferramentas baseadas em inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. Os autores descrevem o funcionamento de seis ferramentas e explicam como elas proporcionam maior eficiência e racionalidade, especialmente numa época de pandemia que exige celeridade para que sejam alcançados os resultados positivos almejados pela sociedade brasileira.

No contexto do enfrentamento da Covid-19, a Auditora de Controle Externo do TCM Goiás, Fernanda de Moura Ribeiro Naves, analisa os riscos provocados pela flexibilização das regras de contratação públicas decorrentes da Lei Federal nº 13.979/2020 e de que maneira a transparência pode auxiliar no controle e combate à corrupção, dada a excepcionalidade do período atual.

Na sequência, o artigo de Mirtes Conrado de Oliveira, servidora do TCE de Minas Gerais, avalia a efetividade da experiência piloto de teletrabalho do TCE-MG, em uma pesquisa realizada antes da pandemia. Resultados da investigação apontam para uma experiência exitosa que impactou positivamente na melhoria da qualidade de vida, produtividade e comprometimento dos servidores.

Como fazer pesquisa de preços na aquisição pública de medicamentos é o tema do artigo de Haroldo Oliveira de Souza, Auditor estadual de Controle Externo do TCE-MS. O autor demonstra como fatores mercadológicos dificultam processos licitatórios com base na escolha da proposta mais vantajosa. Haroldo oferece ao leitor uma metodologia que auxilia na pesquisa de preços para compra pública de medicamentos, fazendo uma análise das tabelas de referência inerentes ao complexo mercado da saúde.

Outro aporte importante para o campo do controle externo é oferecido por Alexis Sales de Paula e Souza ao analisar as sanções cíveis, administrativas e criminais e a solução dos conflitos aparentes de normas referentes ao combate aos processos de cartelização em contratações públicas. O autor demonstra a possibilidade de cumulação de sanções administrativas, penais,

cíveis previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos, na Lei do Pregão, na Lei do RDC, na Lei das Estatais, na Lei do Cade e na Lei Anticorrupção.

Na sequência, os servidores do TCE de Goiás, Marco Antônio Borges Traldi e Patrícia Laye Alves, discutem o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) como caminho alternativo inovador para realização de licitação e contratação no âmbito da Administração Pública. Reconhecendo que não há muita clareza em várias administrações estaduais quanto à diferença prática de desempenho entre o RDC e outras modalidades de contratação, a pesquisa desenvolvida pelos autores aponta haver indícios de benefícios concretos em prol da administração, entre eles acréscimo da celeridade processual, maior competitividade e descontos.

Encerrando a seção de artigos, Karla Marques Pamplona e Mônica Martini Souza da Silva abordam o tema da delegação de competência em cascata do ordenador de despesa e a responsabilidade administrativa pelas contas de gestão perante o Tribunal de Contas. Após pesquisar sobre os limites dessa delegação perante o sistema jurídico brasileiro e o fenômeno da delegação em cascata, tendo em vista julgados em várias instâncias da justiça, as autoras entendem que é possível responsabilizar solidariamente o agente delegado e a autoridade delegante, caso haja comprovação de culpa *in vigilando* ou culpa *in legendo*.

Na seção de ensaios temos textos instigantes elaborados por dois conselheiros substitutos de tribunais de contas. Ana Cristina Moraes Warpechowski, do TCE-RS, utiliza seu amplo conhecimento multidisciplinar para tratar sobre as características da concepção de *homo economicus* e algumas comparações com abordagens econômicas para compreender as idiosincrasias do ser humano contemporâneo, sujeito às constantes mutações culturais, sociais e ambientais. Ao tratar das lições da economia para o direito, a autora advoga sobre a necessidade de se adaptar às mudanças contemporâneas para a formação de “boas leis”, que sejam efetivamente cumpridas por estarem mais adequadas às condutas humanas.

Fechando a seção, o Conselheiro Substituto Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, do TCE-SP, faz um ensaio sobre as leis orçamentárias aproximando a ciência do direito à ciência computacional para analisar um acervo de documentos a fim de identificar fatos estilizados esperados e se as surpresas encontradas se correlacionam a elementos conhecidos do plano jurídico.

A jurisprudência selecionada refere-se à atuação do controle externo nas ações públicas relativas ao combate dos efeitos da pandemia da Covid-19. Entre tantos julgados expedidos pelos tribunais de contas de todo o Brasil, a seção traz uma do Tribunal de Contas da União, que trata de irregularidades na concessão do auxílio emergencial de caráter pessoal; e uma do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, que fiscalizou de forma concomitante a contratação de EPIs pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando em expressiva economia aos cofres estaduais.

Agradecemos imensamente aos autores que colaboraram com este número, oferecendo-nos suas análises e pesquisas de interesse e importância para uma compreensão interdisciplinar do controle externo. Certamente, a contribuição de cada um tem sido essencial na consolidação da *Controle Externo* como uma revista científica de referência nesta área. Boa leitura!

Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União

Marcos Bemquerer Costa

Ministro substituto do Tribunal de Contas da União. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT/UDF. Presidente da Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas (Audicon).

Patrícia Reis Leitão Bastos

Engenheira Civil. Analista de Finanças e Controle Externo do TCU, lotada na Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União – Seco.

Resumo: Diante do novo panorama mundial, na denominada quarta fase da industrialização, as instituições não podem ficar alheias às inovações tecnológicas, sejam elas públicas, sejam privadas. Especialmente no âmbito do controle externo, torna-se imprescindível a adoção de ferramentas baseadas em inteligência artificial. Os sistemas Alice (Análise de Licitações e Editais), Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições), Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas), Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor), Carina (*Crawler* e Analisador de Registros da Imprensa Nacional), e Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado), bem como o LabContas (Laboratório de Informações de Controle), são as ferramentas tecnológicas adotadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) que, com utilização de algoritmos inteligentes, proporcionam maior eficiência, racionalidade e principalmente tempestividade para o controle externo. Especialmente numa época de pandemia, essas ferramentas tecnológicas têm sido

fundamentais para o desenvolvimento dos trabalhos relacionados ao enfrentamento da Covid-19, garantindo-se qualidade e celeridade para que sejam alcançados os resultados positivos que a sociedade brasileira almeja.

Palavras-chave: TCU. Inteligência artificial. Análise de dados. Covid-19.

Sumário: Introdução – O robô Alice (Análise de Licitações e Editais) – O painel Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições) – O painel Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas) – O Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) – O Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado) – O Carina (*Crawler* e Analisador de Registros da Imprensa Nacional) – O LabContas (Laboratório de Informações de Controle) Alice, Ágata e Carina no enfrentamento da Covid-19 – A utilização do Alice e do Sistema de Análise de Orçamentos (SAO) nos processos de controle externo da área de infraestrutura – Conclusão – Referências

Assumamos, portanto, uma responsabilidade coletiva por um futuro em que a inovação e a tecnologia estejam focadas na humanidade e na necessidade de servir ao interesse público, e estejamos certos de empregá-las para conduzir-nos para um desenvolvimento mais sustentável.

(Klaus Schwab, Presidente executivo e fundador do Fórum Econômico Mundial)

Os novos tempos demandam celeridade processual. Somente conseguiremos alcançar o pleno acesso à Justiça quando somarmos

todas as forças disponíveis. E um ator relevante é, sem dúvida, a ferramenta tecnológica.

(Dias Toffoli, Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Introdução

Ao longo dos séculos, a humanidade tem se deparado com avanços na ciência e na tecnologia que ocasionam enormes ganhos de produtividade. Os marcos temporais em que se verifica a ocorrência de significativos incrementos no volume de produção têm sido denominados revoluções industriais.

A primeira dessas revoluções surgiu na Inglaterra, no fim do século XVIII, e mudou o paradigma mundial. Por meio da utilização de carvão, vapor e ferro, houve a substituição da manufatura por maquinofatura (fábricas), a mecanização ocasionou incrementos na produção, alcançando-se patamares muito superiores aos parâmetros existentes na época.

Na segunda metade do século XIX, o protagonismo do aço, da eletricidade e do petróleo surge em substituição ao ferro, ao carvão e à energia a vapor, de tal forma que as novas tecnologias introduzidas nesse período possibilitaram a produção em massa e a automatização do trabalho, com surgimento de novas indústrias, em especial as indústrias elétrica e química. Nasce a Segunda Revolução Industrial, com a introdução de modos de organização da produção com enfoque na redução de custos e na diminuição do tempo para elaboração dos produtos.

Após a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), houve um grande avanço tecnológico, com início da era computacional e transformação da informação em uma importante matéria-prima. A informática, as telecomunicações e a indústria eletrônica assumem destaque, e surge a Terceira Revolução Industrial ou Revolução Técnico-Científica-Informacional.

Segundo o alemão Klaus Schwab, presidente executivo e fundador do Fórum Econômico Mundial, a industrialização atingiu uma quarta fase, que novamente “transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos” (SCHWAB, 2019, p. 24).

Inovações como inteligência artificial, robótica, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia, entre outras, ocasionam uma revolução digital em que a automação chega não só às residências das pessoas, mas também, e principalmente, às empresas, influenciando o relacionamento interpessoal e as dinâmicas de trabalho.

Não se trata apenas de uma etapa do desenvolvimento tecnológico, pois, ao contrário das revoluções industriais anteriores, a velocidade da evolução ocorre em ritmo exponencial e não linear, com tamanha amplitude e profundidade que leva a mudanças de paradigma sem precedentes na economia, nos negócios, nas empresas, nas indústrias e nos governos. Essa revolução digital tem impacto multifacetado e a transformação é global, entre os países e dentro de cada sociedade.

Para Klaus Schwab, em seu livro *A Quarta Revolução Industrial*, essa fase da industrialização “não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital” (SCHWAB, 2019, p. 55).

Ainda sobre a Quarta Revolução Industrial, o autor prevê, na aludida obra, que “o rápido progresso da robótica irá transformar a colaboração entre seres humanos e máquinas em uma realidade cotidiana” e que será criado “um mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível. Isso Permite a total personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais” (SCHWAB, 2019, p. 35).

Diante desse novo panorama mundial em que a quarta fase da industrialização contempla inovações tecnológicas que produzem impactos sociais, políticos e econômicos relevantes, o objetivo deste artigo é demonstrar como toda essa dinâmica alcança também o controle externo.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União tem utilizado “robôs” como ferramenta para auxiliar os trabalhos desenvolvidos, ressaltando a importância do papel da inteligência artificial para incremento na eficácia das análises empreendidas, especialmente no que concerne à verificação, de forma ampla e tempestiva, de milhões de documentos, com vistas a detectar correlações e apontar alertas, alcançando uma otimização que não seria possível sem a utilização de sistemas computacionais.

O primeiro “robô” utilizado no âmbito do TCU foi o Alice (Análise de Licitações e Editais), ferramenta que proporciona avaliação preventiva e automatizada dos certames, desenvolvido no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e da Controladoria-Geral da União e, posteriormente, disponibilizado à Corte de Contas que continuamente vem acrescentando novas funcionalidades a esse robô.

Trata-se de um sistema que busca possíveis inconsistências nos editais de licitação e atas de pregão eletrônico publicados diariamente no Portal de Compras do Governo Federal – Comprasnet, realizando análises e enviando mensagens eletrônicas, de forma automática, às unidades técnicas, no mesmo dia da publicação desses editais e atas, com apontamentos dos riscos detectados, considerando aspectos como os valores envolvidos e buscando tipologias de restrição à competitividade previstas na jurisprudência do TCU.

O Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições) é um painel que contempla informações relativas às aquisições efetuadas pela esfera federal, incluindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público Federal. Por enquanto, esse monitoramento se restringe às aquisições efetuadas no âmbito do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg), de tal forma que ainda não estão incluídas nesse painel as compras realizadas por empresas estatais e aquelas efetuadas por meio do Regime Diferenciado de Contratações – RDC.

As informações do Monica são dispostas por UASGs (unidades administrativas de serviços gerais), por fornecedores e por materiais/serviços adquiridos. Na utilização desse painel são aplicados filtros para obtenção de dados específicos e também são efetuadas análises mais aprofundadas, com visão analítica e exportação de dados para o sistema Microsoft Excel.

O Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) é uma ferramenta que provê informações ao auditor no momento da elaboração de documentos de controle externo. Por meio desse sistema é feita revisão nos relatórios de auditoria e instruções em geral, além de ser efetuada busca de correlação das informações neles constantes.

O Sofia, por exemplo, capta as informações associadas aos CNPJs indicados no documento e verifica se já foram aplicadas sanções àquelas empresas ou se elas já foram responsabilizadas em outros processos em trâmite no TCU, ou, ainda, elenca os contratos já pactuados por essas empresas com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, entre outras informações providas.

Um outro painel de informação utilizado pelo TCU é o Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas), que traz um painel da dinâmica de cada pregão eletrônico, sendo efetuados filtros que permitem que se sejam analisados todos os lances de modo cronológico e todas as informações acerca das empresas participantes (composição societária, ramo de atuação etc.), além de possibilitar a identificação da utilização por mais de uma licitante de um mesmo IP (*Internet Protocol*) que é o principal protocolo de comunicação da internet, ou seja, um rótulo numérico atribuído a cada dispositivo (computador, impressora, *smartphone* etc.) conectado a uma rede de computadores.

Há, ainda, uma solução denominada Aplicação para Geração de Análise Textual Acelerada (Ágata), que foi desenvolvida pela Secretaria de Gestão de Informações para o Controle Externo do Tribunal de Contas da União e é baseada em algoritmos de aprendizado de máquina, utilizados para o refinamento e a atualização dos alertas emitidos pelo Alice.

Em abril de 2020, começou a ser utilizado pelos auditores federais de controle externo o Carina (*Crawler* e Analisador de Registros da Imprensa Nacional) que, diariamente, rastreia tipologias (possibilidades de inconsistências) nas informações de aquisições governamentais extraídas de publicações no *Diário Oficial da União*, de maneira similar à testagem que o Alice faz nos editais publicados, diariamente, no Portal de Compras do Governo Federal.

Neste artigo também é abordado o Laboratório de Informações de Controle – LabContas, ambiente virtual criado e gerenciado pelo TCU, que concede aos auditores acesso a informações internalizadas a partir de dezenas de bases de dados oriundas de acordos de cooperação pactuados com instituições da Administração Pública Federal.

Destacam-se, ainda, alguns processos de controle externo em que houve utilização de ferramentas de análise de dados e de inteligência artificial, com ênfase nos resultados obtidos, especialmente no tocante à otimização alcançada.

O robô Alice (Análise de Licitações e Editais)

O robô Alice (Análise de Licitações e Editais) foi lançado, em 2015, pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) como um sistema para auxiliar a avaliação preventiva e automatizada de editais de certames. A ideia inicial era testar tipologias (possibilidades de inconsistências) nos editais publicados diariamente no Portal de Compras do Governo Federal. O objetivo era rastrear uma série de expressões regulares que identificassem padrões associados a indícios de irregularidade.

Em maio de 2016 foi concretizada a parceria entre o Tribunal de Contas da União e a CGU para que, por meio de um projeto conjunto, o sistema Alice pudesse ser implementado no controle externo, com ênfase no auxílio aos trabalhos desenvolvidos nos núcleos de análise de licitações (Nlogs).

As funcionalidades originais do sistema Alice sofreram algumas adaptações para adequação às necessidades do TCU e novas técnicas foram desenvolvidas, como exemplo, o filtro com base na materialidade da licitação.

Por meio da Portaria-TCU nº 296/2018, de 18.10.2018, foi aprovado o documento, elaborado pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), conjuntamente com a Secretaria de Gestão de Informações para o Controle Externo (SGI), que regulamenta a sistemática de análise das informações fornecidas por meio dos *e-mails* diários do sistema Alice para as unidades técnicas do Tribunal de Contas da União.

O sistema faz avaliação preventiva, tempestiva e automatizada de editais de licitação, resultados de pregões e contratações diretas, sendo que, diariamente, são extraídos dados do Comprasnet (Portal de Compras Governo Federal) e do *Diário Oficial da União (DOU)*. Cada tipologia identifica um padrão que pode gerar um indício de irregularidade ou riscos na licitação. É disponibilizado relatório personalizado com os números dos processos, custos, valores em risco, eventuais indícios de fraudes e problemas de concorrência.

Os editais das licitações são analisados com base em nove tipologias (possibilidades de inconsistências), com foco na possível restrição de competitividade durante a fase de habilitação de licitantes, entre as quais, a título exemplificativo, pode-se citar a tipologia associada à “exigência de certidão negativa de protesto”.

Já no tocante às atas de pregão eletrônico, o sistema identifica os fornecedores participantes e os vencedores do pregão e, em seguida, são executados 23 cruzamentos de dados, buscando

indícios de irregularidades ou riscos na aquisição, com agrupamento em três classes: a) proibição de contratação com a Administração Pública, b) empresas fantasmas e c) baixa competitividade.

O resultado das análises é acrescido de dados sobre atribuição de fator de risco ao certame (em função da gravidade dos indícios encontrados) e sobre o valor estimado da licitação (materialidade do objeto).

Esses dados são extraídos do próprio sistema Alice e acessados por meio de base de dados QL Oracle, podendo, contudo, ser obtidos outros atributos das mesmas fontes de dados e no mesmo momento, como exemplo, detalhamento da UASG envolvida, modalidade de licitação, número do processo licitatório, data da publicação da informação e análises acerca da materialidade. A abrangência temporal é limitada às datas de disponibilização da base de dados do Comprasnet (a partir de 2.1.2013) e do *Diário Oficial da União* (a partir de 4.1.2010).

No tocante à abrangência espacial, estão incluídas todas as unidades da federação, nas três esferas federal/estadual/municipal, mas há limitação quanto à abrangência do sistema Comprasnet (aquisições federais dos órgãos/entidades da administração direta ou aquisições estaduais e municipais dos órgãos que usam o sistema) e à eficácia da extração dos dados do *DOU* (extratos de dispensa e inexigibilidade de licitação).

Após essas análises, os *e-mails* com informações das licitações e com os alertas referentes aos indícios encontrados são encaminhados às unidades técnicas do TCU, possibilitando ações de controle tempestivas e efetivas, por meio de autuação de processos de representação ou solicitações de informações ao gestor, as quais resultam, muitas vezes, correções posteriores das deficiências detectadas nos certames.

Para as secretarias de controle externo são remetidas as informações de aquisições federais relacionadas às unidades jurisdicionadas que fazem parte da sua clientela. Contudo, quanto às unidades técnicas que tratam especificamente de obras públicas custeadas com recursos federais há a necessidade de prévia classificação por tipo de empreendimento para posterior remessa das informações.

Diariamente, as unidades técnicas do TCU recebem três *e-mails* sobre as aquisições publicadas naquele dia relativas à sua clientela. O primeiro com os editais de licitação, o segundo com as atas de realização de pregões publicados no Comprasnet, o terceiro com as contratações diretas (por dispensa e inexigibilidade) publicadas no *DOU*, recebendo informações sobre o órgão/a entidade que está licitando, o objeto, o valor, e se foram encontrados alertas.

Além disso, o Alice também fornece informações históricas (editais a partir de novembro de 2015 e atas de pregão a partir de agosto de 2016), pois todos os alertas gerados são registrados em uma base de dados, fornecendo um painel geral, com filtros por unidade técnica do TCU, esfera de governo, unidade federativa, município, unidades administrativas de serviços gerais (UASGs) etc. A Secretaria de Gestão de Informações para o Controle Externo (SGI) mantém conteúdo atualizado no sistema interno do TCU para uso dos auditores da Corte.

Como ilustração dos resultados positivos obtidos pelo TCU, com a utilização das informações provenientes do sistema Alice, vale citar alguns julgados.

Em 2019, a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) atingiu o montante de R\$3,8 bilhões em benefícios de controle a partir das informações do *e-mail* do Alice, conforme se pode constatar no trecho a seguir do voto do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, que embasou o Acórdão nº 915/2020 – Plenário:

2. Como visto, para a realização dos correspondentes trabalhos, a unidade técnica utilizou as ferramentas de TI, a exemplo da Alice (Análise de Editais e Licitações), além das notícias veiculadas diariamente pelos meios de comunicação e, também, do próprio conhecimento adquirido pela Sefti na realização das fiscalizações e na análise das anteriores representações sobre as semelhantes situações.
3. O aludido acompanhamento foi delimitado pela unidade técnica sob as seguintes condições:

(a) os editais considerados como commodities de TI (computadores, outsourcing de impressão, call center etc.) em órgãos e entes, com abrangência nacional, sediados no Distrito Federal não teriam sido sistematicamente analisados, pois constituíram como item específico no bojo do TC 012.189/2019-7 sob a condução da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog);

(b) o acompanhamento não teria abrangido a análise sobre 100% dos editais de TI enquadrados nos critérios de materialidade, ante a limitação de recursos humanos para o trabalho; e

(c) o acompanhamento sobre os editais teria ficado restrito às licitações promovidas no âmbito do Comprasnet, pois a Alice ainda não enviaria as informações automatizadas sobre os outros sistemas de licitação, a exemplo da plataforma (e-licitações) do Banco do Brasil.

4. A unidade técnica anotou, também, que o referido acompanhamento teria compreendido a análise de 73 editais (28 para hardware, 31 para serviços e 14 para software – peça 52), perfazendo o volume de recursos fiscalizados sob o montante de R\$4.329.265.324,73, aí incluídos os eventuais valores das potenciais adesões às atas de registro de preços (ARP).

5. A Sefti anotou, ainda, que os gestores responsáveis teriam suspenso ou revogado 15 (quinze) editais de licitação, após a equipe de acompanhamento ter apontado os respectivos riscos, correspondendo a aproximadamente 20% do total de editais analisados e a aproximadamente R\$3,2 bilhões do valor total estimado para o horizonte de cinco anos, e, assim, os potenciais benefícios financeiros da presente fiscalização foram apresentados sob as seguintes condições:

Método	Fase do certame	Hipótese	Benefício (em R\$)
Valor Estimado 1 - Valor Estimado 2	Antes da realização do certame	Diferença entre o valor estimado original e o valor estimado após a realização do acompanhamento.	10.074.629,44
Pregões revogados	Antes da realização do certame	Valor estimado em edital posteriormente revogado após a apresentação dos riscos, sem a realização de novas licitações para o mesmo objeto durante o acompanhamento.	3.190.704.862,12
Valor do contrato anterior menos o Valor adjudicado no pregão	Após a adjudicação	Diferença entre o valor do contrato antigo e o valor final obtido no certame analisado.	568.709.497,80
Contratos que deixaram de ser assinados	Após a adjudicação	Desistência de contratar a empresa vencedora e subsequente revogação do pregão, após a apresentação dos riscos apurados na fiscalização.	19.542.544,00
Total (em R\$)			3.789.031.533,36

6. Por outro ângulo, como potenciais benefícios qualitativos resultantes do presente acompanhamento, a unidade técnica apontou os seguintes aspectos:

(a) potencial aumento da competitividade no certame a partir, por exemplo, da exclusão de inadequadas exigências para certificados ou de desnecessários requisitos técnicos;

(b) potencial redução do risco de superfaturamento a partir, por exemplo, da ampliação da pesquisa de preços e do aprimoramento da metodologia de cálculo dos quantitativos, além do detalhamento mais apropriado dos custos;

(c) possibilidade de redução do volume de novas representações e denúncias recebidas pelo TCU, possibilitando a alocação de auditores em outras atividades relevantes, com a subsequente redução do estoque de processos no Tribunal;

(d) aproximação entre o TCU e os gestores públicos para a disseminação do conhecimento e das boas práticas, priorizando a função pedagógica do controle externo financeiro, em vez da função sancionadora; e

(e) aumento da percepção sobre a expectativa desse controle.

7. De todo modo, após a análise final do feito, a unidade técnica propôs a adoção das seguintes medidas:

(a) determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU que, no prazo de trinta dias, o FNDE informe o TCU sobre as providências a serem adotadas para realizar a aquisição originalmente prevista no PE 13/2019 (revogado);

(b) habilitar a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência e a Agência Nacional de Transportes Terrestres como partes interessadas no presente feito, enviando a cópia integral deste processo às aludidas entidades;

(c) considerar encerrado o presente processo, por ter alcançado os seus objetivos;

(d) autorizar a autuação de novo processo de acompanhamento pela Sefti sobre as aquisições de bens e serviços de TI no âmbito da administração federal, aí incluídos, por exemplo, os Tribunais Superiores e os órgãos do Poder Legislativo, durante o período de 1º/4/2020 a 31/3/2021; e

(e) arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, V, do RITCU.

8. O TCU pode incorporar o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir.

9. A proposta de encerramento do feito em razão de o seu objetivo ter sido alcançado adviria dos resultados positivos efetivamente obtidos a partir da presente fiscalização em face das suspensões e revogações promovidos pelos próprios gestores públicos, após as reuniões com a equipe de acompanhamento para a apresentação das falhas identificadas nos instrumentos convocatórios, proporcionando, ainda, a significativa redução dos valores estimados nas contratações sob as seguintes premissas:

(a) no Ministério da Saúde:

Objeto	Pregão eletrônico 24/2019 (serviços de sustentação de infraestrutura de TI)				
Sessão	27/8/2019	Estimado original (R\$)	146.278.139,89	Licitantes	7
Estimado (R\$)	33.956.976,70	Adjudicado (R\$)	15.474.563,62	Desconto	54,4%

(b) na Valec:

Objeto	Pregão eletrônico 6/2019 e Pregão eletrônico 10/2019 (serviços de atendimento ao usuário e sustentação de infraestrutura de TI)				
Sessão	5/11/2019	Estimado original (R\$)	23.870.540,50 (12 meses)	Licitantes	16
Estimado (R\$)	16.111.852,27 (36 meses)	Adjudicado (R\$)	7.917.302,40 (36 meses)	Desconto	50,8%

(c) no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT):

Objeto	Pregão eletrônico 208/2019 (serviços de atendimento ao usuário e sustentação de infraestrutura de TI)				
Sessão	10/10/2019	Estimado original (R\$)	29.973.058,51	Licitantes	23
Estimado (R\$)	22.544.209,02	Adjudicado (R\$)	5.234.898,89	Desconto	76,7%

(d) no Ministério da Cidadania:

Objeto	Pregão eletrônico 16/2019 (aquisição de Solução de Monitoramento da Performance de Aplicações - APM)				
Estimado (R\$)	4.520.203,34	Obs: pregão definitivamente revogado pelo Ministério da Cidadania, em 28//11/2019			

(e) no Tribunal Superior do Trabalho (TST):

Objeto	Pregão eletrônico 19/2019 (aquisição de Solução de Monitoramento da Performance de Aplicações - APM)				
Sessão	19/3/2019	Estimado (R\$)	11.033.657,35	Licitantes	3
		Adjudicado (R\$)	10.495.028,84	Desconto	4,8%

(f) no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE):

Objeto	Pregão eletrônico 13/2019 (Compra nacional de computadores)	
Estimado (R\$)	3.023.869.395,5	Obs: pregão definitivamente revogado pelo FNDE, em 9/10/2019

(g) na Polícia Federal (PF):

Objeto	Pregão eletrônico 6/2019 (subscrições das versões Enterprise Red Hat)				
Sessão	3/12/2019	Estimado original (R\$)	13.952.156,38	Licitantes	3
Estimado (R\$)	6.977.276,89	Adjudicado (R\$)	6.804.145,98	Desconto	2,48%

(h) no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Acre (IFAC):

Objeto	Pregão eletrônico 33/2019 (Solução de hiperconvergência)	
Estimado (R\$)	18.585.699,54	Obs: pregão definitivamente revogado pelo IFAC, em 25/10/2019

no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba (IFPB):

Objeto	Pregão eletrônico 10/2019 (Computadores)	
Estimado (R\$)	21.715.038,34	Obs: pregão definitivamente revogado pelo IFPB, em 30/10/2019

10. A Sefti destacou, por outro lado, que as principais irregularidades identificadas ao longo do acompanhamento compreenderiam o risco de ocorrência das seguintes falhas: superfaturamento; restrição à competitividade; excessivos quantitativos; pesquisa de preços limitada a fornecedores; e ausência da planilha de formação de preços.

11. Ao discorrer, todavia, sobre a avaliação da metodologia para a medição por Unidades de Serviços Técnicos (UST) e por métricas semelhantes, a unidade técnica esclareceu que esse específico ponto seria tratado na auditoria autuada sob o TC 022.253/2019-0 para verificar se a execução de 55 contratos de TI asseguraria a possibilidade de aferição da compatibilidade dos valores desses pagamentos em frente aos preços de mercado, tendo, por essa razão, deixado de propor a adoção de eventuais medidas estruturantes sobre essas irregularidades no presente acompanhamento.

12. O TCU pode promover, portanto, o arquivamento do presente processo, sem prejuízo de prolatar as determinações e as medidas ora anunciadas. (BRASIL, 2020b) (Grifos nossos)

No âmbito do TC 010.978/2018-6 (relatoria do Ministro Raimundo Carreiro), foram realizados dois acompanhamentos pela Secretaria de Fiscalização de Aquisições Logísticas (Selog), com enfoque na fiscalização dos processos de aquisições da Administração Pública Federal, operacionalizados com a utilização do Alice. O primeiro foi julgado por meio do Acórdão nº 1.091/2019 – Plenário, tendo sido expedidas as seguintes determinações:

9.2. determinar à *Secretaria de Gestão de Informações para o Controle Externo (SGI)*, unidade que desenvolveu o Sistema Alice no âmbito do Tribunal, que envie esforços para corrigir as limitações identificadas no presente processo, incluindo no sistema as publicações de contratos/aditamentos, bem como aprimorando os “alertas” emitidos às unidades técnicas, informando ao relator, no prazo de 90 dias, as providências adotadas;

9.3. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que dê continuidade ao acompanhamento sistemático de editais e contratos da Administração Pública Federal em todas as suas unidades subordinadas, exercendo plenamente todas as competências atribuídas a esta Secretaria-Geral pelo art. 2º da Portaria-TCU nº 296/2018. (BRASIL, 2019a (Grifos nossos))

O segundo acompanhamento culminou no Acórdão nº 1.113/2020 – Plenário, sendo que os principais aspectos contidos na argumentação do voto do Ministro-Relator Raimundo Carreiro que embasou aquela deliberação estão a seguir transcritos:

14.1 Segundo informado pelo titular da SGI, em 25/10/2019 (peça 24), os esforços de aprimoramento das ferramentas de acompanhamento sistemático e automatizado das aquisições públicas são atestados pelo “Projeto Alice Nacional”, em andamento, que conta com a colaboração de tribunais de contas subnacionais, que “promoverá a extensão do Sistema Alice a editais e atas de pregões de Estados e Municípios”; e pelo desenvolvimento do Sistema de “Aplicação para Geração de Análise Textual Acelerada” (Agata), em fase de testes, cujo propósito é aprimorar os “alertas” para geração de análise textual acelerada, sendo tal sistema baseado “em algoritmos de aprendizado de máquina” (uma forma de “inteligência artificial”).

14.2 Sobre a coleta direta, pelo Sistema Alice, de informações publicadas no Diário Oficial da União (DOU), a SGI informou que uma mudança na fonte de dados (do formato “PDF” para “XML”), no âmbito da Imprensa Nacional, impôs o “redesenvolvimento” da solução de extração de dados. Entretanto, embora o Sistema Alice tenha sido adaptado para o novo formato, a SGI informou que “a Imprensa Nacional (IN) ainda não colocou em produção o serviço de publicação de editais em formato XML” (peça 24).

- diligência à Imprensa Nacional

14.3 O Diretor Geral da Imprensa Nacional, em ofício de 10/2/2020 (peça 30), aduziu as seguintes informações:

- a conversão do formato da base de dados textuais do DOU, de PDF para XML, ocorreu em conformidade com acordo de cooperação firmado em 4/6/2019, entre a Imprensa Nacional e o Tribunal de Contas da União (Acordo de Cooperação Técnica - ACT nº 03/2019, peça 32; na indexação interna do TCU: Acordo de Cooperação nº 518), para a “Consecução de projeto piloto e troca de conhecimento e informações sobre a aplicação e uso de tecnologias no processo de digitalização de documentos contendo atos oficiais, auxiliar no processo de mineração e análise de texto (text mining), além de permitir o compartilhamento do conteúdo das edições do Diário Oficial da União em formato aberto (eXtensible Markup Language - XML), imediatamente após a publicação no portal da Imprensa Nacional;

- dificuldades técnicas e operacionais retardaram o pleno implemento da conversão, inclusive em virtude da carência de pessoal especializado no quadro de servidores da Imprensa Nacional, o que levou à suspensão temporária dos testes de homologação, em dezembro de 2019, ocasião em que se iniciou “a construção de recurso alternativo para o fornecimento do conteúdo do DOU em formato aberto”;

- com a solução provisória alternativa, “desde 02 de janeiro deste ano já disponibilizamos no sítio <https://inlabs.in.gov.br>, de forma provisória, as informações do DOU em formato aberto e em ambiente de produção [PDF e XML], acessíveis ao “sistema ALICE” utilizado por esse Tribunal de Contas da União”;

- “a solução definitiva encontra-se em fase final de desenvolvimento e implementação”, e “para tanto, estimamos um prazo máximo de 90 (noventa dias) [a contar de 2/1/2020], que poderá ser substancialmente reduzido caso possamos contar com o apoio técnico especializado e com conhecimento na solução de mensageria “Apache Kafka – Cloudera Community”, por parte dos quadros desse Egrégio Tribunal de Contas da União.

15. À luz dessas informações, dirijo da unidade técnica quanto à proposta de arquivamento dos presentes autos, porquanto, conforme assinaei, os esforços para a plena implementação das funcionalidades do Sistema Alice não podem ser esmaecidos.

16. Dito isso, considero necessário e oportuno submeter à Presidência desta Corte de Contas, por tratar-se de matéria de natureza interinstitucional, o pleito da Imprensa Nacional de prestação de apoio técnico especializado para a plena conclusão dos objetivos previstos no Acordo de Cooperação Técnica nº 03/2019 (peça 32).

17. Pondero que, de acordo com o item I do subitem 2.2 da Cláusula Segunda do ACT nº 3/2019, esse apoio é admitido nos termos do acordo, *verbis*:

2.2. Constituem atribuições das partes:

I - receber em suas dependências os responsáveis indicados pela outra parte para participar do *desenvolvimento de atividades atinentes ao objeto* do presente Acordo.

18. Dessa forma, cumpre à Presidência deste Tribunal avaliar, em conjunto com a SGI e a Segecex, as disponibilidades de recursos humanos especializados e o planejamento operacional da SGI, com vistas a definir de que forma tal apoio poderá ser prestado, se mediante treinamento, assessoria técnica, execução conjunta de atividades ou outras formas de colaboração.

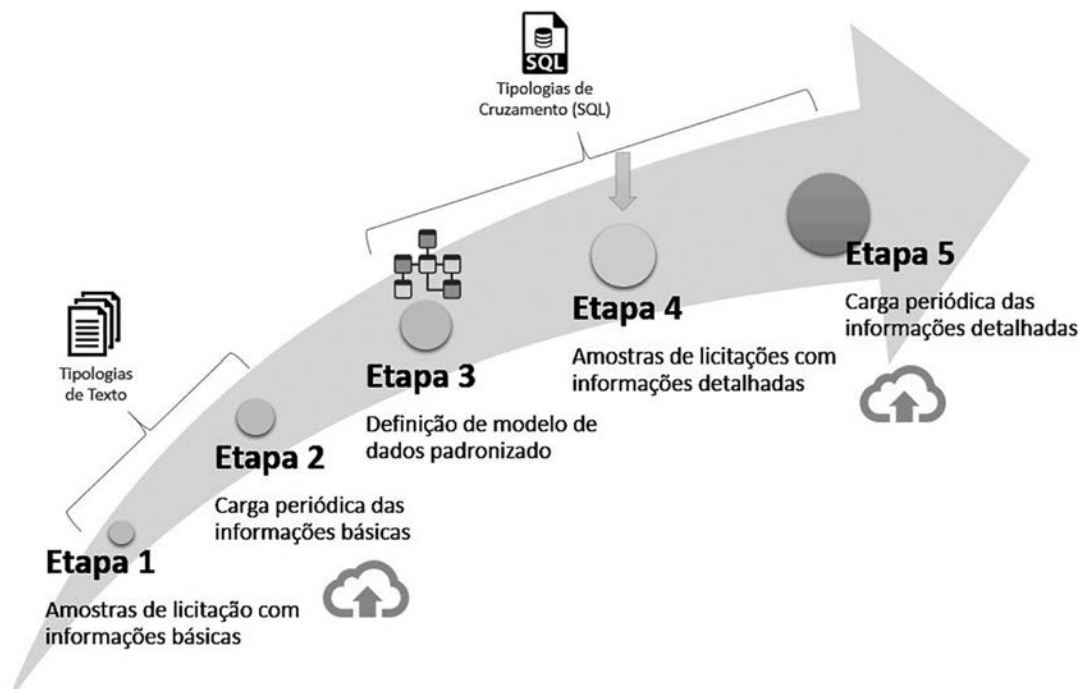
19. Por conseguinte, o presente acompanhamento deverá prosseguir, sob a responsabilidade da Selog, ao menos até a plena implementação dos objetivos definidos no Acordo de Cooperação Técnica nº 03/2019, cuja vigência inicial é de sessenta meses a contar de 4/6/2019. (BRASIL, 2020a) (Grifos nossos)

No âmbito do TC 012.189/2019-7 (relatoria do Ministro Aroldo Cedraz), foi realizado, com utilização do Alice, o acompanhamento das aquisições logísticas efetuadas pela Administração Pública Federal, no exercício de abril/2019 a março/2020, tendo sido apontado, pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, benefício de controle na ordem de R\$39 milhões, bem como proferido Acórdão nº 794/2020 – Plenário, que determinou, em seu subitem 1.6.2:

à Secretaria-Geral de Controle Externo que dê continuidade ao acompanhamento sistemático de editais e contratos de órgãos, incluindo os citados no art. 15, I, alínea j do Regimento Interno do TCU, e entidades da Administração Pública que recebem recursos federais e paraestatais no âmbito de aquisições logísticas. (BRASIL, 2020c)

O projeto Alice Nacional é o resultado de um desenvolvimento do Sistema Alice decorrente da cooperação entre os tribunais de contas estaduais e municipais e o TCU, que teve início em 12.2.2019, com um documento encaminhado pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – Atricon convidando as cortes de contas a participarem desse projeto (Ofício Circular nº 001/2019 – Vice-Presidência de Desenvolvimento do Controle Externo da Atricon).

Imagem 1 – Etapas Alice Nacional



Fonte: Alice Nacional.

Enquanto o Alice busca as informações para análise a partir do portal Comprasnet, o Alice Nacional recebe os editais de licitação de estados e municípios encaminhados pelos respectivos tribunais de contas e testa tipologias (possibilidades de inconsistências) nesses editais (etapas 1 e 2) e nas atas de realização de pregão eletrônico (futuramente nas etapas 4 e 5), publicados nos portais de compras ou *websites* dos estados e municípios.

Na análise das possíveis inconsistências são identificados padrões que apontam para a existência de indícios de irregularidade, sendo atribuído um fator de risco ao certame (em função da quantidade e da gravidade das inconsistências encontradas) e efetuada uma avaliação de grau de materialidade (valor estimado da licitação extraído a partir do texto do edital).

O Alice Nacional conta com a participação de tribunais de contas parceiros em mais de 15 estados da Federação, os quais acessam um portal, monitorando informações úteis como: a) datas e *status* das cargas de editais; b) controle de alertas e quantidade de licitações em risco; e c) evolução da quantidade de licitações processadas.

O painel Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições)

O Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições) é um painel que mostra todas as compras públicas, numa amplitude maior do que a do robô Alice, pois abarca também contratações diretas e aquelas feitas por meio de inexigibilidade de licitação (quando um serviço ou produto possui apenas um fornecedor).

Esse painel foi desenvolvido dentro do TCU (no âmbito do TC 015.902/2016-1), pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti), com auxílio da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) e da Secretaria de Gestão de Informações para o Controle Externo (SGI), por ocasião da elaboração do relatório de acompanhamento das contratações públicas operadas no Sistema de Divulgação de Compras (Sidec), no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg) e no Comprasnet, com o objetivo de, utilizando procedimentos de auditoria contínua e aplicando técnicas de análise de dados, propiciar a construção de painel eletrônico de contratações (*dashboard*).

Transcrevo a seguir trecho do voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler, que embasou o Acórdão nº 2.593/2017 – Plenário e que tratou do painel Monica, especialmente no tocante às suas características e às informações por ele disponibilizadas:

3. Para o atingimento do proposto, a Sefti entendeu ser necessário o cotejo de duas bases de dados distintas. A primeira – a do Siasg –, já integra o ambiente computacional desta Corte de Contas e é mensalmente atualizada, permitindo que o Tribunal possua elementos aptos a fomentar o exame do comportamento pretérito das licitações, podendo, inclusive, obter informações detalhadas de certames específicos.
4. A segunda – a do Comprasnet – base que contempla apenas os pregões eletrônicos e presenciais, passou a ser remetida ao Tribunal em virtude do esforço fiscalizatório empreendido pela Sefti, a qual demandou a disponibilização de informações completas, reiterou suas solicitações e, após reuniões, logrou que tais dados fossem submetidos ao Tribunal com periodicidade semanal.
5. De posse de tais informações, pôde ser produzido e validado o *dashboard* (painel eletrônico das contratações), instrumento que deve ser considerado como o principal produto da presente fiscalização, o qual, ambiciona-se, será utilizado pelas unidades técnicas deste Tribunal para o planejamento de ações de controle e o acompanhamento das aquisições, bem como no apoio à instrução de processos relativos a contratações.
6. Tal painel, consoante demonstrado pela unidade instrutiva, possui interface amigável, a qual propicia que o usuário, sem conhecimentos específicos das unidades gestoras ou mesmo de informática, obtenha, em primeiro momento, uma visão geral das contratações públicas, a qual poderá ser particularizada por intermédio de um procedimento denominado *drill down*, o qual permite que as informações, em poucas operações, sejam refinadas e detalhadas. Ademais, além da análise visual dos dados, poderá o

usuário, caso deseje, utilizar-se da opção de download de informações, exportá-las para outros programas de computador e analisa-las de modo mais detido.

7. É claro que, inobstante a grande massa de dados submetida ao descortino deste Tribunal, há problemas decorrentes da parametrização das informações, da arquitetura e da fidedignidade dos bancos de dados.

8. Quanto a este aspecto, peço vênias para reproduzir o que ponderou a unidade instrutiva:

“Apesar de existir um rico conjunto de informações sobre as aquisições efetuadas pela APF nas bases de dados dos sistemas Siasg e Comprasnet, a consulta a elas não é tarefa simples, devido especialmente ao seguinte: (i) a principal base de dados é mantida em plataforma computacional antiga (banco de dados Adabas em mainframe), com modelo de dados defasado; (ii) as consultas disponíveis, apesar de diversas, não guardam consistência entre si, o que obriga os usuários a percorrerem uma série de telas em busca de informações básicas; (iii) não são poucas as situações em que as consultas somente são permitidas por meio de códigos, não bastando o usuário saber, por exemplo, a denominação do órgão ou entidade; (iv) há uma considerável quantidade de dados cadastrados de forma errada, especialmente valores estimados de aquisições, o que pode gerar conclusões equivocadas em determinados contextos; e (v) parte considerável dos dados sobre aquisições disponibilizados no portal de dados abertos (www.dados.gov.br), que poderia ser uma fonte alternativa, estão desatualizados ou incompletos (consulta em 3/11/2016 às 15:30).”

9. Além disso, registrou-se que os exames empreendidos não puderam transcender a esfera federal e alcançar contratações promovidas por outros entes da federação com aportes de recursos federais, em virtude de nem todas as aquisições serem feitas no ambiente do Siasg ou no Comprasnet. Identificou-se, também, que algumas instituições, tais como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, não utilizam tais sistemas.

10. Outras limitações identificadas na ferramenta referem-se ao fato de não constarem das bases de dados submetidas à análise do Tribunal as contratações promovidas com amparo no Regime Diferenciado de Contratações Públicas

(RDC), bem como aquelas decorrentes da adesão de caronas a atas de registro de preços.

11. Não obstante tais limitações, sobre as quais deve o Tribunal se debruçar para maximizar a qualidade, a tempestividade e o alcance das informações a ele submetidas, imperioso ressaltar o potencial do painel eletrônico de contratações, o qual permite que o TCU obtenha, em uma única ferramenta, de um modo intuitivo, amplo e abrangente, diversas informações de cunho estratégico.

12. Como exemplo dessa capacidade, ressalto que a Sefti promoveu o levantamento das contratações celebradas pela Administração Pública Federal no período compreendido entre 2012 e 2016, tendo identificado o número de contratos celebrados, as modalidades utilizadas e o valor dispendido. Nesse sentido, é a seguinte tabela:

Quadro 1 - Aquisições do Governo Federal (1/2012 a 10/2016)

Modalidade de Compras	Quantidade	%	Valor (R\$)	%
Pregão	224.115	21,93%	210.276.046.931,33	60,10%
Inexigibilidade de Licitação	115.701	11,32%	65.432.297.214,04	18,70%
Dispensa de Licitação	668.614	65,41%	53.109.774.375,65	15,18%
Concorrência	5.186	0,51%	19.168.308.890,95	5,48%
Tomada de Preços	6.303	0,62%	1.590.723.338,83	0,45%
Concorrência Internacional	203	0,02%	222.087.746,58	0,06%
Convite	1.884	0,18%	48.382.786,59	0,01%
Concurso	134	0,01%	17.716.699,06	0,01%
Totais	1.022.140		349.865.337.983,03	

Fonte: Banco de dados BD_SIASG recebido em 6/11/2016 no TCU

13. Conforme se depreende da referida tabela, as informações apresentadas podem fomentar o planejamento das ações de controle externo deste Tribunal, pois é possível identificar áreas materialmente relevantes, as quais contenham poucas ações de fiscalização.

14. E nesse sentido, a Sefit, ao detalhar as contratações quantitativamente mais significativas, identificou que as dispensas de licitação são realizadas, em sua grande maioria, com fundamento no art. 24, inciso II, da Lei 8.666/1993, isto é, em virtude de valores diminutos. Constatou, outrossim, que as contratações diretas fundamentadas no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (situações emergenciais) são materialmente mais representativas.

15. Note-se que as dispensas que se deveram a diminuto valor correspondem a mais de 85% da quantidade de processos de aquisição por dispensa de licitação, cabendo àquelas relativas a situações emergenciais uma fatia inferior a 3% da mesma quantidade. Por outro lado, aquelas baseadas em valores inexpressivos corresponderam a cerca de 3% do montante total das dispensas, enquanto as relacionadas com emergências ficaram próximas de 17% do mesmo valor.

16. Observe-se, por oportuno, a estratificação das contratações diretas com fundamento no art. 24 da Lei 8.666/1993:

Base legal (Lei 8.666/1993)	Quantidade	%	Valor (R\$)	%	Média (R\$)
Art, 24, inciso II	599.134	89,6%	1.690.385.693,43	3,2%	2.821,38
Art, 24, inciso IV	15.351	2,3%	9.056.535.021,49	17,1%	589.963,85
Demais fundamentos	54.129	8,1%	42.362.853.660,73	79,8%	782.627,68
Totais	668.614		53.109.774.375,65		

17. Em virtude dessas informações, a Sefti as depurou e concluiu que existiam indícios de fracionamento de despesa e/ou de falha no planejamento de algumas organizações públicas, motivo pelo qual, inclusive, propôs que a Secretaria Geral de Controle Externo fosse cientificada desses achados de auditoria.

18. Como exemplo da análise empreendida pela Sefti, destaco a constatação de que um determinado órgão contratou a mesma empresa, com fundamento no art. 24, inciso II, da Lei 8.666/1993, 830 vezes no período de 56 meses, ou seja, a empresa, a qual comercializa suprimentos de informática, foi contratada, em média, 14 vezes por mês pelo mesmo órgão. Tal constatação, conforme bem pontuou a unidade instrutiva, constitui robusto indício de que houve falha no planejamento do órgão contratante.

19. De igual modo, é digno de nota o exemplo contido aos parágrafos 83 a 85 do relatório de acompanhamento, segundo o qual são avaliadas contratações promovidas do Departamento de Logística em Saúde (UASG 250005), do Ministério da Saúde.

20. Naquela oportunidade, ao serem avaliadas contratações diretas fundamentadas no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, constatou-se que no período compreendido entre 2012 e 2016 foram realizadas 3.540 dispensas de licitação, no montante total de R\$4,1 bilhões. Tais números, ao serem avaliados de modo apurado, evidenciaram que 3.526 dispensas, no valor de R\$3,1 bilhões, foram motivadas por determinações judiciais.

21. Por fim, devo registrar que, embora o painel de contratações forneça uma visão gerencial, estratégica, das contratações promovidas pela Administração Pública Federal, a constatação dos indícios de impropriedade não se dá de forma automatizada. A ferramenta permite que sejam avaliadas informações de cunho estratégico de forma bastante simplificada e, dessa forma, fomenta os trabalhos de inteligência desempenhados no âmbito desta Corte de Contas.

22. Desse modo, louvando a iniciativa da Sefti, bem como da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) e da Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná (Secex/PR), as quais auxiliaram na criação painel eletrônico de contratações, voto por que o Tribunal adote o acórdão que submeto à deliberação desse colegiado. (BRASIL, 2017)

Ainda no âmbito do TC 015.902/2016-1, o Ministro Aroldo Cedraz assim se pronunciou, em seu voto revisor, sobre o uso do painel Monica:

Além disso, percebo que a profusão ilimitada de descrição de produtos e serviços dificulta a comparação de produtos e serviços e dá margens para os reiterados questionamentos sobre requisitos com possibilidade frustrar a competitividade. Nesse ponto, muitas vezes compra-se em excesso, como detectado no trabalho, ou ainda, realizam-se aquisições com requisitos muito superiores ao necessário ao bem desenvolver do serviço público, agregando pouco ou nada para a sociedade.

Por essa razão, *não vejo outro caminho senão a constante evolução tecnológica, aproveitando-se das novas ferramentas para análise das grandes massas de dados de licitações e de contratações públicas, bem como das recentes evoluções em face da inteligência artificial de forma a que o poder público consiga melhor manejar as informações que hoje detém para identificar a necessidade e o valor das aquisições.* [...]

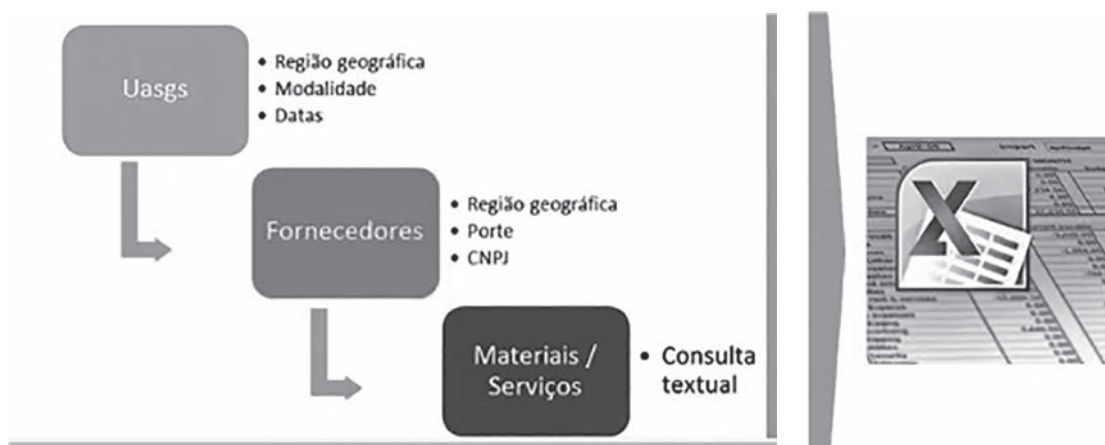
Adicionalmente, vejo com bons olhos, como bem sugeriu a equipe de fiscalização em seu relatório, a integração da ferramenta desenvolvida no âmbito deste trabalho a outras já construídas nesta Casa. *Os riscos detectados pela excelente ferramenta de nome Alice, exemplo citado, poderão ser confrontados com os resultados dos certames licitatórios, com base nas análises aqui empreendidas, gerando conhecimento e apurando os métodos de análise de riscos, em retroalimentação processual.* Alerto, no entanto, que a busca pela identificação de irregularidades não é um fim em si mesmo, sendo sempre que possível, propício que as ferramentas e os algoritmos gerados na Casa possam ser transferidos aos gestores públicos com o objetivo de que se previna tempestivamente a ocorrência de falhas.

Enfim, são abundantes as possibilidades que o compartilhamento e integração de bases de dados fornece. A tecnologia permite e devemos seguir neste caminho. (Grifos nossos)

Em linhas gerais, o Monica é um painel com informações sobre aquisições efetuadas, no âmbito do Siasg, na esfera federal (poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e Ministério Público), não contemplando informações sobre contratações efetuadas por meio do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e sobre as compras realizadas pelas estatais.

As informações estão dispostas por UASGs, por fornecedores ou por tipo de material/serviço, podendo-se aplicar filtros de acordo com o tipo de análise desejado, sendo que os dados podem ser exportados para o Excel.

Imagem 2 – Informações sobre aquisições efetuadas, no âmbito do Siasg



Fonte: TCU.

O painel Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas)

O painel Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas) tem sido utilizado pela Corte de Contas no acompanhamento da dinâmica dos pregões eletrônicos, com vistas a detectar existência de indícios de fraudes, de restrição à competitividade e/ou de conluio entre licitantes.

Por meio da utilização desse painel, por exemplo, foi possível detectar irregularidades no pregão eletrônico 2/2018, promovido pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que tinha por objeto a contratação de serviços de reestruturação da rede de dados (TC 023.674/2018-0).

Naquele caso concreto, a unidade técnica do TCU constatou que, embora o certame tenha contado com a participação de sete empresas e, na fase aleatória do referido pregão, que durou apenas seis minutos, tenha ocorrido nove trocas da primeira posição, sendo que quatro licitantes distintas estiveram à frente da disputa em momentos diferentes, o que indicaria disputa acirrada, apenas uma marca esteve efetivamente representada e em condições de sagrar-se vencedora, restando caracterizada restrição à competitividade do certame.

Diante desse contexto, e com base nas informações obtidas com utilização do Adele, por meio do Acórdão nº 1.384/2019 – Plenário, a Corte de Contas determinou a anulação Pregão Eletrônico nº 2/2018.

A seguir, trecho do voto do Ministro Bruno Dantas, que embasou essa deliberação:

17. A unidade instrutora, em manifestação final à peça 109, concluiu *que grande parte das justificativas apresentadas pela Valec não poderiam ser acatadas, uma vez que a estatal, no entender da Sefti, não conseguiu justificar as respectivas ocorrências identificadas, o que significa que, de fato, existiram falhas graves na etapa interna da licitação.*

18. Assim sendo, pugna pela manutenção da proposta de determinação para anulação do Pregão Eletrônico 2/2018, bem como das recomendações correlatas. Por fim, considerando o quadro atual informado pelo gestor por ocasião do agravo de peça 47, em que se noticiou acerca de instabilidade da solução atualmente em uso e do quadro de ausência de garantia e suporte técnico, sugere medida a ser estudada pela Valec, como alternativa aos possíveis desdobramentos dessa representação, qual seja a de avaliar a conveniência e oportunidade de análise da adequabilidade do firewall 5 proveniente do Pregão Eletrônico Central de Compras/MP 5/2017 ao seu ambiente e a possível adesão tardia à ata de registro de preços decorrente desse certame.

19. *Corroboro integralmente o posicionamento da unidade instrutora em sua percuente análise, constante do relatório que acompanha este voto, e incorporo-a às minhas razões de decidir, sem prejuízo das breves considerações que a seguir exponho.*

20. Ao compulsar os autos, verifiquei que, de fato, não houve menção a quais soluções de mercado poderiam atender aos requisitos técnicos, seja na fase interna ou após este processo. Com efeito, embora a Valec tenha listado contratações realizadas pela Administração Pública, não foram feitas avaliações dos equipamentos, comparação dos modelos disponíveis com as especificações técnicas, de modo a mapear quais poderiam atender às necessidades da estatal e a confirmar que a configuração da solução licitada seria viável técnica e economicamente e que não se prestaria a direcionar o certame nem restringir seu caráter competitivo. (BRASIL, 2019b) (Grifos nossos)

O Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor)

O Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) é uma ferramenta à disposição dos auditores do TCU que faz uma revisão na redação dos textos elaborados, verificando fontes de referência, correlação entre as informações indicadas e as existentes em outros casos concretos ou demais processos que tenham o mesmo responsável, conferindo, por exemplo, a identificação das partes (CPF e CNPJ), consultando diversos cadastros em bancos de dados para ver se há alguma inconsistência de informação, buscando sanções que tenham sido aplicadas aos mesmos responsáveis, entre outros elementos.

Esse sistema efetua uma análise crítica dos textos produzidos pelos auditores (relatórios, instruções, pareceres, entre outros), identificando os principais elementos e confrontando-os com as informações que estão nos sistemas à disposição do TCU. Além disso, o Sofia permite encontrar correlações relevantes e indícios de erros e irregularidades que, caso não corrigidos a tempo, poderão comprometer a confiabilidade dos documentos gerados pelas unidades técnicas da Corte de Contas.

A solução consiste em um conjunto de macros e serviços cognitivos, escritos em *Visual Basic for Applications* (VBA), dispostos em uma aba própria no menu do processador de texto Word, editor padrão no TCU, que automatiza e agiliza o acesso a várias funcionalidades de uso regular pelos servidores, como ferramentas básicas de formatação textual, conectores com legislação de consulta habitual, SisNormas, Manual de Orientação para Elaboração de Documentos Técnicos do TCU, parágrafos-padrão, sistema Débito, calculadora, consulta a acórdãos, entre outras.

Consoante se observa na figura a seguir, a grande vantagem do Sofia está na sua facilidade de acesso, pois mesmo os auditores pouco familiarizados com técnicas/ferramentas de TI podem obter informações e análises automáticas, o que gera aumento de produtividade e melhoria na qualidade dos trabalhos desenvolvidos, com incremento na eficiência e na efetividade do controle externo.

Imagem 3 – Modo de compatibilidade do Sofia com o Word



Fonte: TCU.

Em 2020, o Sofia deixou de ser um protótipo e se tornou uma solução corporativa, com inclusão de novas funcionalidades, a exemplo da verificação da existência de algum vínculo entre os participantes de uma licitação.

O Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado)

O Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado) é uma solução desenvolvida para um usuário, sem conhecimento de tecnologia da informação, construir pesquisas textuais de forma simples e ágil, com uso de inteligência artificial.

O processo de desenvolvimento da pesquisa tem dois passos básicos: a) definição de um termo de busca que é a fonte inicial de informações a partir da qual o robô irá fazer buscas e apresentar excertos de textos dos arquivos do edital; e b) rotulagem dos textos nos quais foram encontrados esse termo, ou seja, definição da ocorrência como “situação que você procura” (clique em Sim) ou “não é a situação que você procura” (clique em Não).

O processo funciona de tal forma que a cada resposta do usuário, informando se o texto é ou não a situação que ele procura, o Ágata fica mais inteligente e melhora o resultado da pesquisa por meio de aprendizado de máquina.

O importante é que o usuário faça um número suficiente de rotulagens válidas (sim ou não) para que o algoritmo aprenda a classificar os textos com uma confiabilidade esperada de ao menos 95%.

Após concluído o processo de rotulagem, o usuário pode optar por receber *e-mails* com informações sobre novos editais de licitação publicados que atendam aos requisitos estabelecidos.

Todas as licitações do Comprasnet já são monitoradas com o uso do Ágata. O funcionamento é simples, o usuário insere uma ou mais palavras chaves (exemplo, “aquisições voltadas ao combate à Covid-19”) para busca em editais de licitação contendo tais expressões. A partir daí o usuário faz a rotulagem (sim ou não) para informar quais trechos são, de fato, do seu interesse (como exemplos aquisição de ventilador pulmonar, aquisição de máscaras PFF2/N95, aquisição de equipamentos de proteção individual (EPI) etc.). O usuário é que, de forma subjetiva, seleciona o que ele quer, informa que não se interessa por máscaras PFF2/N95, mas sim por ventilador pulmonar, por exemplo.

O algoritmo tende a aprender quais casos são de interesse do usuário à medida que ele vai efetuando a rotulagem. Quando o algoritmo estiver bem treinado, o usuário poderá habilitar uma rotina periódica para envio contínuo de *e-mails* sobre as novas licitações que forem sendo identificadas como de seu interesse.

Cumprido destacar que a pesquisa pode ser editada, com inclusão, exclusão ou modificação dos termos desejados, sendo que o Ágata executará nova busca na sua base de dados, mas as classificações anteriormente realizadas não se perdem, ou seja, são mantidas para aquela pesquisa. Se o usuário desejar, ele pode alterar novamente sua pesquisa e voltar aos termos definidos anteriormente, sendo que nenhuma rotulagem realizada é perdida.

O Ágata é uma ferramenta mais elaborada, capaz de auxiliar na inserção de tipologias que são os padrões de irregularidade que se pretende rastrear. Uma vez concluída a tipologia, o criador da pesquisa irá receber informações sobre os novos editais de licitação publicados que atendam aos requisitos estabelecidos.

O *e-mail* encaminhado permite também que o usuário dê *feedback* ao sistema quanto ao resultado da pesquisa, o que possibilita um aprendizado contínuo do Ágata, com constante aperfeiçoamento de resultados.

Em 2020 foram revisadas 9 tipologias de texto já utilizadas pelo robô Alice e desenvolvidas 44 novas tipologias, sendo 11 associadas a aquisições relacionadas ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. O TCU já trabalha para a incorporação das tipologias do Ágata ao Alice, na perspectiva de ampliação e aperfeiçoamento das análises realizadas.

No período de março a agosto de 2020, a Ágata rastreou R\$218 milhões em contratos e licitações relacionadas à crise sanitária, sendo que em 31.8.2020 existiam 24 processos em tramitação no TCU que tinham sido autuados a partir do acionamento desse robô.

O Carina (*Crawler* e Analisador de Registros da Imprensa Nacional)

O Carina (*Crawler* e Analisador de Registros da Imprensa Nacional) é uma solução que extrai, diariamente, informações de aquisições governamentais como contratos, licitações,

termos aditivos, além de contratações diretas por meio de dispensa e inexigibilidade de licitação, publicadas no *Diário Oficial da União*.

Em complementação ao trabalho realizado pelo robô Alice, o Carina disponibiliza ao controle externo, de forma tempestiva, informações de grande relevância, para posterior análise.

No início de 2020 essa solução ainda estava em fase de desenvolvimento, mas, com o surgimento da pandemia, houve urgência na disponibilização de uma versão que informasse os auditores acerca das contratações diretas relacionadas ao combate da Covid-19 e, a partir de abril de 2020, as unidades técnicas do TCU passaram a receber informações sobre as contratações diretas efetuadas com utilização de recursos federais, em especial aquelas relacionadas à Covid-19, acompanhadas de dados dos fornecedores contratados e dos valores pactuados.

Com a utilização do Carina, no período de 14.2.2020 a 18.9.2020, foram extraídas do *DOU* 453.765 publicações, sendo 357.171 especificamente da seção 3, e 22.486 foram indicadas como provavelmente associadas a contratações relacionadas à Covid-19.

O LabContas (Laboratório de Informações de Controle)

Alice, Sofia, Monica, Adele, Ágata e Carina são interfaces do denominado LabContas (Laboratório de Informações de Controle), que funciona como um sistema maior, uma espécie de “cérebro” de robôs e painéis de dados.

O principal propósito do LabContas é agrupar as bases de dados da Administração Pública Federal, subsidiando o exercício do controle externo, por meio da consulta a sistemas informatizados, acessíveis em um ambiente virtual para tratamento, cruzamento e análises de dados.

O LabContas já reúne mais de 90 bases de dados e contempla acesso a vários tipos de informações, entre as quais: registro das contas governamentais; lista de políticas públicas; composição societária de empresas; contratações pactuadas com utilização de recursos públicos; servidores públicos processados por instâncias de controle etc.

As bases de dados são obtidas por meio da pactuação de contratos de fornecimento, acordos de cooperação, parcerias em trabalhos de auditoria e do acesso a *sites* públicos. Existem também as denominadas bases derivadas que são aquelas produzidas internamente pelo TCU.

Os dados obtidos são utilizados por meio de soluções informatizadas adotadas objetivando o exercício do controle externo, funcionando como subsídio na atuação dos auditores do TCU e nas ações conjuntas com outros órgãos da Administração Pública.

A ideia é criar uma dinâmica de cooperação não só com órgãos públicos, mas também com entidades da sociedade civil organizada que atuem no controle dos gastos públicos. Nesse sentido, o TCU firmou, em 26.10.2018, um termo de cooperação técnica com a Open Knowledge Brasil (OKBr), que é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos, uma rede pelo conhecimento livre que, por meio do Programa de Ciência de Dados para Inovação Cívica, aplica *expertise* em tecnologia para desenvolver projetos de controle social, como o Perfil Político, que contém uma gama de informações sobre personalidades políticas, com históricos da atuação de vários gestores, e o Serenata de Amor, que usa inteligência artificial para fiscalizar os gastos da Câmara dos Deputados.

Importante ressaltar que o LabContas atualmente contempla mais de 100 bases de dados, sendo utilizado por 123 parceiros externos e mais de 600 usuários, dos quais 215 externos (do ecossistema de controle, de tribunais de contas estaduais e do Ministério Público), e sua abrangência temporal é limitada às datas de disponibilização da base de dados do Comprasnet (a partir de 2.1.2013) e do *Diário Oficial da União* (a partir de 3.4.2020).

A ideia é que esses usuários do LabContas tenham acesso às soluções e às informações da plataforma e, em contrapartida, tragam suas contribuições com dados sobre o funcionamento

de instituições de sua jurisdição e de interesse mútuo dos parceiros de controle (contratações de determinado estado da Federação, por exemplo).

No tocante aos trabalhos relacionados ao enfrentamento da Covid-19, o LabContas foi uma essencial fonte de informação para viabilização desses trabalhos.

Alice, Ágata e Carina no enfrentamento da Covid-19

Com a edição da Lei nº 13.979, de 6.2.2020, houve autorização para regras excepcionais e temporárias para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinadas ao enfrentamento da pandemia decorrente da Covid-19.

Foram então disponibilizados recursos à Administração Pública Federal não só para efetivação das compras excepcionais, realizadas também por estados e municípios, mas inclusive para implementação de ações para mitigar os efeitos negativos na economia em decorrência da Covid-19.

Para se ter uma ideia da magnitude da verba em questão, até 17.8.2020, já tinham sido destinados, no âmbito da Administração Pública Federal direta, recursos no montante total de R\$216.687.307.076,86.

Nesse contexto, o TCU lançou o Coopera – Programa especial de atuação no enfrentamento à crise da Covid-19, objetivando dar visibilidade às ações do Governo Federal de maior impacto social e de maior volume de recursos envolvidos, que são os benefícios das áreas do trabalho e da assistência social. Com o Coopera foi disponibilizado um painel de informações sobre as ações implementadas para combate à Covid-19 e para preservação do emprego e da renda na pandemia, bem como acesso às medidas adotadas para implementação do Plano Especial de Acompanhamento das Ações de Combate à Covid-19 nas áreas do trabalho, da assistência, da previdência e da gestão tributária, com dados atualizados sobre andamento dos acompanhamentos em trâmite no TCU (de 27 ações desenvolvidas no âmbito de oito ministérios) e dos demais processos associados ao tema Covid-19.

Necessário mencionar que há, segundo informações do Coopera obtidas em consulta realizada em 22.9.2020 (<https://portal.tcu.gov.br/coopera/painel/>), 91 processos de representação versando sobre as aquisições e ações adotadas pelos entes governamentais, com a utilização de recursos federais, para enfrentamento à Covid-19.

Dados divulgados pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU (Selog) indicam que, até 17.8.2020, tinham sido autuados 22 processos de representações e denúncias para averiguar a regularidade de compras e aquisições relacionadas à Covid-19, em decorrência de alertas emitidos pelos robôs Alice, Carina e Ágata, após cruzamento de dados.

Esses três robôs rastreiam publicações dos diários oficiais da União, dos estados e municípios, bem como dados inseridos no Comprasnet, e localizam palavras-chave cadastradas, como exemplo, ventilador pulmonar, máscaras PFF2/N95, equipamentos de proteção individual. As informações obtidas são cruzadas com mais de 90 bancos de dados, entre eles os da Receita Federal.

São então feitas análises sob vários aspectos, como exemplo, acerca da data de abertura das empresas fornecedoras e da experiência anterior de cada empresa na venda dos produtos que serão adquiridos, além de comparações dos preços contratados com os valores praticados pelo mercado. O sistema busca, também, sinais de concorrência simuladas, além de ser feita a verificação do histórico dos sócios das empresas contratadas, entre outras análises. Caso apareçam indícios de irregularidade, o alerta é enviado pelo robô.

Os computadores fazem, diariamente, uma leitura completa e analisam todos os diários oficiais do país e, posteriormente, encaminham os relatórios com os alertas para os auditores

federais de controle externo. As máquinas fazem um trabalho que exigiria a atuação de dezenas de pessoas e que demandaria muito tempo para ser finalizado se não houvesse a automação.

O valor total referente às licitações e às contratações relacionadas à Covid-19 que foram fiscalizadas pela Selog e pelas unidades técnicas do TCU nos estados alcança o montante de R\$240.727.901,24.

A utilização do Alice e do Sistema de Análise de Orçamentos (SAO) nos processos de controle externo da área de infraestrutura

O Sistema de Análise de Orçamentos (SAO) é uma ferramenta de avaliação de risco em orçamentos de obras públicas que foi desenvolvido pelas então Secretarias de Obras do TCU (Secobs), atuais Secretarias de Infraestrutura (Seinfras), em parceria com a Secretaria de Soluções de TI (STI), sendo que a gestão desse sistema, atualmente, está sob a responsabilidade do Serviço de Informação sobre Fiscalização de obras (Siob), vinculado à Coordenação-Geral de Controle Externo de Infraestrutura (Coinfra).

Trata-se de um sistema para identificação automatizada de um conjunto potencial de irregularidades associadas especificamente à implementação de empreendimentos de infraestrutura, como: a) erros de cálculo; b) existência de administração local medida por mês; c) existência de verba discriminada de forma explícita; d) percentuais dos itens de Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) em desacordo com as faixas previstas no Acórdão nº 2.622/2013-TCU – Plenário (relatoria do Min. Marcos Bemquerer); e) incidência de serviços idênticos com preços diferentes em um mesmo orçamento; e f) duplicidade de pagamento pelo mesmo serviço.

O aludido sistema permite que seja feita a execução automatizada de pré-análise de orçamentos, com construção de curvas ABC, comparação do preço de obras com sistemas referenciais, além de gerar um *ranking* dos orçamentos, a partir das inconsistências identificadas automaticamente, por algoritmos, aplicando nota de risco aos orçamentos.

Desde 2014, o SAO vem sendo empregado pelo TCU, obtendo-se otimização no tempo gasto com análises das planilhas orçamentárias e aumento de produtividade nas unidades técnicas especializadas em fiscalizações de obras públicas.

Como o Alice ainda não contempla tipologias específicas de serviços de engenharia e materiais/insumos de obras públicas, no âmbito do processo de consolidação das fiscalizações realizadas pelo TCU no Plano de Fiscalização de Obras de 2018 (TC 025.542/2017-6, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, Acórdão nº 2.461/2018 – Plenário), foi desenvolvido um trabalho, de iniciativa do Serviço de Informações de Fiscalização de obras (Siob) e com a participação da Seinfra Urbana e da Seinfra Rodovia Aviação, objetivando, além de identificar problemas sistêmicos na área rodoviária, elaborar tipologias de pesquisa, específicas para obras, no Alice, e verificar a viabilidade de uso automatizado das tecnologias do Alice e do SAO em editais de obras públicas.

Nessas fiscalizações foram analisados 36 (trinta e seis) editais de obras públicas lançados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, no ano de 2018, e doze planilhas orçamentárias de obras públicas aprovadas pela Caixa Econômica Federal – Caixa, com recursos orçados no valor total de R\$1,9 bilhão, correspondente à soma dos valores globais de referência (incluídos os dados do DNIT e da Caixa).

Com essa experiência de integração entre os dois sistemas, verificou-se que o uso automatizado das tecnologias do Alice e do SAO nas análises dos editais de obras públicas é possível, sendo, contudo, necessário efetuar vários aprimoramentos nessas ferramentas para possibilitar uma análise mais precisa e veloz.

No âmbito do TC 030.126/2018-5, de relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, foi realizado levantamento destinado a identificar e conhecer os problemas sistêmicos em editais e planilhas orçamentárias de obras, a partir das publicações pelo Departamento Nacional de

Infraestrutura de Transportes – DNIT e das análises pela Caixa Econômica Federal – Caixa, com a avaliação sobre a viabilidade da realização de fiscalizações pela identificação automatizada das deficiências por meio do Sistema de Análise de Licitações e Editais (Alice) e do Sistema de Análise de Orçamento (SAO).

Em sua proposta de deliberação que embasou o Acórdão nº 3.069/2018 – Plenário, o Ministro-Substituto André Luís de Carvalho assim se pronunciou acerca das conclusões obtidas no aludido levantamento:

10. A partir, assim, da avaliação do uso do ALICE na identificação automatizada de irregularidades em obras públicas, o referido sistema tende a se constituir como o abrangente mecanismo inicial para as análises preliminares em todos os editais de licitação da administração pública. [...]

12. Por conseguinte, diante da possibilidade de uso dessa tecnologia para a área de obras, o Siob-Coinfra apontou para o necessário aperfeiçoamento do Alice por meio da criação de rotinas classificadoras dos objetos licitados (obras-equipamentos-materiais, tipos de obras e serviços, valores de referência etc.) e dos documentos (formato e conteúdo no Alice), com o uso de rotinas de identificação automática dos textos em imagens, para além de melhorias na interface e na velocidade de processamento dos algoritmos.

13. A despeito, então, de o referido uso dos sistemas (Alice e SAO) nos editais de obras potencializar a identificação das eventuais irregularidades, o TCU deve determinar que a Secretaria de Gestão de Informações – SGI avalie a possibilidade de implementação das melhorias ora anunciadas. [...]

15. Por meio, contudo, de reuniões técnicas empreendidas junto ao Comando do Exército pelo ilustre Presidente do TCU e por este Ministro-Relator, com a presença do corpo técnico do TCU e do Exército Brasileiro, ficou delineada a possibilidade de o TCU buscar integrar os seus diversos sistemas tecnológicos, dentro da subjacente “sala de situação” instituída para a formação da integrada “consciência do controle externo financeiro”, a partir da incorporação da atual plataforma multissensorial de comando e controle do Exército (Sistema Pacificador), tendo ficado definida, entre outras ações, a adoção das seguintes medidas:

(i) celebração de acordo de cooperação entre o Comando do Exército e o TCU com o intuito de viabilizar a superveniente transferência de tecnologia para a incorporação, pelo Tribunal, da atual plataforma georeferenciada do Sistema Pacificador;

(ii) implementação das subseqüentes ações para a efetiva integração dos diversos sistemas do TCU, a exemplo do Alice, do SAO e do Fiscobras, sobre a nova plataforma georeferenciada porventura desenvolvida a partir da referida incorporação do Sistema Pacificador, permitindo a integrada formação da referida “consciência do controle”, com a subjacente identificação e o contínuo acompanhamento, por exemplo, de todas as obras conduzidas ou inacabadas, de todos os serviços previstos ou adquiridos, de todas as compras ou alienações realizadas e de todas as transferências financeiras federais autorizadas ou promovidas no País, entre outras percucientes informações, por intermédio da automática visualização gráfica e textual de todos os elementos e os achados, em tempo real, dentro da aludida “sala de situação” com o seu ambiente multissensorial no TCU; e

(iii) ampliação, por exemplo, do emprego do sistema Alice para o superveniente desenvolvimento de sistema unificado federal destinado à edição automatizada de editais e de contratos públicos, entre outros instrumentos jurídicos eletrônicos, com o intuito de viabilizar a eletrônica edição desses instrumentos por todas as instituições públicas em ambiente tecnológico centralizado, permitindo o aumento da efetividade na gestão e no controle dos recursos federais por meio do automático desenvolvimento e registro padronizado das inúmeras cláusulas editalícias e contratuais, dos diversos orçamentos produzidos pela administração pública, com as supervenientes propostas oferecidas nos certames, e dos eventuais termos de aditamento celebrados em cada contrato público, entre outras relevantes informações. (BRASIL, 2018)

Como resultado das análises empreendidas nesses dois processos (TC 025.542/2017-6 e TC 030.126/2018-5), o TCU iniciou o desenvolvimento do denominado Alice Infra, que será uma nova ferramenta contemplando a evolução das análises do Alice especificamente para os editais relacionados a empreendimentos de infraestrutura, objetivando o rastreamento de inconsistências (tipologias) específicas de processos licitatórios de obras.

Em 9.7.2020, o Tribunal de Contas da União (TCU), o Ministério da Infraestrutura (Minfra) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) firmaram um acordo de cooperação técnica com o objetivo de disciplinar o intercâmbio de tecnologias, conhecimentos, informações e bases de dados entre os partícipes, por meio de suas unidades de informações estratégicas ou de controle interno, nos seguintes termos:

- I – o TCU viabilizará ao Minfra e ao DNIT acesso remoto ao Sistema de Análise de Orçamentos (SAO) e ao Sistema de Análise de Licitações e Contratos (Alice) e às soluções neles previstas para obtenção de informações que possam ser utilizadas nas atividades de competência do Minfra e do DNIT;
- II – o DNIT fornecerá ao TCU bases de informações estruturadas contendo dados de interesse do Tribunal, em especial aquelas relativas às planilhas orçamentárias dos empreendimentos sob sua responsabilidade;
- III – os resultados das análises obtidas pelos sistemas do TCU serão disponibilizados ao Minfra e ao DNIT;
- IV – o Minfra e o DNIT contribuirão com a criação de novas tipologias e melhoria das existentes, objetivando aumentar o poder de detecção das ferramentas.

Conclusão

Com a Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União absorveu competência de grande amplitude. Para exercer a adequada fiscalização das ações de governo e detectar possíveis irregularidades, é necessário que a Corte de Contas tenha uma atuação focada na otimização dos recursos disponíveis.

Importante registrar que há mais de mil órgãos da Administração Pública Federal que promovem atualmente cerca de 60 mil licitações por ano e, com a dinâmica mais célere da modalidade de pregão eletrônico, o procedimento licitatório passou a ter duração de menos de um mês. Diante desse contexto, o TCU tem que agir com eficiência e tempestividade para vencer o grande desafio de fiscalizar esses certames.

Nesse sentido, diante do novo panorama mundial em que a quarta fase da industrialização contempla inovações tecnológicas, a adoção de ferramentas baseadas em inteligência artificial (IA), no âmbito do controle externo, torna-se imprescindível.

Os sistemas Alice (Análise de Licitações e Editais), Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições), Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas), Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor), Carina (*Crawler* e Analisador de Registros da Imprensa Nacional), e Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado), bem como o LabContas (Laboratório de Informações de Controle), caracterizam-se por ser ferramentas tecnológicas, com algoritmos inteligentes, que podem trazer maior eficiência, racionalidade e principalmente tempestividade para o controle externo.

Ainda acerca da importância dessas ferramentas tecnológicas disponibilizadas no âmbito do TCU, cumpre transcrever a comunicação do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, na sessão plenária de 30.5.2018:

Na semana passada tive a oportunidade de conhecer as soluções tecnológicas disponibilizadas pelo LabContas do TCU, para saber com mais detalhes desses instrumentos que o TCU vem atualmente oferecendo a órgãos externos e às secretarias de controle externo, com vistas a garantir a boa aplicação de recursos públicos, de maneira preventiva.

Confesso que, apesar de ter plena consciência do potencial do uso da tecnologia para o controle externo, fiquei impressionado e feliz com o que vi. [...]

O LabContas é poderoso instrumento de fortalecimento do ecossistema de controle sob a coordenação do TCU. Esse arcabouço de informações e softwares abrange o desenvolvimento de algoritmos e painéis

de informação, visando ao aumento da eficiência das unidades técnicas do Tribunal e dos órgãos parceiros, como os Tribunais de Contas estaduais.

Destaca-se, além do Alice, a produção de painéis de informação, como o DGI Consultas, que permite acesso fácil a quase totalidade das bases de dados, o Mônica, que oferece uma interface amigável a base de dados do Comprasnet, o Adele, que analisa a competitividade das licitações no âmbito do Comprasnet, o painel de Índícios em Folha de Pagamento, o Observatório da Previdência Social e o Painel de Renúncia de Receitas, entre outros.

Não poderia deixar de falar sobre o robô Sofia, que possibilita, ao analisar o texto da instrução do processo, propiciar ao auditor ou assessor informações automáticas sobre, por exemplo, pessoas físicas, jurídicas, outros processos no Tribunal etc, mencionados na instrução.

O que constatei foi a imensa utilidade desses painéis, robôs e sistemas, não só para as secretarias e órgãos externos, mas também para o gabinete, tanto é que solicitei de imediato a meus assessores o aprofundamento no conhecimento deles e o uso na instrução dos processos.

Por fim, enalteço a Casa e os vários presidentes que têm dado atenção a essa importante iniciativa, bem como a dedicação das unidades técnicas envolvidas no trabalho, e expresse minha convicção da relevância desse trabalho e de que este caminho deve continuar a ser percorrido com persistência, considerando os benefícios que a tecnologia proporciona às ações de controle, potencializando a eficiência deste Tribunal e dos demais órgãos de fiscalização.

O que se observa, portanto, é que o Tribunal de Contas da União vem realizando diversas ações para desenvolver habilidades associadas à análise de dados, utilizando-se da inteligência artificial para otimizar a atuação do controle externo, tendo sido alcançados excelentes resultados, conforme excertos jurisprudenciais apresentados neste artigo.

Um passo importante nesse sentido foi a proposta de estratégia digital para os próximos cinco anos que foi referendada pelo Plenário, na sessão de 16.9.2020, com quatro temas prioritários: fiscalização de pessoal; infraestrutura; transferências da União; e acompanhamento da gestão das instituições federais de ensino (IFEs).

Segundo o Presidente do TCU Ministro José Mucio Monteiro, para cada um dos quatro temas foi elaborado um mapa específico de estratégia digital. A partir do itinerário construído nesses esquemas, pretende-se transformar digitalmente os processos de trabalho e serviços ofertados pelo Tribunal, com o propósito de aplicar o potencial transformador das tecnologias digitais emergentes, agregar novas capacidades e conceber novos modelos de atuação mais ágeis e efetivos.

Com essa estratégia, a Corte de Contas pretende redesenhar sua forma de participação no contexto digital, obtendo um crescimento exponencial na evolução tecnológica e agregando novas capacidades, com uma modelagem inovadora capaz de proporcionar uma alavancagem no impacto positivo das ações de controle externo, com uma atuação ágil que produza resultados efetivos.

Abstract: Facing the new world panorama, in the so-called fourth phase of industrialization, institutions cannot be unaware of technological innovations, whether public or private. Especially in the context of external control, the adoption of tools based on artificial intelligence (AI) is essential. The systems Alice (acronym for Tender and Bid Analysis), Monica (acronym for Integrated Monitoring for the Control of Procurement), Adele (acronym for Dispute Analysis in Electronic Tenders), Sofia (acronym for System of Guidance on Facts and Evidence for the Auditor), Carina (acronym for Crawler and National Press Records Analyzer), and Ágata (acronym for Textual Analysis Generating

Application with Learning), as well as LabContas (Control Information Laboratory), are the technological tools adopted by the Federal Court of Accounts that, with the use of intelligent algorithms, provide more efficiency, rationality and mainly timeliness for external control. Especially in a time of pandemic, these technological tools have been fundamental for the development of the work related to the confrontation of Covid-19, ensuring quality and speed to achieve the positive results that Brazilian society desires.

Keywords: TCU. Artificial intelligence. Data analysis. Covid-19.

Referências

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.091/2019* – Plenário. Ata n. 16/2019 – Plenário. Data da Sessão: 15/5/2019 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-1091-16/19-P, 2019a.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.113/2020* – Plenário. Ata n 15/2020 – Plenário. Data da Sessão: 06/05/2020 – Telepresencial. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-1113-15/20-P, 2020a.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.384/2019* – Plenário. Ata n 21/2019 – Plenário. Data da Sessão: 12/6/2019 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-1384-21/19-P, 2019b.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.461/2018* – Plenário. Ata n. 42/2018 – Plenário. Data da Sessão: 24/10/2018 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-2461-42/18-P, 2018a.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.593/2017* – Plenário. Ata n. 48/2017 – Plenário. Data da Sessão: 22/11/2017 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-2593-48/17-P, 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3.069/2018* – Plenário. Ata n. 24/2018 – Plenário. Data da Sessão: 12/12/2018 – Extraordinária de Caráter Reservado. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-3069-24/18-P, 2018b.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 915/2020* – Plenário. Ata n 12/2020 – Plenário. Data da Sessão: 15/4/2020 – Virtual. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-0915-12/20-P, 2020b.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de Relação 794/2020* – Plenário. Ata n 11/2020 – Plenário. Data da Sessão: 08/04/2020 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na internet: AC-794-11/20-P, 2020c.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.
- SILVA, Luís A. D. Uso de técnicas de inteligência artificial para subsidiar ações de controle. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 137, set./dez. 2016.
- SOUSA, Renan M. Inteligência computacional aplicada ao controle externo: classificação de padrões utilizando redes neurais artificiais. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 135, jan./abr. 2016.
- TCU. Portaria n. 296, de 18 de outubro de 2018. *Boletim do Tribunal de Contas da União – BTCU*, Brasília, n. 25, 22 out. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia Reis Leitão. Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 11-34, jan./jun. 2020.

O controle da transparência das contratações públicas durante a pandemia

Fernanda de Moura Ribeiro Naves

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo PPGDP/UFG. Especialista em Direito Processual Civil pela UFG, Direito Público pela Faculdade Fortium e Auditoria em Controle Externo pela Faculdade Fortium. Desde 2010 é Auditora de Controle Externo da área jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás.

Resumo: O presente estudo investiga os riscos provocados pela flexibilização das regras de contratação públicas decorrentes da Lei Federal nº 13.979/2020 e analisa de que maneira a transparência pode auxiliar em suas formas de controle no período da pandemia da Covid-19, dada a excepcionalidade do período atual. Após a análise do direito fundamental de acesso à informação e do princípio da transparência, foram feitas observações acerca do regramento emergencial das contratações públicas e sua transparência, bem como o seu controle. Concluiu-se que a transparência das informações públicas é uma aliada no combate à corrupção, além de ser um instrumento de relevância para o fomento do controle social, uma

vez que não pode o Poder Público imiscuir-se de dar a devida transparência aos atos praticados no período da pandemia, a bem do interesse público.

Palavras-chave: Transparência. Contratações públicas. Crise. Covid-19.

Sumário: Introdução – O direito fundamental de acesso à informação sob a ótica da transparência e a pandemia – Do regramento emergencial de contratações públicas e sua transparência – A pandemia e o controle da transparência nas contratações públicas no Brasil – Considerações finais – Referências

Introdução

O dever de transparência administrativa do Poder Público está ligado aos princípios constitucionais da publicidade e do direito de acesso às informações públicas.¹ O acesso à informação é idealizado como um direito fundamental democrático. Por sua vez, o princípio da transparência consagra a cobrança de que haja não apenas a mera publicidade dos atos da Administração Pública, mas o efetivo acesso à informação.

Martins Júnior (2010, p. 35) ressalta que a transparência administrativa é um dos fundamentos básicos do Estado democrático de direito e da moderna Administração Pública pelo acesso à informação e pela participação na gestão da coisa pública, pois diminui os espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa – ponto de partida para nichos da ineficiência, do arbítrio, da imunidade do poder e da corrupção.

Para a garantia efetiva de um Estado democrático de direito, tornou-se necessária a criação de ferramentas para a garantia ao aludido acesso às informações públicas. Nessa conjuntura, a Lei da Transparência (Lei Complementar nº 131/2009) e a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/2011) trouxeram a diretriz de fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública brasileira e a busca pelo desenvolvimento do controle social.

A noção de *accountability* governamental também passa pela necessidade de divulgar informações claras e tempestivas acerca do resultado da atuação da Administração Pública, bem como suas implicações para a sociedade. Para Cruz (*apud* SIU, 2011, p. 83-84), essa divulgação deve abranger informações quantitativas e qualitativas, disponibilizadas de forma acessível a todos os atores sociais, em meios de comunicação eficazes, com destaque para a internet.

¹ A garantia de acesso à informação pública é um dos postulados da Carta de 1789 relativa à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que garantiu, em seu art. 15, o direito de a sociedade pedir contas de todo agente público.

Assim, a transparência afigura-se como um ponto central para o exercício da *accountability* entre estados e cidadãos.

O Brasil e o mundo se encontram em um excepcional momento de calamidade pública, que demanda a adoção de medidas emergenciais para o enfrentamento/a contenção da pandemia causada pela Covid-19.

Em 30 de janeiro deste ano, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (Espin) (OPAS BRASIL, 2020). Em 20.3.2020, foi publicado, no *Diário Oficial da União*, o Decreto Legislativo nº 6/2020, que reconhece o estado de calamidade pública em razão da pandemia de Covid-19.

O Decreto Federal nº 7.257, de 4.8.2010, caracteriza a situação de emergência pela situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público do ente atingido. Por outro lado, a calamidade pública caracteriza-se pela situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que comprometam substancialmente a capacidade de resposta do Poder Público do ente atingido. O reconhecimento da situação de emergência ou o estado de calamidade pública é condição para que a Administração Pública efetue compras e contratações de serviços com o máximo de agilidade, em razão da flexibilização de grande parte das normas legais.

Diante do cenário excepcional ocasionado pela Covid-19, foi publicada uma gama de normas (VADE MECUM COVID-19, 2020) no sentido de auxiliar no combate ao enfrentamento da emergência de saúde pública, bem como definir regras para a situação do estado de calamidade.

Com o intuito de mitigar os impactos do referido surto para a atuação da Administração Pública, foi sancionada a Lei nº 13.979, de 6.2.2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência, prevendo, entre outras, um regime mais flexível de contratações. Referida lei, complementada pelas medidas provisórias nºs 926 e 951, também de 2020, entre outras, estabelecem regras excepcionais para as contratações emergenciais, tanto com dispensa de licitação quanto por pregões abreviados. Estados e municípios seguiram essa linha, regulamentando processos de contratação simplificados em seus âmbitos locais.

De fato, a flexibilização das regras para a realização de contratações públicas afigura-se necessária para possibilitar que as entidades públicas se ocupem, de maneira célere, dos desafios que o atual momento histórico impõe. Todavia, a edição da Lei nº 13.979/2020, bem como de outras normas que tratam a respeito do regime jurídico de emergência sanitária em nosso país, em virtude da pandemia do novo coronavírus, não dispensa o gestor público de cumprir o dever constitucional da transparência.

Assim, o presente artigo, mediante pesquisa bibliográfica, propõe-se a investigar os riscos provocados pela flexibilização das regras de contratação e analisar de que maneira a transparência pode auxiliar em suas formas de controle.

O direito fundamental de acesso à informação sob a ótica da transparência e a pandemia

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 37, o princípio da publicidade como um dos vetores indispensáveis à Administração Pública, garantindo pleno acesso às informações a toda a coletividade.

Ressalvadas as hipóteses de sigilo, ao princípio constitucional da publicidade e à transparência correspondem o dever do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal.

O direito fundamental de acesso à informação se faz imprescindível para a democracia plena. Um bom sistema democrático é aquele que se esforça para ter a confiança do povo nos seus representantes, o que pode ser alcançado pelo instrumento da transparência.

Nesse passo, um Estado que desobedece ao dever de transparência da Administração Pública age contra os pilares da democracia. De acordo com Bernardes (2015, p. 143), para que o dinheiro público seja gasto com diligência e o povo tenha acesso às informações é necessário que se garanta o controle dos atos dos gestores públicos.

O direito de acesso à informação como um direito fundamental, sob a ótica do princípio da transparência, tende a fortalecer a participação popular na gestão pública, com o reconhecimento do homem como ser racional e capaz de atuar como ator principal, e não apenas como um mero coadjuvante nas coisas do Estado (BERNARDES, 2015, p. 144).

Importa destacar que, apesar da existirem diversos estudos acadêmicos quanto ao tema da transparência governamental, a maioria dessa produção científica analisa cenários de normalidade. Santos e Mota (2020, p. 3719) ventilam que ainda pouco se sabe sobre o fenômeno da transparência governamental em panoramas excepcionais, como o da conjuntura atual, ocasionado pela crise sanitária internacional.

Assim, o cenário atual descortina alguns elementos inquietantes e que fazem com que se reflita sobre o comportamento das entidades públicas em relação à transparência nesse período excepcional em que vivemos, pois a transparência dos atos do Poder Público por meio do acesso à informação pública de interesse coletivo representa um direito fundamental.

Santos e Mota (2020, p. 3719) apontam cinco pontos a serem discutidos em relação à transparência e às organizações governamentais, assim resumidos: a) o papel da informação do setor público para o debate atual promovido pela sociedade a respeito da pandemia da Covid-19 (número de casos, óbitos e outros assuntos relacionados); b) importância da informação para o momento atual em relação à formulação das políticas públicas baseadas em evidências sistematizadas, sobretudo na área da saúde; c) cenário de crise instalada e a demanda e oferta, na transparência governamental, por diversos atores urgentemente interessados por dados; d) demandas por informações do serviço público quanto ao número de infectados, óbitos, pessoas recuperadas da doença, testes disponíveis, testes realizados, leitos disponíveis, quantidade de recursos aplicados, entre outros; e) resposta que os governos têm dado para as demandas por dados e informações no atual momento no país.

Nesse aspecto, Arruda (2020) sustenta que a transparência ganha ainda mais relevo durante o período da pandemia, uma vez que representa um dever do poder público, diante da situação extrema de calamidade nacional, quanto às compras e aquisições essenciais para atender às necessidades prementes:

Segundo os parâmetros estabelecidos pela *Sunlight Foundation*, a transparência caracteriza-se pela disponibilização de dados íntegros, tão completos quanto possível, de fonte primária pela Administração Pública, de forma a evitar a disseminação de notícias falsas e equivocadas.

Os dados devem ser tão atuais e disponibilizados assim que coletados, priorizando os dados cuja utilidade é sensível ao tempo. A atualização da informação em tempo real maximiza a utilidade da informação. Deve ser facilitado o acesso dos dados, dispensados formulários ou sistemas que requeiram tecnologias avançadas, e disponibilizar uma interface para usuários para descarregar instantaneamente e os meios para fazer chamadas e acesso rápido.

Deve-se estimular a leitura automatizada, evitando-se anotações escritas a mão, mais difíceis de serem processadas. A informação e arquivos devem ser guardados em formatos fáceis de serem processados. Não deve haver discriminação, permitindo o acesso de todos, a qualquer hora.

É importante que a informação disponibilizada *online* permaneça perpetuamente, sem que seja alterada, removida ou modificada sem indicação de sua alteração, ou disponibilizada como uma sequência de

dados, possível de rastrear as atualizações ocorridas no tempo, possibilitando fiscalização posterior. (ARRUDA, 2020)

Portanto, o presente estudo lança luzes em mais um ponto relevante para a discussão do papel da transparência e o comportamento dos entes públicos: aquele que diz respeito à publicidade das contratações públicas no contexto da pandemia. O momento atual, de crise, jamais vivenciado, traz aos entes públicos a incumbência de contratar com celeridade, deixando de lado o formalismo excessivo e tutelando os direitos fundamentais do ser humano, que é o direito à vida e à saúde, sem, contudo, permitir situações ilegais e permeadas de abusos e possíveis conluíus.

Do regramento emergencial de contratações públicas e sua transparência

A Lei nº 13.979, de 6.2.2020,² dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência e prevê, entre outras medidas, um novo e mais flexível regime de contratações públicas. Nesse sentido, nota-se que o §1º, art. 1º, da citada lei aponta para a proteção da coletividade, resguardando-a da pandemia como sua diretriz.

Além de outras medidas, a Lei nº 13.979/2020 (que se insere na competência privativa da União para estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal) criou uma nova hipótese de dispensa de licitação tão somente para o período de combate do vírus, conforme art. 4º a seguir transcrito:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§1º A dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no §3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o *caput* do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de:

- I - ocorrência de situação de emergência;
- II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
- III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e
- IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

² Alterada pelas medidas provisórias nºs 926/2020, 927/2020, 928/2020 e 951/2020.

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o *caput* conterà:

I - declaração do objeto;

II - fundamentação simplificada da contratação;

III - descrição resumida da solução apresentada;

IV - requisitos da contratação;

V - critérios de medição e pagamento;

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e

VII - adequação orçamentária.

§2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do *caput*.

§3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do *caput* não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

§4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o *caput*, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado.

§5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços.

§6º O órgão ou entidade gerenciador da compra estabelecerá prazo, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, entre dois e quatro dias úteis, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços nos termos do disposto no §4º e no §5º.

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição.

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

Conforme esses dispositivos, qualquer ente do Poder Público fica autorizado a dispensar a deflagração do procedimento licitatório quando, exclusivamente em função da emergência de saúde pública, buscar adquirir bens/insumos ou contratar serviços, inclusive de engenharia.

Cabe salientar que a nova hipótese de dispensa de licitação indicada não se confunde com a dispensa prevista no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993. Aquela deve ser utilizada: a)

tão somente enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus, conforme disposição do §1º do art. 4º – limite temporal; e b) especificamente para aquisição de bens, serviços ou insumos relacionados com o enfrentamento da emergência de saúde pública (art. 4º, *caput*) – limite material.

Assim, caso a Administração Pública necessite adquirir respiradores, ventiladores pulmonares, máscaras e demais insumos voltados ao atendimento de pacientes em situações graves, decorrentes da Covid-19, poderá ser realizada a contratação de empresa apta a fornecê-los, por meio do processo de dispensa de licitação (BOAVENTURA, 2020, p. 3).

Ademais, a Lei Federal nº 13.979/20 conferiu à Administração a possibilidade de realizar pesquisa simplificada de preços e, em situações excepcionais, celebrar contratação sem prévia pesquisa de preços e contratar por preços superiores aos estimados, mediante justificativa.

Para tanto, Boaventura (2020, p. 4) observa a necessidade de apresentar justificativa pela opção por esse modelo de contratação no seio do processo administrativo quando da adoção da dispensa de licitação fundamentada na Lei nº 13.979/2020. Devem ser esclarecidos a definição da escolha calcada no enfrentamento do coronavírus e o nexo de causalidade entre o fato ocorrido e a consequência jurídica objetivada nessa contratação. Ainda, a escolha da dispensa de licitação nesses termos deve ser coerente e proporcional ao tempo disponível para o atendimento da demanda.

Destaca-se, portanto, que a dispensa de licitação estabelecida pela Lei nº 13.979/2020 pode ser utilizada em tempos de crise da pandemia, mas deve existir processo administrativo registrado no órgão, devidamente justificado e motivado pelos agentes públicos.

O mesmo se diga em relação à transparência em relação a tais contratações. Todos os dados referentes às contratações relacionadas ao enfrentamento da pandemia precisam estar publicados nos sítios eletrônicos das entidades públicas, com a finalidade de se permitir o controle social sobre os gastos públicos com o objetivo de prevenir desperdícios, conflitos de interesse e outros desvios, bem como o acompanhamento dos esforços de combate à Covid-19, ademais da comparabilidade entre os preços cobrados da Administração Pública em diferentes níveis e localidades.

Relembra-se que, em 23.3.2020, o Presidente Jair Bolsonaro editou uma medida provisória que, na prática, restringia boa parte do direito de acesso à informação, garantido a brasileiros e estrangeiros por lei e pela Constituição, durante o período em que o Brasil estiver no estado de calamidade pública (CRUZ, 2020). O art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020, na verdade, não estabelecia situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transformava a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a sociedade.

Por esse motivo, na sessão de 30.4.2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou a decisão liminar em que o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu a eficácia da alteração introduzida na Lei de Acesso à Informação pela Medida Provisória nº 928/2020³ para limitar o acesso às informações prestadas por órgãos públicos durante a emergência de saúde pública decretada em razão da pandemia do novo coronavírus. A liminar foi concedida na Ação

³ “Estabelece prioridade para os pedidos de acesso à informação relacionados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. *Suspende, nas hipóteses estabelecidas, os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes.* Prevê que não correrão os prazos processuais em desfavor dos acusados e entes privados processados em processos administrativos enquanto perdurar o estado de calamidade. Suspende o transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 1990, na Lei nº 9.873, de 1999, na Lei nº 12.846, de 2013, e nas demais normas aplicáveis a empregados públicos. Revoga as disposições acerca da suspensão do contrato de trabalho contidas na Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020” (BRASIL, 2020d) (Grifos nossos).

Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.351, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Para o relator, a MP instituiu restrições genéricas e abusivas, sem qualquer razoabilidade, em ofensa a princípios constitucionais que consagram a publicidade e a transparência nos órgãos públicos, pois desde que a pandemia foi declarada não houve qualquer problema de acesso à informação, uma vez que quase 100% das informações requeridas são prestadas a distância, por meio eletrônico, tendo a Administração Pública encontrado meios para manter a prestação de serviços com total transparência.

Nesse contexto, entende-se que, além de garantir o acesso à informação e o controle pelos órgãos competentes, a transparência relacionada às contratações relacionadas à Covid-19 é um instrumento que permite a reunião de esforços da sociedade na busca de soluções para os problemas enfrentados hoje. O fato de simplificar e tornar mais ágeis os processos de compras e contratações não pode significar abrir mão do mecanismo de transparência e de controles que possam minimizar os riscos de corrupção.

Dessa feita, a utilização de recursos destinados à emergência deve ser informada pelos entes públicos de maneira completa, contínua, verificável e em linguagem de fácil compreensão pelo cidadão, de preferência em espaço destacado na página inicial do *site* do ente.

A pandemia e o controle da transparência nas contratações públicas no Brasil

Como os entes públicos estão contratando com regras excepcionais, a transparência na divulgação desses atos é fundamental para o controle dos gastos públicos, uma vez que a aquisição de bens e serviços passou a ser feita com mais rapidez e menos controle, possibilitando o surgimento de risco de desvios e corrupção.

Desse modo, o controle das contratações emergenciais especiais da Lei nº 13.979/2020 tornou-se imprescindível, bem como o controle social exercido pelos próprios cidadãos.

De acordo com o §2º do art. 74 da Constituição Federal (CF), qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Além disso, o art. 37, *caput*, da CF diz que a Administração Pública obedecerá ao princípio da eficiência, e o art. 70, *caput*, estabelece que a fiscalização a ser exercida com o apoio dos Tribunais de Contas abrange a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos praticados. Porém, para que o controle seja feito pela sociedade e pelos órgãos de controle, os entes públicos precisam fornecer os dados relativos às contratações públicas realizadas neste período excepcional.

Ressalta-se que o art. 4º, §2º, da Lei nº 13.979/2020 é expresso em determinar a imediata disponibilização de todas as aquisições ou contratações em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição, além das informações previstas no §3º do art. 8º da Lei nº 12.527/2011, conforme a seguir transcrito:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. [...]

§3º Os sítios de que trata o §2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

- II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;
- III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;
- IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;
- V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;
- VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;
- VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e
- VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. (BRASIL, 2011) (Grifos nossos)

Entretanto, nota-se que os esforços para o atendimento da transparência das contratações públicas neste período de pandemia têm produzido resultados diversos pelo Brasil. É noticiada, corriqueiramente, a aquisição superfaturada de remédios, respiradores, máscaras e outros EPIs. A pandemia conta com exemplos de suspeitas sobre contratos na área da saúde em muitos estados, como Amazonas, Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina, Roraima e Pará (VICK, 2020).

Foram criadas duas importantes ações em favor da transparência de dados para o combate à Covid-19 no Brasil, que são: o Índice de Transparência da Covid-19, criado pela Open Knowledge Brasil (OKBR),⁴ e o *Ranking* de Transparência no Combate à Covid-19, iniciativa da Transparência Internacional (TI) no Brasil.⁵

O primeiro índice, lançado em abril de 2020, busca avaliar a qualidade dos dados epidemiológicos e sanitários sobre a pandemia publicados pelos governos das capitais, dos estados e da União em seus portais oficiais e possui três dimensões de dados: conteúdo, granularidade e formato. Quanto ao conteúdo, a OKBR analisa se os entes públicos divulgam informações minuciosas dos pacientes confirmados, como idade, sexo e detalhes da hospitalização, além de dados sobre a infraestrutura de saúde, como ocupação de leitos e testes disponíveis e aplicados. No que diz respeito à granularidade, a entidade analisa se os casos são informados de forma individualizada e anônima e qual é o grau de detalhamento de sua localização (por município, bairro etc.). No que tange ao formato das informações, é mais bem avaliado quem publica painéis analíticos, planilhas em formato editável e séries históricas. Ao verificar o tipo e a qualidade das informações divulgadas, o índice atribui notas de 0 a 100, que representam o grau de transparência com que o governo daquela capital, estado ou União trata as informações relacionadas à Covid-19.

A última avaliação feita pela OKBR produziu o seguinte infográfico.

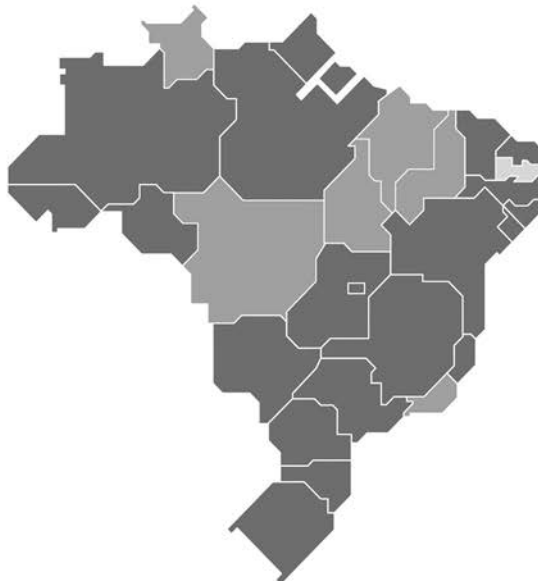
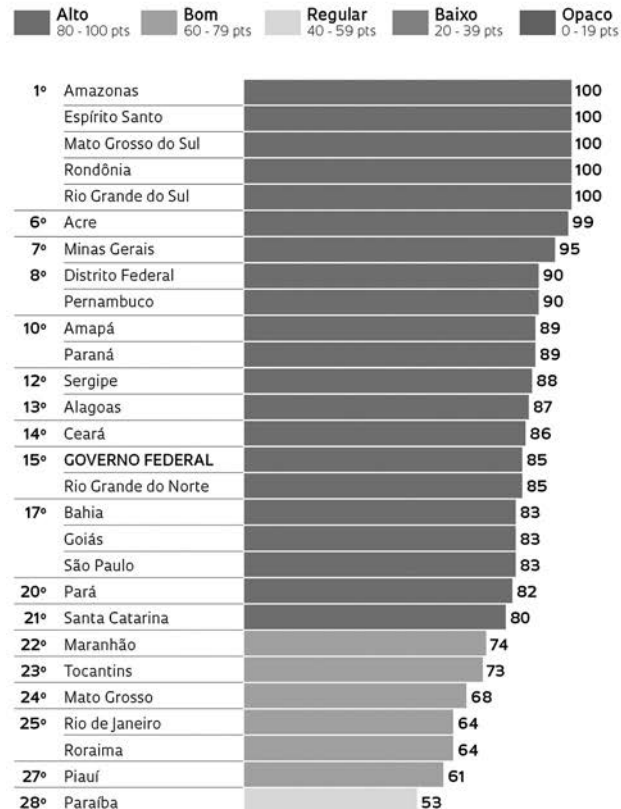
⁴ Disponível em: <https://transparenciacovid19.ok.org.br/>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁵ Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/#ranking>. Acesso em: 15 set. 2020.

Figura 1 – Infográfico sobre o índice da OKBR

O índice da OKBR ▲

ONG analisa a qualidade dos dados epidemiológicos e sanitários sobre a pandemia

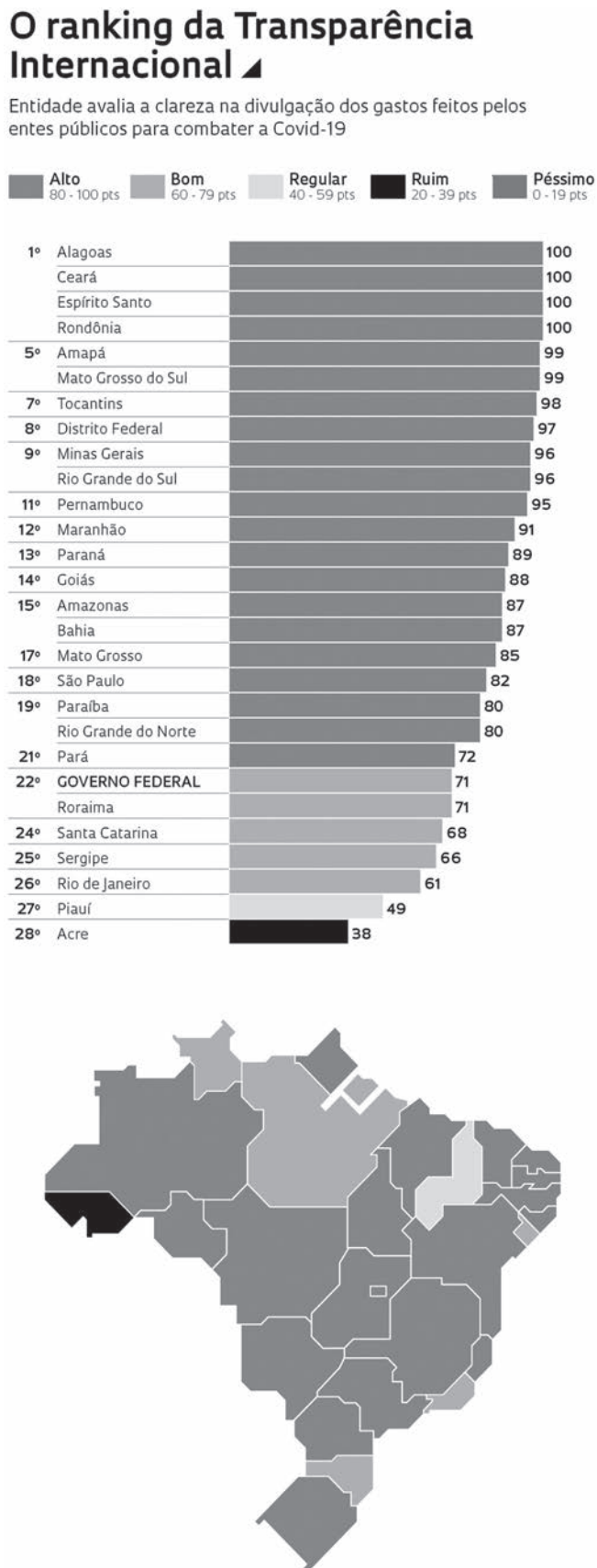


Fonte: Jokura (2020).

Já a Transparência Internacional iniciou a divulgação, a partir de maio de 2020, e focaliza sua avaliação nas contratações emergenciais de bens e serviços realizadas pela Administração Pública para combater a pandemia. Desde 1º de setembro, a TI passou a adotar critérios mais rigorosos, com o acompanhamento de doações, programas de estímulo econômico e medidas de

proteção social. A última versão do *ranking* de transparência no combate à Covid-19 foi publicada em 1º.9.2020, conforme infográfico a seguir.

Figura 2 – Infográfico sobre o índice da OKBR – Transparência Internacional



Fonte: Jokura (2020).

Para ambas entidades, o fator necessário para que os entes públicos possuam dados mais transparentes é, sem dúvidas, a vontade política dos governantes, o que pode ser incentivado com a cobrança e o acompanhamento da sociedade e dos órgãos de controle, a propiciar que tais práticas de transparência permaneçam como um legado social.

Com o intuito de prevenir e combater a corrupção no atual cenário, o Tribunal de Contas da União (TCU) e a organização não governamental Transparência Internacional – Brasil (TI) lançaram o guia *Recomendações para transparência de contratações emergenciais em resposta à Covid-19* (TCU; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL, 2020). Tal publicação destina-se a gestores públicos federais, estaduais e municipais, os quais, em razão da pandemia, devem dar cumprimento à Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19, com informações a gestores e órgãos de controle para que a União, os estados e os municípios possam conduzir de maneira adequada a administração dos recursos públicos durante a crise.

Em resumo, referida cartilha recomenda marcos normativos importantes para as contratações emergenciais, como: a) a necessidade de estados e municípios estabelecerem regras que guiarão os processos licitatórios e de contratação a serem realizados por seus órgãos, à semelhança da Lei nº 13.979/2020; b) previsão, na legislação, da criação de sítio eletrônico para a divulgação das informações sobre contratações emergenciais, conforme previsto na Lei nº 13.979, de 2020 (art. 4º, §2º); c) disponibilização das legislações federal, estadual e/ou municipal relevantes para contratações emergenciais no mesmo portal em que se encontram as informações sobre as contratações, incluídas as informações para interessados em participar dos processos de licitação e contratação direta; d) orientações para elaboração de legislação que prevejam informações suficientes sobre cada contratação emergencial para permitir o controle social sobre os gastos públicos e a comparabilidade dos preços cobrados da Administração Pública em diferentes níveis e localidades, e, ainda, atribuição aos órgãos de controle de competência para fiscalizar todas as fases dos processos relacionados às contratações; e) recomendações sobre o sítio eletrônico a que se refere o art. 4º, §2º, da Lei nº 13.979/2020, o qual deve ser um espaço específico, independente ou parte de um portal de transparência mais amplo, para divulgação centralizada de informações sobre contratações emergenciais, com divulgação destacada nos sítios eletrônicos principais do governo estadual ou municipal e em seus portais de transparência, do órgão de saúde responsável e do órgão de controle encarregado pela fiscalização daqueles gastos, assim como no portal, caso exista, dedicado às informações sobre o enfrentamento à Covid-19, e, ademais, nas redes sociais e demais canais de comunicação oficiais do governo; f) recomendações acerca das informações relativas às contratações celebradas para o enfrentamento da Covid-19, que devem ser disponibilizadas nesses sítios eletrônicos e seus prazos; g) sugestões sobre elaboração de uma lista de bens, produtos e serviços de saúde relacionados diretamente ao combate da Covid-19, que podem ser adquiridos por meio de contratações emergenciais, com o objetivo de facilitar o controle social e evitar desvios, entre outros.

A Controladoria-Geral da União lançou, em 3.7.2020, o Painel Gerencial Contratações relacionadas à Covid-19, que permite acompanhar despesas realizadas pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios para a aquisição de bens, insumos e contratação de serviços relacionados ao enfrentamento da pandemia do coronavírus (CGU, 2020). O órgão esclarece que o painel não objetiva apontar irregularidades ou situações indevidas à primeira vista, mas sim fornecer dados gerenciais e indicar aos gestores um referencial de preços nas aquisições no período da pandemia, visando auxiliar na obtenção da melhor compra e viabilizando, também, o controle social das contratações. Ressalta, ademais, que o levantamento é feito por meio de informações divulgadas desde 15.4.2020 pelos entes na imprensa oficial (*Diário Oficial da União* e dos estados/municípios), bem como nos portais da transparência mantidos por cada ente.

As iniciativas indicadas revelam que a crise ocasionada pela pandemia da Covid-19 é uma oportunidade para melhorar os processos de gestão pública e de publicação de dados relativos às contratações públicas, embasadas nas recomendações dos órgãos de controle e com o acompanhamento do comportamento das despesas realizadas, uma vez que não pode o Poder Público esquivar-se de dar a devida transparência aos atos praticados no período da pandemia.

Considerações finais

A Carta Magna de 1988 prevê expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores indispensáveis à Administração Pública, dando-lhe precedência na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a sociedade, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.

O presente artigo buscou averiguar os riscos provocados pela flexibilização das regras de contratação públicas e analisar como a transparência pode auxiliar seu controle no período da pandemia da Covid-19, uma vez que ela ganha relevo no contexto atual.

Inicialmente, analisou-se o direito fundamental de acesso à informação sob a ótica da transparência. Após, o estudo considerou o regramento emergencial das contratações públicas e sua transparência, bem como o seu controle. Com isso, notou-se que a transparência das informações públicas é uma aliada no combate à corrupção, além de ser um instrumento de relevância para o fomento do controle social.

Além disso, o momento de crise provocado pela pandemia do coronavírus e a declaração de emergência em saúde pública fez com que se publicasse a Lei Federal nº 13.979/2020, que flexibilizou os mecanismos de compras e contratações de bens e serviços relacionados ao enfrentamento da Covid-19. Assim, as compras de respiradores, máscaras e álcool em gel, entre outros itens, passaram a ser feitas com mais rapidez e menos controle.

O momento atual jamais vivenciado traz aos entes públicos o encargo de contratar de maneira célere, afastando o formalismo excessivo e tutelando os direitos fundamentais do ser humano, que é o direito à vida e à saúde, sem, no entanto, permitir situações ilegais e permeadas de abusos.

Conclui-se que, se por um lado é necessária a mudança de mentalidade para a admissão da aplicação de normas mais flexibilizadoras quanto às contratações públicas, evitando a burocracia e a demora nos certames, por outro não pode o Poder Público imiscuir-se de dar a devida transparência aos atos praticados no período da pandemia, a bem do interesse público.

Nessa conjuntura, a transparência surge como remédio para o combate a possíveis riscos de corrupção e desvios.

Abstract: This study investigates the risks caused by the relaxation of public procurement rules resulting from Federal Law nº 13.979/2020 and to analyze how transparency can assist in its control methods during the Covid-19 pandemic period, given the exceptionality of the current period. After analyzing the fundamental right of access to information and the principle of transparency, observations were made about the emergency regulation of public contracts and their transparency, as well as their control. It was

concluded that the transparency of public information is an ally in the fight against corruption, besides being an instrument of relevance for the promotion of social control, since the public power cannot interfere with giving due transparency to acts practiced during the pandemic period, in the public interest.

Keywords: Transparency. Public procurement. Crisis. Covid-19.

Referências

- ARRUDA, Carmen Silva Lima. Transparência na administração pública para enfrentamento da Covid-19. *Jota*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/transparencia-na-administracao-publica-para-enfrentamento-da-covid-19-24032020>. Acesso em: 17 set. 2020.
- BERNARDES, Camila Fernandes Santos. *O direito fundamental de acesso à informação: uma análise sob a ótica do princípio da transparência*. 2015. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.
- BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro. *Breves considerações sobre a Lei 13.979/2020 e a pandemia do coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Artigo-Carmen-VersA%CC%83%C2%A3o-final.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.
- BRASIL. *Decreto Federal nº 7.257, de 4 de agosto de 2010*. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6/2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009*. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. *Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasília, 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 20 set. 2020.
- BRASIL. *Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Brasília, 2020d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.
- BRASIL. *Medida Provisória nº 951, de 15 de abril de 2020*. Estabelece normas sobre compras públicas, sanções em matéria de licitação e certificação digital e dá outras providências. Brasília, 2020e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv951.htm. Acesso em: 20 set. 2020.
- CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Contratações relacionadas ao Covid-19*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieTEONzc4NDctMTI0OC00OWVjLThjMmQtM2U3MTFkY2U2MTU2liwidCI6IjY2NzhkOWZlTA5MjEtNDE3ZC04NDExLTVmMWMxOGRlZmJiYjI5>. Acesso em: 18 set. 2020.
- CRUZ, Isabela. *Asuspensão da Lei de Acesso à Informação em meio à pandemia. Nexo*, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/03/25/A-suspens%C3%A3o-da-Lei-de-Acesso-%C3%A0-Infoma%C3%A7%C3%A3o-em-meio-%C3%A0-pandemia>. Acesso em: 18 set. 2020.
- JOKURA, Tiago. Transparência de dados é essencial na pandemia. *Boletim Pesquisa Fapesp – Guia do Covid-19*, 17 set. 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/transparencia-de-dados-e-essencial-na-pandemia/>. Acesso em: 18 set. 2020.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OPAS BRASIL. *OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto do novo coronavírus*. 30 jan. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:

oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em: 16 set. 2020.

OPEN KNOWLEDGE BRASIL. Índice de transparência da Covid-19. 2020. Disponível em: <https://transparenciacovid19.ok.org.br/>. Acesso em: 13 set. 2020.

SANTOS, Jaedson Gomes do; MOTA, Flávio Perazzo Barbosa. A transparência governamental em tempos de Covid-19: reflexões do quadro brasileiro. *Revista Eletrônica Gestão & Sociedade*, v. 14, n. 39, p. 3716-3724, 2020. Especial Covid-19. Disponível em: <https://ges.emnuvens.com.br/gestoesociedade/article/view/3288/1473>. Acesso em: 7 set. 2020.

SIU, Marx Chi Kong. Accountability no setor público: uma reflexão sobre transparência governamental no combate à corrupção. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 1, n. 122, p. 78-87, set./dez. 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F2C3B46014F3D59CFC10A58>. Acesso em: 16 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 6351*. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL (BRASIL). *Recomendações para Transparência de contratações emergenciais em resposta à Covid-19*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-e-transparencia-internacional-lancam-guia-de-recomendacoes-para-contratacoes-emergenciais-em-razao-da-covid-19.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL (BRASIL). *Ranking de Transparência no combate à Covid-19*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 20 set. 2020.

VADE MECUM COVID-19. *Leis e portarias*. Disponível em: <https://www.tcmgo.tc.br/site/wp-content/uploads/2017/06/Vade-Mecum-Covid-19-Leis-e-Portarias.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

VICK, Mariana. Qual a transparência federal na pandemia, segundo este estudo. *Nexo*, 3 ago. 2010. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/08/03/Qual-a-transpar%C3%Aancia-federal-na-pandemia-segundo-este-estudo>. Acesso em: 15 set. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NAVES, Fernanda de Moura Ribeiro. O controle da transparência das contratações públicas durante a pandemia. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 35-48, jan./jun. 2020.

O impacto do teletrabalho na efetividade dos resultados do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Mirtes Conrado Dias de Oliveira

Especialista em Gestão de Pessoas pela Fundação Getúlio Vargas, Belo Horizonte/MG, Brasil. Especialista em Criminologia pela Acadepol – Polícia Civil de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil e em Controle Externo pela Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil. Servidora do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Resumo: O teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância desenvolvida por meio de uso de tecnologia da informação e comunicação e promove uma cultura organizacional orientada ao resultado e não ao tempo trabalhado, gerando benefícios ao planejamento estratégico das organizações, que podem fazer sua avaliação de desempenho analisando resultados. No Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, o teletrabalho foi implantado como plano piloto por um ano e, após esse período, devido à superação das metas estabelecidas e à detecção dos impactos significativos na qualidade de vida, produtividade, motivação e comprometimento do servidor, o *home office* foi introduzido definitivamente na instituição. Para aferir

o grau de efetividade do teletrabalho, foi realizada uma pesquisa com servidores envolvidos na modalidade e seus respectivos gestores. A enquete indicou um resultado bastante exitoso sobre os itens propostos. Algumas ações necessárias foram identificadas para uma melhor integração do servidor em teletrabalho à sua equipe e desenvolvimento de perfis de liderança.

Palavras-chave: Teletrabalho. *Home office*. Produtividade. Qualidade de vida. Desempenho.

Sumário: Introdução – Referencial teórico – Metodologia – Resultados – Análise de dados – Conclusão – Referências

Introdução

Em 2017, quando o Governo Federal promulgou a Reforma Trabalhista, o *teletrabalho*, nome formal do regime de *home office*, entrou definitivamente na legislação brasileira, propiciando segurança jurídica para que cada vez mais organizações adotassem essa modalidade de trabalho.

Os principais objetivos do *home office* são promover a cultura orientada a resultados, com foco no aperfeiçoamento da eficiência e efetividade dos serviços prestados à sociedade; desenvolver a capacidade gerencial; aumentar a produtividade e a qualidade do trabalho dos servidores; promover meios para atrair, motivar e comprometer os servidores com os objetivos da instituição; economizar tempo e custo de deslocamento dos servidores até o local de trabalho; contribuir para a melhoria de programas socioambientais, com a diminuição de poluentes e a redução no consumo de água, esgoto, energia elétrica, papel e outros bens e serviços disponibilizados na instituição; ampliar a possibilidade de trabalho aos servidores com dificuldade de deslocamento; possibilitar a melhoria da qualidade de vida dos servidores; estimular o desenvolvimento de talentos, o trabalho criativo e a inovação; respeitar a diversidade e considerar a variabilidade pessoal, dos contextos de produção e das condições de trabalho para a concepção e implementação de avaliação e alocação de recursos.

O servidor em regime de *home office* é beneficiado com maior tempo para convivência familiar; redução de gastos com vestuário e transporte; possibilidade de gerenciar a própria rotina e o horário de trabalho e, como contraprestação, dado o interesse público, é de se esperar que a produtividade do servidor em *home office* seja maior que dos demais servidores da mesma unidade. O direito ao tempo livre que surge dessa modalidade de trabalho está diretamente relacionado à capacidade do servidor de autogerenciamento do tempo. O servidor passa a ser remunerado por produtividade e não mais por horas trabalhadas, ou seja, a administração do tempo ficará sob a sua responsabilidade.

Também no serviço público brasileiro, essa prática já é uma realidade desde 2005, sendo pioneira a empresa de informática vinculada ao Ministério da Fazenda, o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro).

No Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCEMG), o Programa de Teletrabalho, regido pela Portaria nº 60/2017, foi idealizado a partir do projeto-piloto com prazo de duração de um ano, iniciando-se em agosto de 2017. Segundo o art. 6º da referida portaria, a meta de desempenho do servidor em regime de *home office* será, no mínimo, 20% superior à estipulada para os servidores que executam as mesmas atividades nas dependências do Tribunal.

É importante informar que o normativo em vigor, à época, Portaria nº 60/2018, limita a participação no *home office* a servidor estável e à realização de atividades cujas atribuições sejam possíveis, em função da característica do trabalho, mensurando objetivamente o seu desempenho. A modalidade fica vedada apenas a servidores em estágio probatório, que desempenhem atividades de atendimento ao público externo e interno, ou cujas atribuições exijam a sua presença física no TCEMG; ocupantes de cargo de direção, chefia e assessoramento; aquele que possua função gratificada e que, de qualquer forma, tenha equipe de trabalho sob sua responsabilidade ou coordenação e o que tenha incorrido em falta disciplinar, apurada mediante procedimento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, cujo relatório final tenha concluído pela sua culpabilidade.

Consta no referido normativo os critérios para priorização do servidor interessado, as vedações, bem como a previsão da necessária manutenção da capacidade plena de funcionamento das unidades organizacionais participantes da experiência-piloto. Podendo a participação se limitar a 30% dos servidores da unidade.

Foi criado um comitê gestor responsável pela implantação do trabalho a distância com competência de monitorar a implantação, avaliar e dar publicidade dos resultados alcançados, propor medidas corretivas, quando necessário, consolidar relatórios sobre as atividades desenvolvidas e sobre os resultados aferidos.

As metas acordadas entre gestores e servidores obedeceram aos critérios de alta, média e baixa complexidade dos processos nas unidades técnicas, sendo feita uma triagem prévia destes.

No quarto trimestre, o comitê gestor acatou a sugestão da adoção da Calculadora do Dimensionamento da Força de Trabalho (DFT) para previamente detalhar graus de complexidade e, em razão disso, rever as metas, se necessário.

É importante ressaltar que a Superintendência de Controle Externo desenvolveu uma planilha de utilização obrigatória pelas unidades, na qual, a partir de metas mensais definidas para cada servidor, é possível que o coordenador, ao informar o número de dias úteis trabalhados pelo servidor naquele mês, obtenha a meta efetiva a ser cumprida pelo servidor no período.

As metas foram definidas tomando como referência a existência de 22 dias úteis no mês, de modo que, nos meses em que o servidor, em razão de feriados, férias ou licenças, trabalhar menos dias, sua meta será calculada proporcionalmente, observando o arredondamento padrão em caso de números fracionados (fração menor que 0,5 gera arredondamento para baixo, e igual ou maior que 0,5 acarreta o arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente).

O foco da experiência-piloto do TCEMG foi na redução de estoques processuais existentes na unidade técnica, o que gerou uma movimentação de servidores para as áreas em que existem acúmulos de processos, demandando maior força de trabalho para seu enfrentamento. Neste sentido, o teletrabalho favoreceu movimentações com foco no alcance de melhores resultados institucionais.

Foram selecionados servidores das seguintes unidades: Coordenadoria para Otimização da Análise de Processos; 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios; Coordenadoria de Fiscalização de Benefícios Previdenciários dos Municípios e 3ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado.

Visando à implementação assertiva dessa modalidade, em regime experimental, foi elaborado e disponibilizado um manual sobre o *home office*, detalhando a atividade, os direitos e as obrigações, o perfil necessário, os riscos e as precauções quanto ao melhor aproveitamento do tempo, a orientação sobre postura e a ergonomia.

A Diretoria de Gestão de Pessoas auxiliou os gestores na análise do perfil do interessado favorecendo a sua decisão, utilizando testes e entrevistas aos servidores e gestores, e realizou treinamento de gestores e servidores. A Diretoria de Tecnologia da Informação disponibilizou laboratório denominado *Home Office* Assistido, possibilitando ao servidor um período de treinamento e adaptação ao trabalho fora das dependências de sua unidade, como se estivesse em casa. Neste momento, foi possível testar a ferramenta VPN disponibilizada para acesso remoto, que permite acesso de casa a todas as ferramentas e sistemas do TCEMG, garantida a integridade e a segurança dos sistemas. Também foi disponibilizado Skype para viabilizar a interação com o gestor e os demais colegas, de forma a continuar com acesso à cultura organizacional.

Os resultados dos três trimestres foram satisfatórios, alcançando os seguintes percentuais: a) otimização da análise de processos superou a meta em 79% do esperado; b) 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios superou a meta em 15%; c) Coordenadoria de Fiscalização de Benefícios Previdenciários do Estado superou a meta em 75%. Vale ressaltar que, em alguns casos, os servidores em *home office* retornaram às unidades para substituir seus gestores.

Não apenas as metas estabelecidas foram superadas como também os gestores relataram melhoria da qualidade técnica dos trabalhos. Os servidores também afirmaram que, além da melhoria na qualidade de vida, a ausência de interrupção, quando estão trabalhando em casa, favorece a concentração e o foco em sua atuação.

Diante dos resultados alcançados, foi autorizada pela Presidência a inclusão de novos servidores da unidade técnica na experiência-piloto e, no primeiro mês de trabalho, o comitê avaliou os resultados como positivos. Constatou-se que o comprometimento do gestor no monitoramento do cumprimento da meta, atuando como parceiro na orientação, avaliação e estimulação dos resultados é fator preponderante para o sucesso da experiência.

Nessa nova etapa, foram reavaliados os resultados de uma pesquisa veiculada na intranet no início do projeto para mapeamento de servidores e áreas de interesse, uma vez que o foco do projeto-piloto foram os analistas de controle externo, lotados apenas na unidade técnica. Além de solicitações de outros analistas de controle externo, também chamou a atenção o interesse de servidores detentores de outros cargos, como oficiais de controle externo, em participar do *home office*, sobretudo alguns lotados na área-meio, o que demandou a verificação da possibilidade de ampliação da modalidade para outras unidades que tenham condições de mensuração de suas atividades.

Neste sentido, havendo possibilidade de mensuração da produtividade e respeitadas as atribuições exclusivas de cada cargo, bem como a anuência e o acompanhamento do cumprimento da meta estabelecida pelo gestor da unidade, não existe impedimento da participação de oficiais de controle externo.

Ademais, ressalta-se que existem unidades no TCEMG com acúmulo de serviços e grandes dificuldades no cumprimento de metas mensuráveis realizadas, também, por oficiais, destacando-se algumas atribuições: a) realizar tarefas de auxílio ao corpo técnico em suas rotinas de trabalho (classe D); b) colaborar no exame e na instrução dos processos de competência do Tribunal, sob aspecto legal e técnico (classe C); c) desenvolver estudos, pesquisas e projetos objetivando o aprimoramento do serviço e a execução de programas especiais na respectiva área de atuação, envolvendo matéria de maior complexidade que exija conhecimentos em nível de pós-graduação (classe B).

Devido ao êxito verificado após um ano da experiência-piloto do *home office*, foi proposta a institucionalização dessa modalidade de trabalho no âmbito do TCEMG, favorecendo a sua ampliação às unidades de trabalho interessadas, que guardarem conformidade com as diretrizes do referido modelo, resguardando as questões tecnológicas e de integridade e segurança dos sistemas de informação do TCEMG.

A Resolução nº 16/2018, de 31.10.2018 institucionalizou no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais o *teletrabalho*, em substituição ao termo *home office*. Na modalidade teletrabalho, até a presente data, participam 33 servidores, distribuídos em 19 unidades institucionais. O presente estudo se fez necessário para avaliar a efetividade do teletrabalho no TCEMG, sob o aspecto de produtividade, qualidade do trabalho e qualidade de vida dos servidores.

Referencial teórico

Em meados dos anos 90 do século XX, surgiu a era da informação, que se caracteriza pelas rápidas mudanças na tecnologia da informação e conexão global. A competitividade se intensificou e a agilidade e a adaptação foram necessárias para a criação de oportunidades e novos produtos e serviços. O conhecimento passou a ser um recurso valioso e lucrativo. Assim, pessoas e seus conhecimentos, habilidades e competências passaram a ser a base das organizações (CHIAVENATO, 2004).

Com o avanço tecnológico, as distâncias foram ficando relativas e há um maior fluxo de informação sem que seja necessário deslocamento físico. “Os espaços geográficos encontram-se cada vez menores e mais próximos, as barreiras quase que inexistem” (ROCHA; MUNIZ, 2013, p. 113). O avanço tecnológico e a ampliação das redes de comunicação influenciam a forma como o trabalho é realizado e impulsionam as empresas a aprimorarem suas estratégias de negócio (YOLE, 2015).

O teletrabalho surge no contexto de novas formas de trabalho sugeridas na globalização neoliberal e do toyotismo, e se caracteriza por descentralizar os serviços da empresa, que passam a ser feitos em diversos lugares por meios de utilização de tecnologias da informação. O teletrabalho possibilita que o trabalho chegue ao trabalhador em vez de levar este ao trabalho (LEITE; MULLER, 2017). O termo “teletrabalho” surge da expressão *telecommuting*, que do inglês *commuting* significa “ida e volta de casa ao trabalho”. Na Europa o termo utilizado é *telework*, que originou a palavra em português “teletrabalho”, que significa “a atividade profissional exercida, periodicamente, fora da empresa [...] substituindo as idas e voltas do trabalho por tecnologia de telecomunicações, computadores e outros recursos” (YOLE, 2015, p. 14).

O teletrabalho é considerado qualquer tipo de prestação de serviços a distância, com a utilização de instrumentos de informática. “Todo teletrabalho é considerado trabalho a distância, mas nem todo trabalho a distância pode ser considerado teletrabalho” (ROCHA; MUNIZ, 2013, p. 103).

Nele a empresa deve ter um planejamento de metas muito bem definido para que a gestão de resultados tenha processos mais objetivos; portanto, a organização passa a trabalhar com foco nos resultados, trazendo novas perspectivas sobre a avaliação de desempenho, que avaliará a produtividade e não somente características pessoais do trabalhador. Além do mais, os trabalhadores em teletrabalho são mais produtivos, pois sofrem menos interrupções, conseguindo, assim, desenvolver mais atividades em um único dia (LEITE; MULLER, 2017).

Além dos benefícios de mudança de tipo de gestão, o teletrabalho traz benefícios para o trabalhador, que pode gozar de maior qualidade de vida, reduzindo estresse com o trânsito, utilizando seu tempo para investir em cursos e melhorar o contato com a família. O teletrabalho ainda abre a possibilidade de contratação de pessoas que moram mais distantes da empresa, desonera os transportes públicos e reduz a quantidade de carros na rua, o que reduz a emissão de gás carbônico e poluentes no ambiente. No serviço público, a redução de custos que o teletrabalho proporciona pode ser utilizada como capital investido em outras necessidades da população (LEITE; MULLER, 2017).

Rocha e Muniz (2013) chamam atenção ao fato de que, ao mesmo tempo em que é benéfico, o teletrabalho deve ter atenção dos trabalhadores no que diz respeito a limites de tempo e espaço para não misturarem o espaço de descanso com o de trabalho, nem o tempo de trabalho com o de lazer, descanso e afazeres diversos.

A adoção do teletrabalho no nosso país encontra algumas barreiras, em virtude basicamente da “exigência da presença física no local de trabalho”, como também do hábito do funcionário ser tratado de forma paternalista e ter dificuldades para administrar seu tempo. (MELLO *apud* LEITE; MULLER, 2017)

O teletrabalho propicia no servidor um sentido para a laboração na medida em que ele se sente valorizado, despertando nele entusiasmo e propósito, traduzidos pela paixão pelas suas atividades. Como diz Gibran (2003), “Todo saber é vão, exceto quando há trabalho. E todo trabalho é vazio, exceto quando há amor. E quando trabalhais com amor, vós vos unis a vós próprios, e uns aos outros, e a Deus”.

Segundo Silva, Vieira e Pereira (2015), apenas metade do tempo previsto de trabalho é gasto no trabalho em si quando comparado ao trabalho feito em domicílio. O tempo restante é gasto com interrupções, deslocamento, pausas etc.

O teletrabalho apresenta um novo modelo de negócio; portanto, um novo modelo de gestão do negócio. A atuação do gestor pode ser vista como fator determinante do sucesso do modelo de gestão organizacional, pois é por meio dele que as ferramentas de gestão ganham vida (SILVA; VIEIRA; PEREIRA, 2015).

Nessa modalidade de trabalho, em vez de renunciar ao controle sobre as atividades do funcionário, o empregador realiza-o por meios informatizados (ROCHA; MUNIZ, 2013). No teletrabalho, as ferramentas tradicionais de regulação são ineficazes, devendo ser focadas na autogestão e cumprimento de metas em vez de tempo de trabalho, ou seja, a supervisão física é substituída por monitoramento de resultados a distância. Para isso, gestores devem ter uma relação de maior confiança com seus subordinados. Quando o gestor investe confiança no seu funcionário, ele estimula no teletrabalhador a capacidade de se autogerenciar (SILVA; VIEIRA; PEREIRA, 2015).

Além disso, a comunicação do setor por intermédio do gerente com o funcionário em teletrabalho deve ser eficaz para que o trabalhador não se sinta excluído da equipe, atentando-se que “o delicado equilíbrio se encontra em estar em contato e se sentir importunado, de um lado, e ser abandonado, de outro” (NILLES *apud* SILVA; VIEIRA; PEREIRA, 2015, p. 50).

O perfil do telegerente não se distingue de um gerente tradicional; contudo, a ausência de competências específicas, como maior habilidade de comunicação, pode dificultar ou inviabilizar o processo do teletrabalho. Uma postura mais flexível de gestão será necessária para lidar com as peculiaridades inerentes ao teletrabalho. (SILVA; VIEIRA; PEREIRA, 2015, p. 51)

Metodologia

A pesquisa se deu por meio de perguntas direcionadas aos servidores em teletrabalho do TCEMG e aos seus gestores a fim de verificar a efetividade dos resultados do teletrabalho. O questionário foi enviado por *e-mail*, em que os participantes responderam em uma escala de *um a cinco* seu nível de satisfação com o trabalho, com as atividades desempenhadas, com seus colegas de trabalho e com seus gestores, em que um é “muito insatisfeito”, dois é “insatisfeito”, três é “indiferente/não sei dizer”, quatro é “satisfeito” e cinco é “muito satisfeito”.

As perguntas para os servidores em teletrabalho foram as seguintes: 1) Há quanto tempo está em teletrabalho? 2) De forma geral, como você avalia sua satisfação com o teletrabalho? 3) Como você avalia a qualidade do seu trabalho desde que começou no teletrabalho? 4) Como você avalia o desempenho/a produtividade do seu trabalho desde que começou no teletrabalho? 5) Como você avalia a preparação pelo TCEMG para ingressar nesse trabalho? 6) Como você avalia a sua qualidade de vida desde que começou no teletrabalho? 7) Como você avalia seu desenvolvimento de talentos, criatividade e inovação desde que começou no teletrabalho? 8) Como você avalia sua autonomia? 9) Como você avalia o cumprimento das suas metas de trabalho? 10) Como você avalia sua disciplina? 11) Como você avalia o relacionamento com colegas? 12) Como você avalia o relacionamento com seu gestor? 13) Você se sente isolado do TCEMG? 14) Como você avalia as ferramentas disponíveis que existem no TCEMG para o desenvolvimento das suas atividades em casa? 15) O teletrabalho atendeu às suas expectativas?

Foram feitas também perguntas dissertativas a eles: 1) Quais as dificuldades que você encontra no teletrabalho? 2) Quais os benefícios que o teletrabalho trouxe para você?

Para os gestores, foram feitas as seguintes perguntas: 1) Como você avalia a qualidade do trabalho dos servidores em teletrabalho? 2) Como você avalia a contribuição do servidor para a produtividade para sua unidade? 3) Como você avalia o relacionamento entre você e o servidor? 4) Na sua opinião, houve comprometimento do relacionamento do servidor em teletrabalho com seus colegas de equipe? 5) Como você avalia o nível de comprometimento e engajamento desse servidor *antes* do teletrabalho? 6) Como você avalia o nível de comprometimento e engajamento desse servidor *depois* do teletrabalho? 7) Como você avalia a negociação das metas/atividades entre você e os servidores?

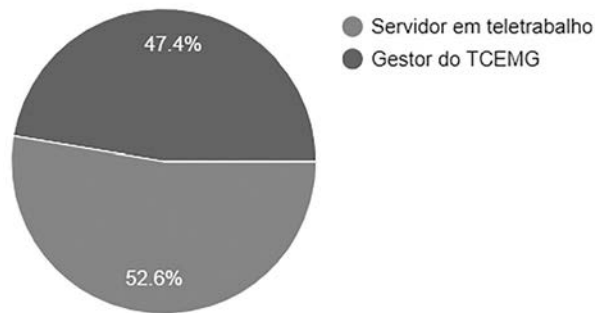
As perguntas dissertativas a eles foram: 1) O teletrabalho abriu possibilidade para novas ferramentas de gestão? Ajudou-o como líder? 2) O que é mais desafiador com o servidor no teletrabalho? 3) Há diferença na forma de aferir as metas dos servidores em teletrabalho e o servidor presencial?

Para gestores e servidores em teletrabalho, também foi deixado um espaço para considerações que eles gostariam de fazer e que não foram diretamente perguntadas.

Resultados

A amostra se deu com 38 participantes, dos quais 52,6% são servidores em teletrabalho e 47,4% são gestores desses servidores.

Gráfico 1 – Você é



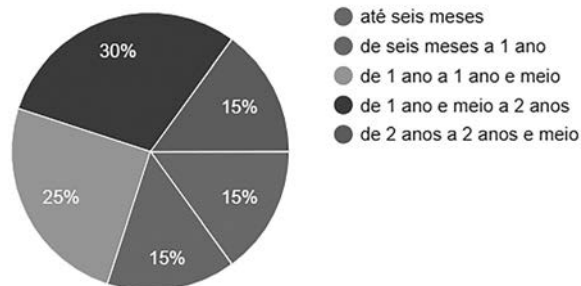
Fonte: Google Formulários.

As respostas específicas foram organizadas de forma seriada para melhor compreensão.

Perguntas aos servidores em teletrabalho:

1) Há quanto tempo está em teletrabalho?

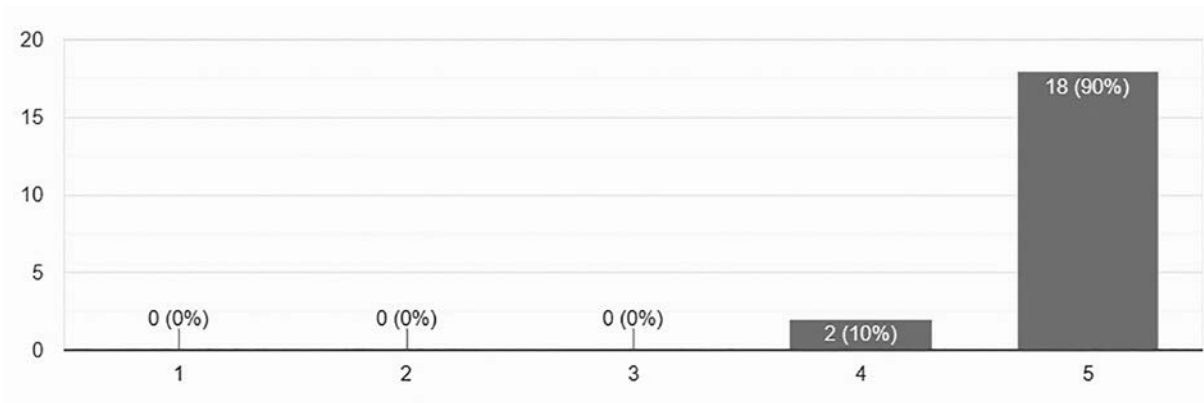
Gráfico 2 – Há quanto tempo está em teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

2) De forma geral, como você avalia sua satisfação com o teletrabalho?

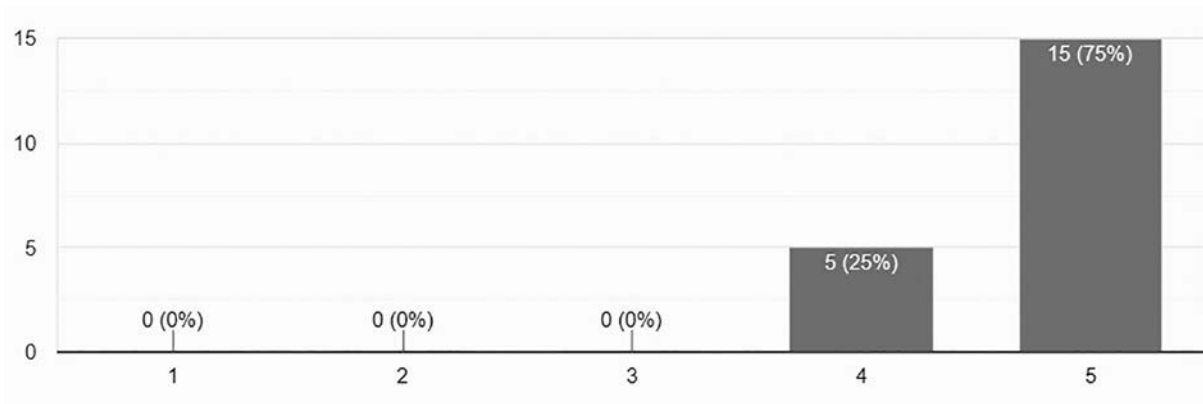
Gráfico 3 – De forma geral, como você avalia sua satisfação com o teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

3) Como você avalia a qualidade do seu trabalho desde que começou no teletrabalho?

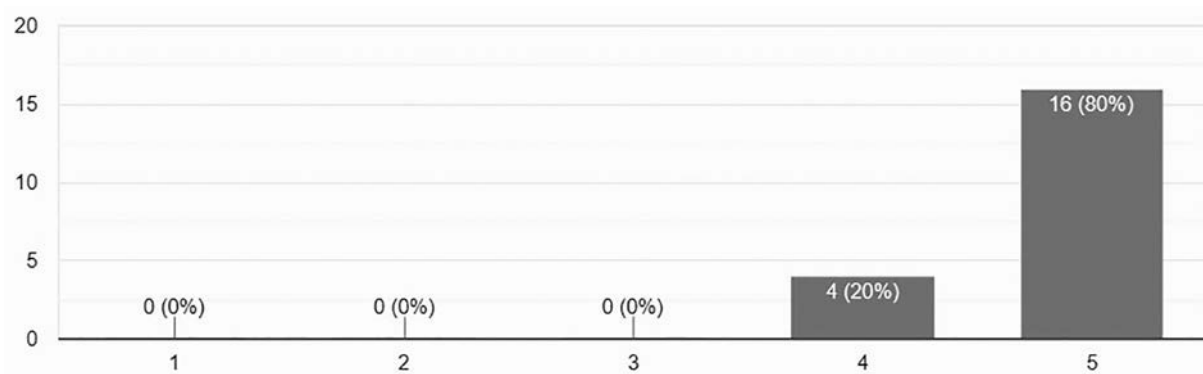
Gráfico 4 – Como você avalia a qualidade do seu trabalho desde que começou no teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

4) Como você avalia o desempenho/produktividade do seu trabalho desde que começou no teletrabalho?

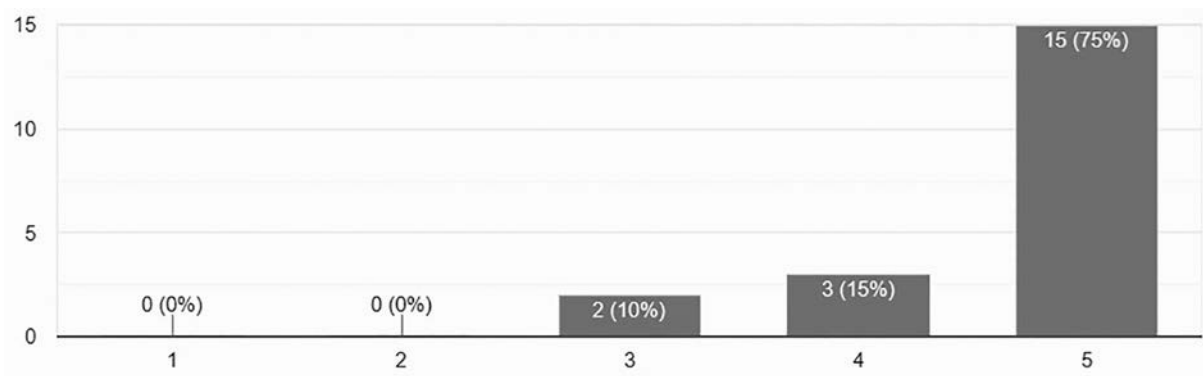
Gráfico 5 – Como você avalia o desempenho/produktividade do seu trabalho desde que começou no teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

5) Como você avalia a preparação pelo TCEMG para ingressar nesse trabalho?

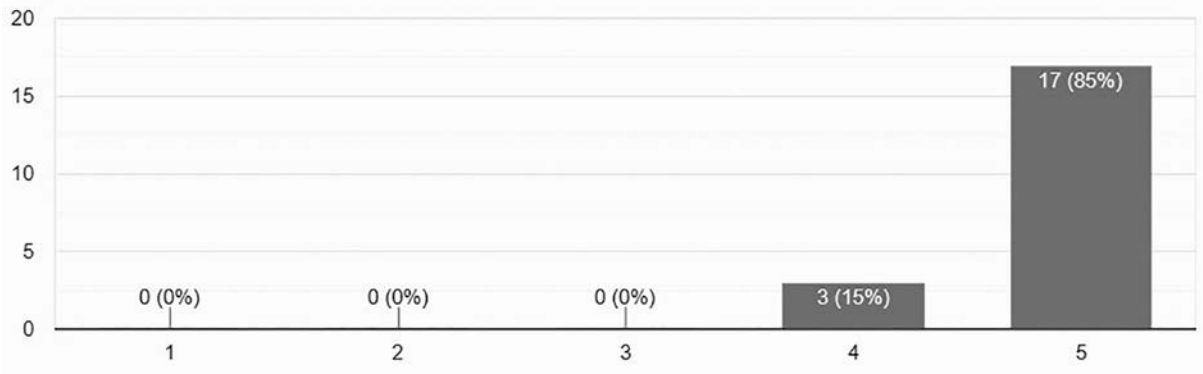
Gráfico 6 – Como você avalia a preparação pelo TCEMG para ingressar nesse trabalho?



Fonte: Google Formulários.

6) Como você avalia sua qualidade de vida desde que começou no teletrabalho?

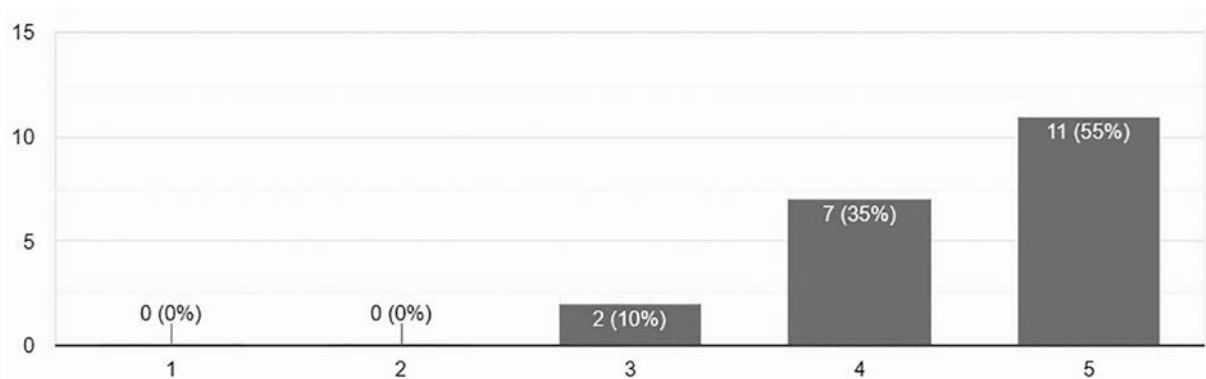
Gráfico 7 – Como você avalia sua qualidade de vida desde que começou no teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

7) Como você avalia seu desenvolvimento de talentos, criatividade e inovação desde que começou no teletrabalho?

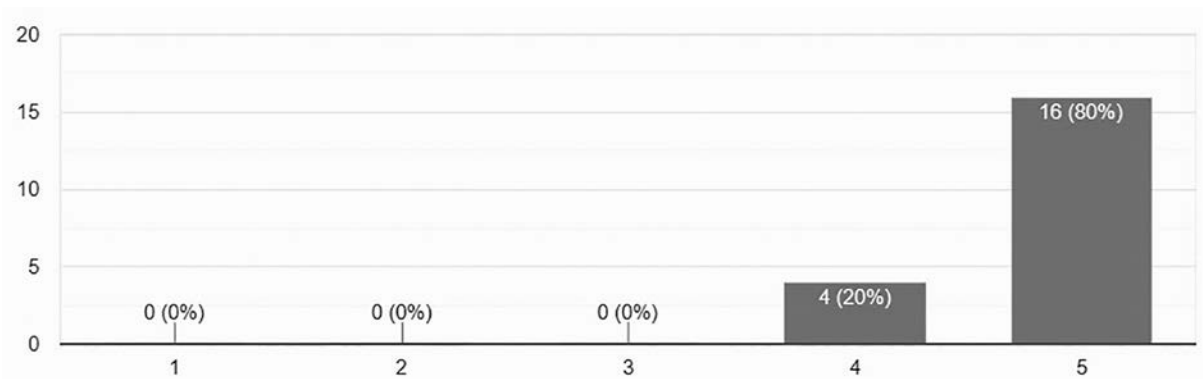
Gráfico 8 – Como você avalia seu desenvolvimento de talentos, criatividade e inovação desde que começou no teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

8) Como você avalia sua autonomia?

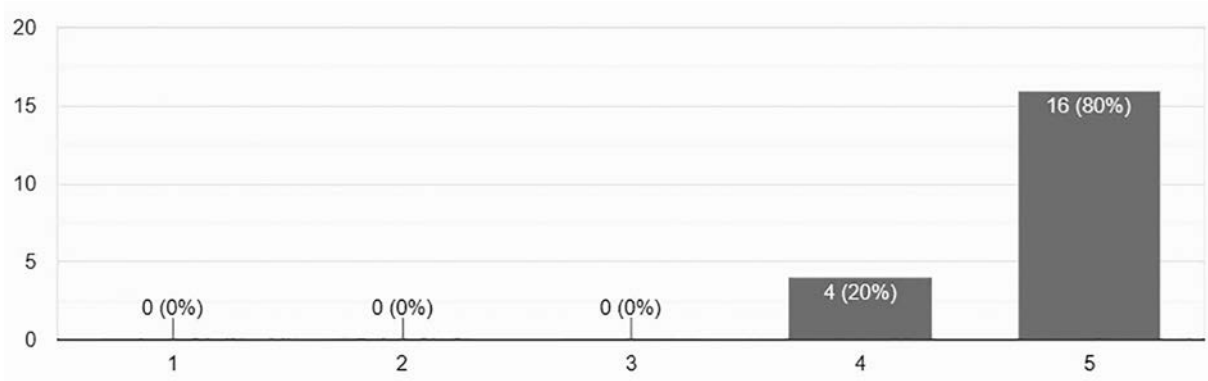
Gráfico 9 – Como você avalia sua autonomia?



Fonte: Google Formulários.

9) Como você avalia o cumprimento das suas metas de trabalho?

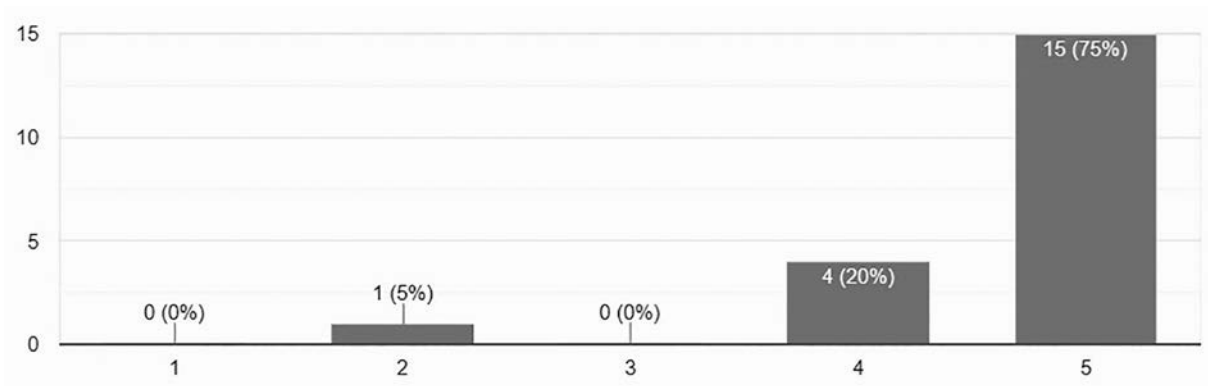
Gráfico 10 – Como você avalia o cumprimento das suas metas de trabalho?



Fonte: Google Formulários.

10) Como você avalia sua disciplina?

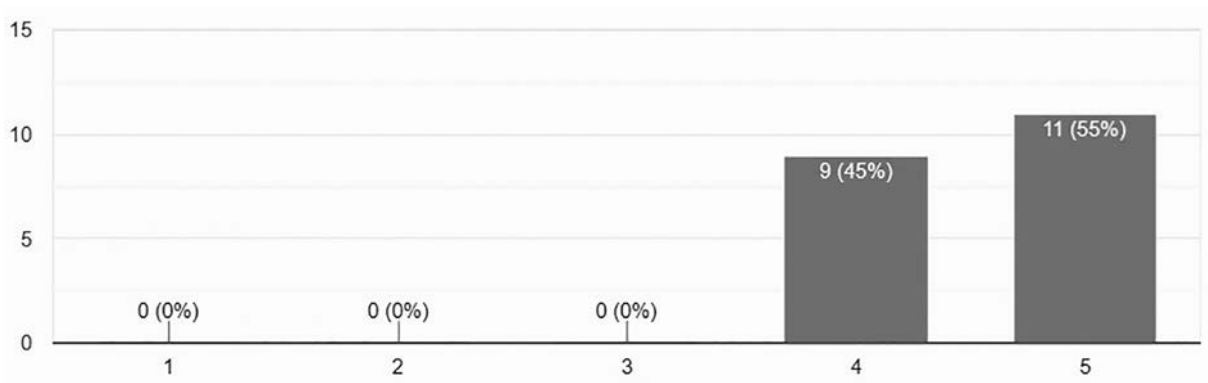
Gráfico 11 – Como você avalia sua disciplina?



Fonte: Google Formulários.

11) Como você avalia o relacionamento com colegas?

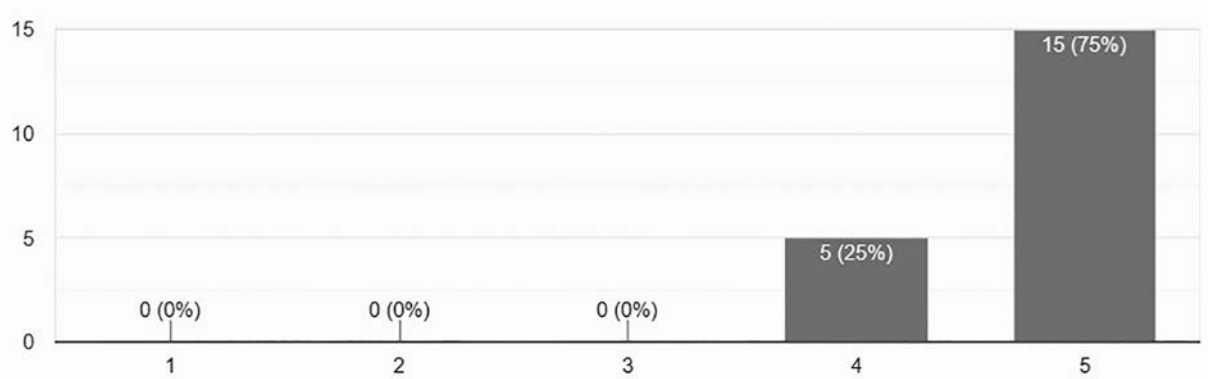
Gráfico 12 – Como você avalia o relacionamento com colegas?



Fonte: Google Formulários.

12) Como você avalia o relacionamento com seu gestor?

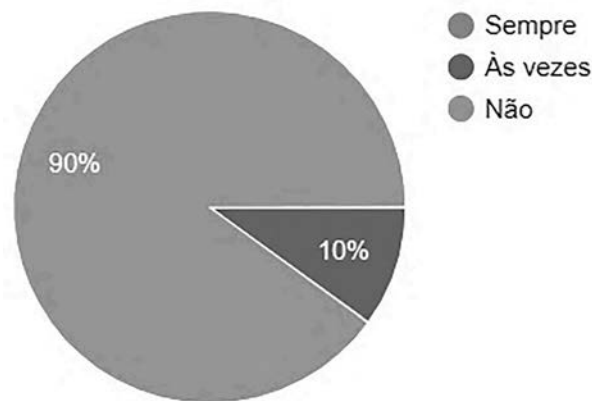
Gráfico 13 – Como você avalia o relacionamento com seu gestor?



Fonte: Google Formulários.

13) Você se sente isolado do TCEMG?

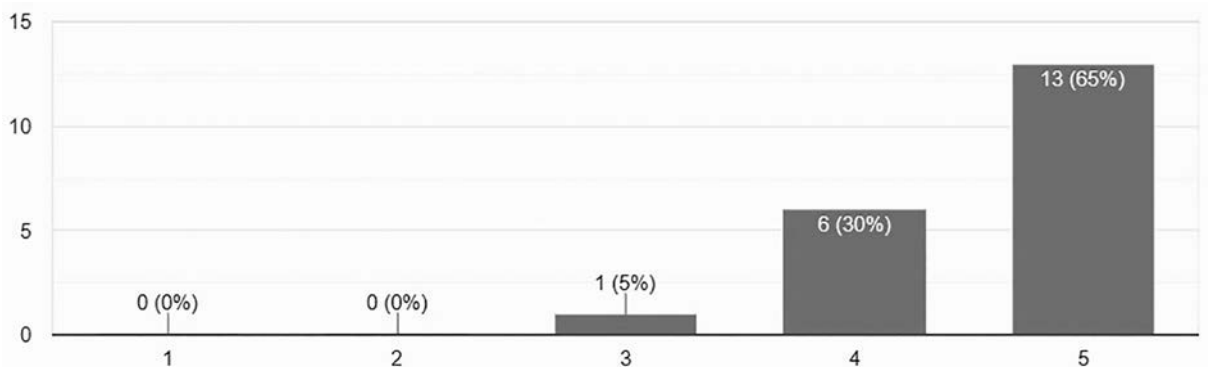
Gráfico 14 – Você se sente isolado do TCEMG?



Fonte: Google Formulários.

14) Como você avalia as ferramentas disponíveis que existem no TCEMG para o desenvolvimento das suas atividades em casa?

Gráfico 15 – Como você avalia as ferramentas disponíveis que existem no TCEMG para o desenvolvimento das suas atividades em casa?



Fonte: Google Formulários.

15) O teletrabalho atendeu às suas expectativas?

Gráfico 16 – O teletrabalho atendeu às suas expectativas?



Fonte: Google Formulários.

16) Quais as dificuldades que você encontra no teletrabalho?

Entre os pontos levantados, alguns apresentaram dificuldade em lidar com as metas e a falta de contato frequente com colegas de trabalho. Grande parte dos servidores disse que não possui dificuldades.

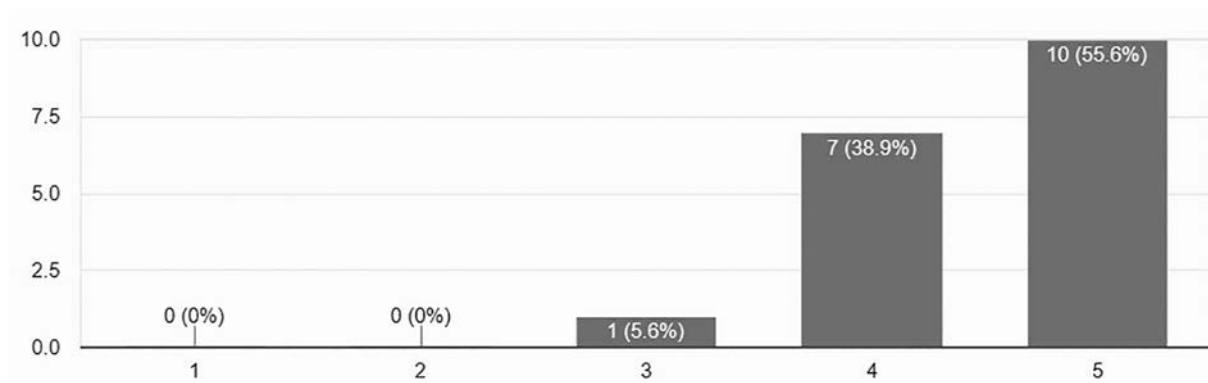
17) Quais os benefícios que o teletrabalho trouxe para você?

Autonomia, qualidade de vida, menos estresse no trânsito, liberdade para morar mais afastado do centro de Belo Horizonte, tempo de relação com familiares, mais tempo de sono, tempo para outras atividades, escolher a hora de trabalho, redução de ruídos que ocasiona melhor foco na atividade.

Perguntas aos gestores:

1) Como você avalia a qualidade do trabalho dos servidores em teletrabalho?

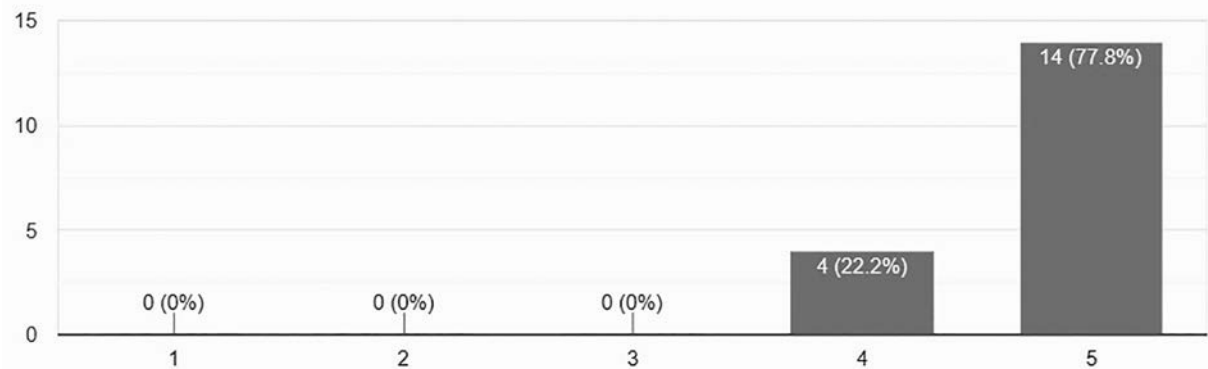
Gráfico 17 – Como você avalia a qualidade do trabalho dos servidores em teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

2) Como você avalia a contribuição do servidor para a produtividade para sua unidade?

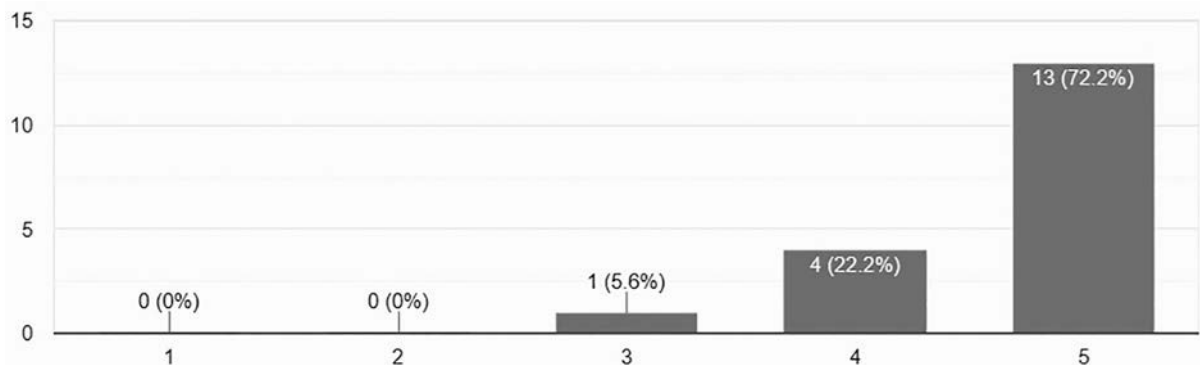
Gráfico 18 – Como você avalia a contribuição do servidor para a produtividade para sua unidade?



Fonte: Google Formulários.

3) Como você avalia o relacionamento entre você e o servidor?

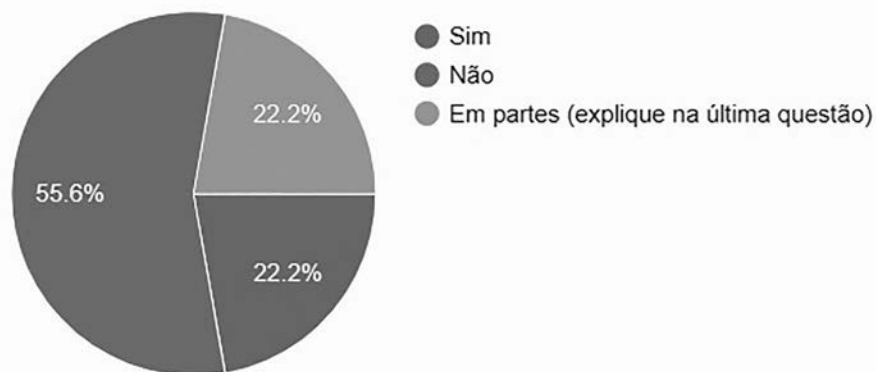
Gráfico 19 – Como você avalia o relacionamento entre você e o servidor?



Fonte: Google Formulários.

4) Na sua opinião, houve comprometimento do relacionamento do servidor em teletrabalho com seus colegas de equipe?

Gráfico 20 – Na sua opinião, houve comprometimento do relacionamento do servidor em teletrabalho com seus colegas de equipe?

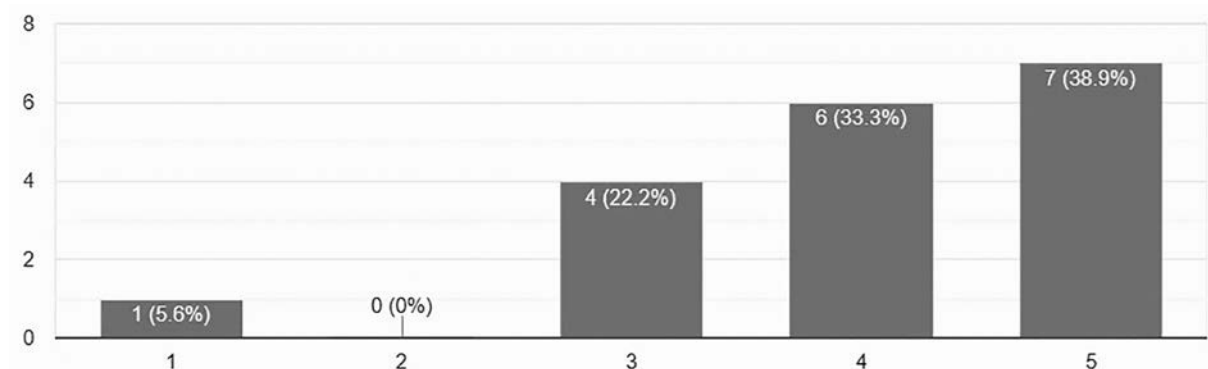


Fonte: Google Formulários.

Os que responderam “em partes” falaram da perda do servidor em teletrabalho na participação das decisões tomadas em equipe, pois acham que eles “perdem” alguns entendimentos, engajamentos e acontecimentos do dia a dia da coordenadoria. Foram ressaltadas também dificuldades de relacionamento pontuais entre os servidores em teletrabalho e os servidores presenciais: por um lado, a distância atenuou atritos e, por outro, dificultou o relacionamento entre eles.

5) Como você avalia o nível de comprometimento e engajamento desse servidor *antes* do teletrabalho?

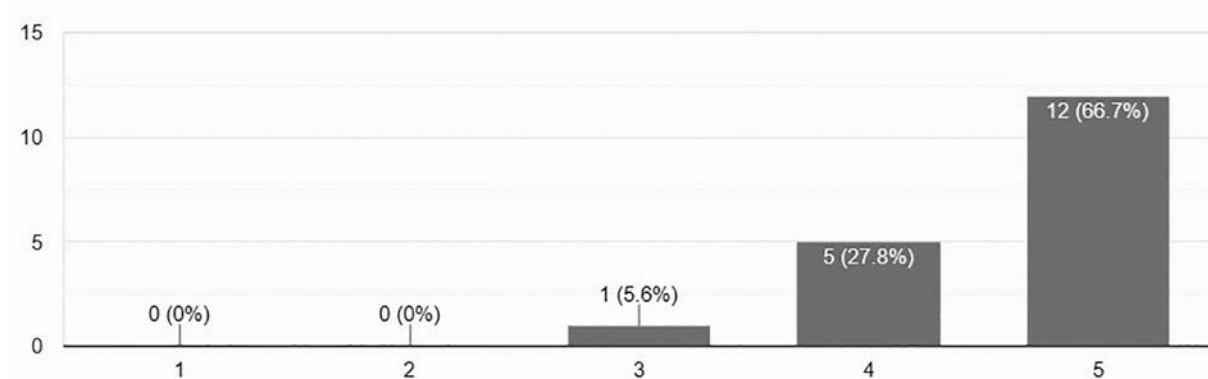
Gráfico 21 – Como você avalia o nível de comprometimento e engajamento desse servidor *antes* do teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

6) Como você avalia o nível de comprometimento e engajamento desse servidor *depois* do teletrabalho?

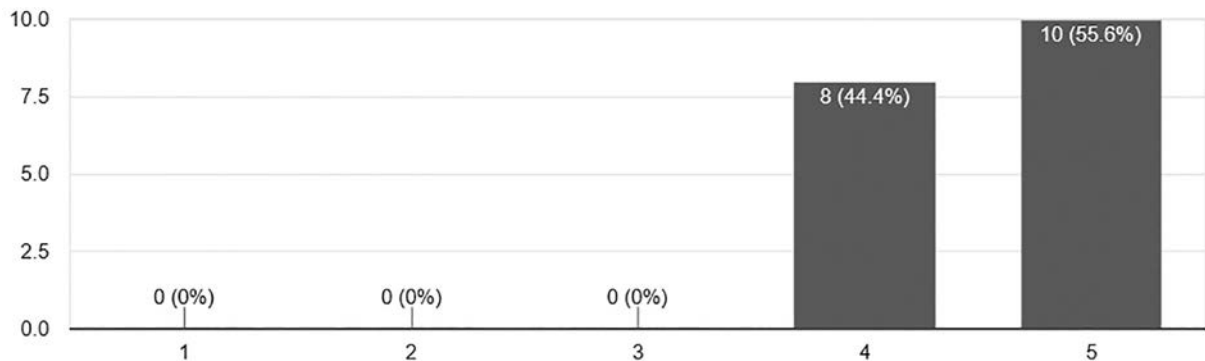
Gráfico 22 – Como você avalia o nível de comprometimento e engajamento desse servidor *depois* do teletrabalho?



Fonte: Google Formulários.

7) Como você avalia a negociação das metas/atividades entre você e os servidores?

Gráfico 23 – Como você avalia a negociação das metas/atividades entre você e os servidores?



Fonte: Google Formulários.

8) O teletrabalho abriu possibilidade para novas ferramentas de gestão? Ajudou-o como líder?

Alguns gestores disseram que não, mas outros disseram que aprenderam a negociar e controlar resultados de diferentes formas e tiveram a possibilidade de resgatar pessoas que pensavam em se aposentar, assim como houve aumento da produtividade do setor.

9) O que é mais desafiador com o servidor no teletrabalho?

Foi apresentada dificuldade de estabelecer e aferir metas, organizar agenda de forma que a ida do servidor seja em dia que o coordenador esteja disponível para ele, integrar o servidor com o restante da equipe e deixá-lo a par das decisões tomadas em equipe.

10) Há diferença na forma de aferir as metas dos servidores em teletrabalho e o servidor presencial?

Alguns gestores pontuaram que a forma de aferir não é a mesma, o que muda são as metas, pois os servidores em teletrabalho devem produzir 20% a mais. Outros gestores afirmam que há diferença, pois a demanda de trabalho acaba sendo diferente: enquanto servidores em teletrabalho fazem o serviço especificado e enviado para eles, os servidores presenciais acabam fazendo serviços por demandas que surgem na hora. Para o servidor em teletrabalho, já há uma metodologia institucionalizada e seu trabalho tem que ser conferido, ao contrário dos servidores presenciais.

Análise de dados

De forma geral, as respostas mostraram grande nível de satisfação com o teletrabalho por parte dos servidores e dos gestores. Nota-se um ganho de qualidade de vida, de produtividade e autonomia para desenvolvimento das tarefas, aumentando assim o empenho da instituição. Os servidores em teletrabalho sugeriram que fosse levada essa metodologia de trabalho a mais setores do TCEMG:

Ampliem esse projeto! Proponham a todos os gestores que repensem as atividades desenvolvidas por suas unidades que poderiam ser desenvolvidas de forma remota. É uma alternativa incrível para motivação de pessoas, ganho de produtividade e eficiência, sem os custos de funções e gratificações.

O teletrabalho possibilitou melhora significativa da qualidade de vida e de trabalho para os servidores. Todos demonstraram estar bastante satisfeitos com essa modalidade e falaram do quanto se sentem mais focados e trabalhando melhor. A qualidade de tempo foi um ponto amplamente comentado pelos servidores: “Estou levando uma vida mais saudável, eliminei os

aborrecimentos com o trânsito, tenho mais tempo para minha filha e outras questões pessoais, durmo mais e melhor, desenvolvi uma maior capacidade de organização e gerenciamento do meu tempo”.

O teletrabalho possibilitou melhora na qualidade do serviço executado.

Foi identificada certa dificuldade de relacionamento entre alguns servidores em teletrabalho e servidores presenciais. Foi pontuado que a troca de experiência com colegas e participação nas decisões deixou a desejar e alguns disseram que sugeriram aos seus gestores encontros internos da coordenadoria. Nota-se também a necessidade de maior integração do servidor em teletrabalho à sua equipe. Segundo um dos gestores: “Mesmo com todo o comprometimento e contato do servidor com o setor, ele acaba perdendo um pouco de engajamento nas discussões, acontecimentos e resoluções de problemas que acontece no dia a dia na Coordenadoria”.

Pode-se notar certa dificuldade de alguns gestores na atenção às diversas e diferentes demandas dos servidores em teletrabalho, seja por excesso de tarefas seja por dificuldade de gestão, uma vez que essa metodologia de trabalho é nova no TCEMG:

[...] É um grande desafio para o coordenador soltar os trabalhos desenvolvidos pelo servidor em teletrabalho, em tempo hábil, uma vez que a produção é alta e o coordenador é sobrecarregado com outras inúmeras atividades. Quando o servidor do tele trabalho traz o seu trabalho, este deve ser revisado imediatamente para não atrapalhar o fluxo do trabalho, assim como, o cumprimento das metas do servidor [...].

Apesar dos desafios, o teletrabalho tem sido proveitoso para ambas as partes, como dizem alguns gestores:

Entendo que o teletrabalho vem se mostrando uma ótima iniciativa para o incremento da produtividade, sem perda da qualidade dos trabalhos. Além disso, os servidores em teletrabalho demonstram estar bastante satisfeitos com a flexibilidade proporcionada à jornada de trabalho.

O teletrabalho aumentou a produção da Unidade Técnica e percebeu-se uma melhora na satisfação do servidor. Neste ponto os dois objetivos do programa foram atingidos, aumento de produção aliada à qualidade de vida do servidor.

A principal contribuição do teletrabalho para o setor foi a captação de servidores qualificados que estão propiciando o resgate da Jurisprudência do Tribunal de Contas.

As questões discursivas apresentaram muitas respostas que não diziam respeito especificamente ao teletrabalho, portanto, não foram apresentadas. A análise dessas respostas servirá principalmente para melhoria pontual junto aos servidores e respectivos gestores, respeitando o sigilo de identidade deles.

Conclusão

O teletrabalho se apresenta como uma alternativa de trabalho numa sociedade muito globalizada, com altos níveis de tecnologia da informação. Instituições vêm se adaptando à modernidade e, por isso, novos métodos de trabalho vieram a agregar. No TCEMG, houve significativa mudança na relação de trabalho, podendo-se observar mais confiança entre os gestores e os servidores em teletrabalho, possibilitando, assim, uma rotina de trabalho mais flexível e impactando positivamente no bem-estar e na produtividade do servidor.

O teletrabalho pode ser entendido como relevante modalidade de trabalho a distância, típica dos tempos pós-modernos. Surge da importância de se compreender a necessidade de motivar e comprometer as pessoas, bem como aperfeiçoar a gestão, influenciar positivamente o clima organizacional e favorecer a qualidade de vida.

A atuação do gestor junto ao servidor, orientando e estimulando resultados, é determinante para o sucesso do teletrabalho. Nota-se, em alguns gestores, uma dificuldade em conciliar o atingimento das metas institucionais com o desenvolvimento da equipe, indicando uma necessidade de encontros de orientação e desenvolvimento dos gestores, para que possam delegar tarefas e integrar melhor sua equipe.

Para que o servidor não fique afastado da cultura da instituição, é preciso atenção para que o dia acordado com o gestor para seu comparecimento à unidade de trabalho seja um momento de interação, socialização, atualização, inserção no contexto da equipe, alinhamento de entendimentos e saneamento dúvidas, possibilitando assim sua participação na cultura organizacional, para que ele se sinta integrante do TCEMG.

Concluindo, o teletrabalho do TCEMG demonstrou ser bastante exitoso, por promover a melhoria técnica dos trabalhos, otimizar a produtividade e impactar positivamente na qualidade de vida no servidor. Pode-se perceber o entusiasmo, a motivação e o engajamento do servidor pelo trabalho. O comprometimento observado fortaleceu a responsabilidade social, devolvendo a ele a autoconfiança e a consciência de que ser servidor público exige que se faça o melhor para a sociedade.

Abstract: Teleworking is a type of distance work developed through the use of information and communication technology and promotes an organizational culture oriented to results and not to the time worked, generating benefits to the strategic planning of organizations, which can make their performance evaluation by analyzing results. At the Court of Accounts of the State of Minas Gerais, teleworking was implemented as a pilot plan for one year and, after that period, due to the overcoming of the established goals and the detection of significant impacts on the quality of life, productivity, motivation and

commitment of the server, the home office was definitely introduced at the institution. In order to assess the degree of effectiveness of teleworking, a survey was conducted with servers involved in the modality and their respective managers. The survey indicated a very successful result on the proposed items. Some necessary actions were identified for a better integration of the server in telework to its team and development of leadership profiles.

Keywords: Teleworking. Home office. Productivity. Quality of life. Performance.

Referências

- BANOV, Márcia Regina. *Comportamento organizacional: melhorando o desempenho e comprometimento no trabalho. Melhorando o desempenho e comprometimento no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas: e o novo papel dos recursos humanos nas organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- GIBRAN, Khalil. *O profeta*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2003.
- LEITE, Ana Luiza; MULLER, Isabela Regina Fornari. Teletrabalho no serviço público: Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina – MPSC. *In: SEMEAD SEMINÁRIOS EM ADMINISTRAÇÃO, XX, 2017, São Paulo. Anais...* São Paulo: Semead, 2017. Disponível em: <https://login.semead.com.br/20semead/anais/arquivos/1275.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2020.
- MANSSOUR, Ana Beatriz Benites. *A análise do impacto do teletrabalho em uma empresa jornalística*. 2001. 108 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/2460>. Acesso em: 5 mar. 2020.
- ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013.
- SILVA, Aimée Mastella Sampaio da. A aplicação do teletrabalho no serviço público brasileiro. *In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3., 2015, Santa Maria. Anais...* Santa Maria: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/1-2.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2020.
- SILVA, Vitor Gustavo da; VIEIRA, Almir Martins; PEREIRA, Raquel da Silva. A gestão do teletrabalho: nova realidade ou mera adaptação à tecnologia? *Perspectivas Contemporâneas: Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas*, Campo Mourão, v. 10, n. 3, p. 35-55, 14 dez. 2015. Disponível em: <http://revista2.grupointegrado.br/revista/index.php/perspectivascontemporaneas/article/view/1864/761>. Acesso em: 5 mar. 2020.

YOLE, Karen. *Os impactos do teletrabalho na produtividade do negócio e qualidade de vida do colaborador*. 2015. 50 f. Monografia (Especialização em Gestão Estratégica e Econômica de Recursos Humanos) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2016/04/120416_TCC-MBA-FGV-Karen-Yole.pdf. Acesso em: 5 mar. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Mirtes Conrado Dias de. O impacto do teletrabalho na efetividade dos resultados do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 49-66, jan./jun. 2020.

Pesquisa de preços na aquisição pública de medicamentos: metodologia para formação da cesta de preços aceitáveis e geração de economia ao erário

Haroldo Oliveira de Souza

Especialista em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal e Direito Administrativo. Bacharel em Sistemas de Informação (UFMS). Auditor Estadual de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Resumo: As aquisições de bens e serviços, em regra, são realizadas por meio de processo licitatório. Entre os diversos conceitos e princípios que disciplinam as licitações no arcabouço jurídico brasileiro, maior parte deles dispostos na Lei nº 8.666/93, destaca-se a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Contudo, fatores mercadológicos por vezes dificultam ou inviabilizam que a Administração realize boas compras em termos de custo. Em se tratando de saúde pública, a situação torna-se ainda mais complexa, haja vista os recursos destinados serem escassos e as necessidades quase infinitas. Assim, ao realizar as compras de medicamentos, a Administração precisa se valer de uma metodologia que auxilie a busca por otimizar os recursos. O presente artigo abordará os aspectos inerentes à pesquisa

de preços na aquisição pública de medicamentos, fazendo uma análise das tabelas de referência inerentes a esse mercado, concluindo com uma metodologia que auxilie a realização das licitações desses produtos.

Palavras-chave: Licitação. Medicamentos. Pesquisa de preços. Cesta de preços aceitáveis.

Sumário: Introdução – Organização da assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde – Pesquisa de preços nas licitações públicas – A cesta de preços aceitáveis e a importância do preço de referência – A formulação dos preços de referência nas aquisições de medicamentos – Metodologia para formação da cesta de preços aceitáveis na aquisição de medicamentos – Conclusão – Referências

Introdução

As aquisições públicas de bens e serviços, em regra, devem ser realizadas por meio de processo administrativo denominado licitação, em que a Administração Pública realiza determinados procedimentos previstos em lei, com fins de abrir, a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no edital, a oportunidade de apresentar propostas que melhor atendam ao interesse público. A seleção da proposta mais vantajosa basear-se-á em critérios objetivos e impessoais para só então ser firmado o contrato administrativo (OLIVEIRA, 2015).

De acordo com a Lei nº 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações, os princípios basilares dos certames são os esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF88), quais sejam legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa. A Lei de Licitações acrescenta a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Além desses, destacam-se para os objetivos deste artigo o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, da isonomia e do julgamento objetivo (BRASIL, 1993).

O princípio da seleção da proposta mais vantajosa estabelece o caráter competitivo da licitação. Dessa forma, ficam proibidos quaisquer atos que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo (OLIVEIRA, 2015).

Por isonomia, no âmbito do processo licitatório, entende-se que é indispensável que seja garantido um tratamento igualitário entre os licitantes, não sendo permitido nenhum tipo de tratamento diferenciado que beneficie ou prejudique quaisquer dos participantes do certame (CARVALHO, 2017).

Segundo Di Pietro (2014), julgamento objetivo decorre do princípio da legalidade e significa dizer que o julgamento das propostas se dará com base nos critérios fixados previamente por ocasião da elaboração e publicação do instrumento convocatório.

No tocante especificamente às licitações para aquisições públicas de medicamentos, a busca da vantajosidade das propostas estaria garantida face a forte regulamentação que sofre o mercado, com um razoável número de tabelas e referenciais de preço. Todavia, não é isso que ocorre na prática. Uma licitação realizada no ano de 2013 pelo Governo do Distrito Federal, a título de exemplo, registrou diferenças entre o preço estimado e o preço praticado usualmente no mercado na ordem de dez mil pontos percentuais (10.000%) (GDF, 2013).

Este artigo apresenta uma análise sobre os aspectos intrínsecos às licitações para aquisições públicas de medicamentos, discorrendo sobre os itens integrantes da cesta de preços aceitáveis, bem como as tabelas de referência, e para a formulação dos preços máximos, e, por fim, apresenta uma metodologia que auxilie os gestores públicos a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Para consecução do objetivo do trabalho, faz-se uma revisão conceitual da organização da assistência farmacêutica básica no âmbito do Sistema Único de Saúde, destacando a sua origem e conceitos; aborda-se a obrigatoriedade da pesquisa de preços nas licitações, discorrendo sobre a posição das cortes de contas nacionais; discute-se o conceito de cesta de preços aceitáveis, abordando a importância do preço de referência; analisa-se a formulação dos preços de referência nas aquisições de medicamentos, trabalhando, discutindo e conceituando os referenciais de preço relacionados com as aquisições de medicamentos; e por fim, apresenta-se uma metodologia prática para formulação da cesta de preços aceitáveis na aquisição de medicamentos e formação do preço de referência para as licitações.

Organização da assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde

A saúde foi elevada ao *status* de direito social pela CF88. Em seu art. 6º, está disciplinado que o exercício desse direito estaria esculpido no decorrer do texto constitucional. Em atenção a esse comando, criou-se uma seção específica para tratar a organização e o funcionamento da saúde, localizada dentro do capítulo reservado à seguridade social (BRASIL, 1988). Na referida seção, observam-se as linhas gerais do Sistema Único de Saúde (SUS), criado como concretizador das políticas públicas relacionadas à saúde estabelecidas na CF88 (SANTOS, 2016).

Para Jose Afonso da Silva (2011), é espantoso um bem tão relevante quanto a saúde não ter sido destacado nas constituições pretéritas, tendo a referida mudança de *status* ocorrido apenas na ocasião da promulgação da CF88. Até então, a saúde pública limitava-se a intervenções pontuais, sem planejamento ou organização, visando apenas a soluções de demandas emergenciais (DRESCH; BICALHO, 2019). Tal ausência foi devidamente corrigida com o texto constitucional de 1988, haja vista que o vocábulo “saúde” é citado sessenta e quatro vezes ao longo do texto constitucional.

Assim, o SUS pode ser definido como conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (BRASIL, 1990). O financiamento se dará com recursos oriundos de todos os entes da Federação, além de outras fontes, integrando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo, ou seja, de forma descentralizada; com atendimento integral, priorizando atividades de prevenção, sem deixar de lado os serviços assistenciais e com ampla e efetiva participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Renilson Rehem de Souza (2002) afirma que o SUS é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, demandando, assim, um enorme esforço para operacionalização das suas ações, face a descentralização da gestão e também dos recursos. Dessa forma, os cuidados com a saúde no âmbito do SUS são organizados em níveis de complexidade, visando a melhor programação e planejamento das ações, sendo eles divididos em atenção básica, de média e de alta complexidade (DRESCH; BICALHO, 2019).

Estão incluídos no campo de atuação do SUS a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção (BRASIL, 1988). A assistência farmacêutica, a cargo do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, engloba as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização, favorecendo a disponibilidade constante dos produtos e atendendo às necessidades da população (BRASIL, 1998).

O Ministério da Saúde (BRASIL, 2006) orientou sobre a importância estratégica dos medicamentos para o suporte às ações de saúde, conforme podemos ver no excerto:

O medicamento é um insumo estratégico de suporte às ações de saúde, cuja falta pode significar interrupções constantes no tratamento, o que afeta a qualidade de vida dos usuários e a credibilidade dos serviços farmacêuticos e do sistema de saúde como um todo.

Em linhas gerais, o sistema de aquisição de compras de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é organizado em três componentes: básico, estratégico e especializado, além do Programa Farmácia Popular. Os medicamentos disponibilizados pelo SUS estão listados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). E cada novo medicamento ou tecnologia em saúde a ser incorporado na Rename é, antes, analisado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (Conitec).

Segundo dados do Ministério da Saúde,¹ Rename é apenas uma lista orientativa, cabendo a cada município estabelecer sua própria relação de medicamentos de acordo com suas características epidemiológicas. A Rename contempla os medicamentos e insumos disponibilizados no SUS e está dividida em Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF), Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (Cesaf), Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf), além de determinados medicamentos de uso hospitalar.

No CBAF estão medicamentos que fazem parte da atenção básica, financiados, em regra, por União, estados e municípios, ficando a aquisição e dispensação a cargo dos municípios.

No Componente Ceaf, por sua vez, os medicamentos estão divididos em três grupos. O financiamento, no Grupo 1, é de responsabilidade exclusiva da União, cabendo a aquisição de parte deles à União e de parte aos estados e ao Distrito Federal. No Grupo 2, o financiamento é das Secretarias Estaduais de Saúde, que também se responsabilizam pela aquisição. Já no Grupo 3, há os medicamentos de financiamento tripartite, cuja aquisição e dispensação ficam a cargo dos municípios.

Já o Cesaf engloba medicamentos e insumos para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis, contemplados em programas estratégicos de saúde do SUS. Estes são financiados e adquiridos pelo Ministério da Saúde e distribuídos para os estados, que os armazenam e os remetem para os municípios.

¹ Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br>.

Os estados e municípios, portanto, participam diretamente dos processos de aquisição de medicamentos dos Componentes Básico e Especializado, inclusive com aporte de parcelas significativas dos seus orçamentos, tornando ainda mais relevante o volume de recursos públicos dispendidos com as aquisições e a consequente necessidade de maior atenção e rigor nos procedimentos realizados para operacionalizar o processo de compras.

O Ministério da Saúde, no ano de 2017, investiu aproximadamente dezoito bilhões de reais na Assistência Farmacêutica. Destes, cerca de cinco bilhões de reais foram utilizados para aquisição de medicamentos do Cesaf (quatro bilhões e setecentos milhões de reais); do Ceaf (trezentos e treze milhões e trezentos mil reais); e do CBAF (vinte e dois milhões e duzentos mil reais). O restante foi enviado para os entes subnacionais (MASSI, 2018). Considerando que o total de despesas executadas para a área de atuação saúde no referido ano foi de R\$102,71 bilhões, conclui-se que mais de 17% por cento do orçamento foi destinado à assistência farmacêutica. Tal constatação vai ao encontro do que entende a MSH, que considera esse um dos setores mais representativos em termos de impacto financeiro, e uma ausência de gerenciamento efetivo nessa área pode acarretar grandes desperdícios de recursos (MSH, 1997).

Pesquisa de preços nas licitações públicas

O arcabouço jurídico vigente, relacionado com as regras para a realização de licitações públicas, em diversas passagens deixa claro que durante a fase interna da licitação faz-se necessária ampla pesquisa de preços. Pode-se verificar, por exemplo, no art. 15 da Lei de Licitações, o qual disciplina que o registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado, bem como no inc. IV, do art. 43, que ensina que cada proposta estará de acordo com os requisitos do edital, além de guardar relação com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, sob pena de desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis. Não obstante, a Lei nº 10.520/2002, que trata da modalidade de licitação pregão, também deu atenção à necessidade de constar nos autos do procedimento o orçamento elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação.

Embora bem positivada, os normativos não traziam critérios específicos para a realização da pesquisa de preços. Tal fato corroborou para que, jurisprudencialmente, as cortes de contas brasileiras, responsáveis pelo controle externo da Administração Pública, firmassem seu entendimento. Capitaneadas pelo Tribunal de Contas da União – TCU, por intermédio da Decisão nº 346 TCU – Plenário de 1999, foi estabelecido o número mínimo de três orçamentos realizados mediante pesquisa no mercado local, para o cumprimento das exigências legais relacionadas com preços referenciais (SCHUCH, 2010). E assim enraizava-se a cultura dos três orçamentos na Administração Pública, operacionalizada com a consulta de três fornecedores do ramo relacionado com o bem ou serviço a ser contratado, pedindo-lhes um orçamento, nesse momento ainda informal, para então a Administração fazer uma média dos preços recebidos para formação do seu preço de referência para as licitações (NIEBUHR, 2007).

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul exige em seu manual de peças obrigatórias a indicação do valor estimado, acompanhado minimamente de três cotações de preços, caso não haja limitações justificadas de mercado (MATO GROSSO DO SUL, 2018).

No entanto, Alexandre Ribeiro Motta (2010) considera a coleta no mercado de três orçamentos procedimento metodologicamente frágil, pois o fato de serem apresentados por possíveis fornecedores não oferece um grau satisfatório de confiabilidade, necessário para posterior avaliação do referencial.

Passados alguns anos de utilização dos normativos legais, em especial a Lei de Licitações, os fornecedores de bens e serviços se adequaram aos procedimentos de pesquisa de preços, e acabam não apresentando orçamentos alinhados com a realidade de mercado, acarretando preços referenciais acima dos normalmente praticados no mercado (BRASIL, 2006c).

A estimativa de preço é o parâmetro que a Administração utilizará para fazer o julgamento objetivo das propostas apresentadas e efetivar as contratações necessárias. Dessa forma, iniciar o processo com um referencial de preço que não reflete a realidade do mercado, possivelmente, resultará em contratações que vão de encontro aos princípios da economicidade e da eficiência.

A cesta de preços aceitáveis e a importância do preço de referência

Cientes das discrepâncias geradas pelo mito dos três orçamentos, os tribunais de contas, novamente por iniciativa do TCU, evoluíram o entendimento em relação aos procedimentos para realização da pesquisa de preços no âmbito das licitações, surgindo assim o termo “cesta de preços aceitáveis”. Ubiratan Aguiar, à época ministro do TCU, na relatoria do Acórdão nº 2.170/2007 – Plenário esclarece o que seria um preço aceitável, *in verbis*:

[...] Esclareço que preço aceitável é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto (ou serviço). Tal consideração leva à conclusão de que as estimativas de preços prévias às licitações, os valores a serem aceitos pelos gestores antes da adjudicação dos objetos dos certames licitatórios, bem como na contratação e posteriores alterações, por meio de aditivos, e mesmo os parâmetros utilizados pelos órgãos de controle para caracterizar sobrepreço ou superfaturamento em contratações da área de TI devem estar baseados em uma “cesta de preços aceitáveis”. (BRASIL, 2007)

Nesse diapasão, o magistrado de contas entende que a cesta de preços aceitáveis é formada por uma ampla pesquisa, oriunda de diversas fontes, como: pesquisas junto a fornecedores; valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos; valores registrados em atas de registro de preço, tabelas oficiais de preços referenciais, bem como aquisições ou contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública, bem como outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle. Importante ressaltar, os valores que não representem a realidade do mercado devem ser desconsiderados para a formação do preço de referência.

A lacuna legislativa gerada pela ausência de regulamentação foi suprida, no âmbito da União, com a edição da Instrução Normativa nº 05/2014, em que estão disciplinados os procedimentos administrativos para a realização da pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral. O normativo descreve os parâmetros de pesquisa e estabelece a ordem de preferência, nos termos a seguir: (i) Portal de Compras Governamentais; (ii) pesquisa publicada em mídia especializada, contendo data e hora de acesso; (iii) contratações similares de outros entes públicos; e (iv) pesquisa com fornecedores. Importante destacar que a pesquisa com fornecedores, antes utilizada como única fonte, foi colocada por último na ordem de parâmetros, corroborando a ideia da fragilidade metodológica da consulta a potenciais fornecedores. Cumpre lembrar que o parâmetro posterior só será utilizado caso seja comprovada a impossibilidade de utilização do parâmetro que o antecede.

Recentemente, o Estado do Mato Grosso do Sul, por meio do Decreto nº 15.287/2019, também regulamentou todas as pesquisas de preços destinadas à instrução processual das compras no âmbito do Executivo estadual, trazendo novos parâmetros e critérios, privilegiando ainda mais as consultas aos bancos e sistemas de preços oficiais. Como inovação, trouxe a possibilidade de combinar os parâmetros, utilizar justificadamente outros que não os elencados na norma, tornando, assim, o rol exemplificativo, e analisar criticamente os valores obtidos.

A respeito da formulação do preço de referência para instrução do processo licitatório, a norma federal fala em média dos valores obtidos, ao passo que normativo sul-mato-grossense amplia e traz, além da média, a possibilidade de ser utilizada a mediana; o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que se obtenha no mínimo 3 cotações oriundas de mais de um dos parâmetros adotados; descartando-se valores inexequíveis e os excessivamente elevados, em qualquer caso.

Do exposto, depreende-se a importância de uma pesquisa de preços bem fundamentada, não apenas como aspecto formal exigido pela lei para o processo licitatório. Na operacionalização das aquisições de bens e serviços, pode ser considerada etapa fundamental para obtenção de vantagem para a Administração Pública nas licitações. Com uma pesquisa de preços condizente com a realidade do mercado, os gestores ficam com balizas para julgar se os preços ofertados são adequados. Sem valores de referência confiáveis, não há como avaliar a razoabilidade dos preços trazidos pelos fornecedores (CMED, 2006).

A formulação dos preços de referência nas aquisições de medicamentos

Foi visto no tópico precedente o quanto é importante o preço de referência. A propósito, Jair Eduardo Santana (2006) conclui que uma coleta de preços malfeita gerará um orçamento estimado irreal, que fatalmente resultará em sobrepreço nas contratações.

A grande dificuldade dos gestores reside em encontrar fontes confiáveis de referenciais e preços, de modo a tornar os orçamentos mais alinhados com a realidade de mercado. Especificamente no tocante às aquisições de medicamentos, tal adversidade é um tanto quanto amenizada, pelo menos em tese, ante a forte regulamentação do mercado, haja vista que existem parâmetros máximos de negociação dos produtos farmacêuticos, tabelas de referência, além de listas atualizadas de preços.

1. A regulação do mercado farmacêutico e a tabela CMED

As normas de regulação do setor farmacêutico são definidas pela Lei nº 10.742/2003, que também criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, cujo objetivo é adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, promoção da assistência farmacêutica à população e estímulo à oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Entre o rol de competências da CMED, destacam-se para os fins deste artigo o estabelecimento de critérios para fixação, ajuste de preços e margens de comercialização de medicamentos e a definição de diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos, a serem observados por todos os fornecedores do setor. Relevante também é a definição de critérios para o estabelecimento dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos (BRASIL, 2003).

Em termos práticos, um medicamento para ser comercializado no Brasil necessita do registro sanitário na Anvisa e obtenção das margens de comercialização no país junto à CMED, desenvolvidas com base em fórmula preestabelecida em normativos próprios do órgão. Assim, mensalmente, é divulgado no *site* da Anvisa, mais especificamente no portal eletrônico da CMED, a conhecida no mercado como Tabela CMED, na qual constam os preços máximos para todos os medicamentos registrados e comercializados no país, sendo possível também consultar todos os preços referenciais que serão tratados na sequência, bem como identificar o preço com ou sem os impostos pertinentes, considerando ainda as diferentes alíquotas vigentes.

A Tabela CMED conta com mais de vinte e dois mil itens, separados pela substância, laboratório responsável, apresentação farmacêutica, classe terapêutica, tipo de produto e identificados pelo código EAN, que é uma forma padronizada de identificar mercadorias, representado por meio

do código de barras. Cada produto tem um código único de identificação, podendo ser utilizado por todos os estabelecimentos comerciais do mundo, exceto nos Estados Unidos da América e Canadá, que utilizam uma codificação própria. Com a identificação por meio do código EAN, cada produto é identificado unicamente, tornando precisas as consultas, tendo em vista a grande quantidade de itens (PEINADO; GRAEML, 2007).

Para regular o mercado e, em especial, para enfrentar os desafios dos sistemas públicos de saúde que lidam com crescentes gastos e limitados orçamentos, a CMED criou o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, sendo este um desconto mínimo obrigatório a ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos a entes da Administração Pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com ênfase para as compras realizadas por força de decisão judicial (CMED, 2006).

Além do CAP, há outros referenciais de preços estabelecidos pela CMED, quais sejam: o preço de fábrica – PF, o preço máximo ao consumidor – PMC e o preço máximo de venda ao Governo – PMVG. O PF é o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras. Portanto, PF é o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e entes da Administração Pública.

Por sua vez, o PMC é o preço máximo a ser praticado pelo comércio varejista de medicamentos (farmácias e drogarias) em vendas ao consumidor, tendo em vista que este contempla tanto a margem de lucro como os impostos referentes a esses tipos de comércio. Do mesmo modo que o preço de fábrica, o PMC também tem sua metodologia de cálculo e já considera todos os tributos incidentes.

O resultado da equação formada pela aplicação do CAP sobre o PF dá origem ao PMVG, sendo este o teto a ser pago pela Administração Pública na aquisição dos medicamentos. Outrossim, as operações realizadas com os fármacos listados no Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, oriundo do Conselho Nacional de Política Fazendária, quando destinadas à Administração Pública de todas as esferas, receberão isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Dessarte, nos medicamentos listados, além do desconto CAP, haverá a isenção do citado imposto.

O descumprimento dos referenciais máximos e demais atos emanados pela CMED no exercício de suas competências de regulação e monitoramento do mercado de medicamentos sujeita os infratores às sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Lei nº 10.742/2003. Cabe à própria CMED e ao Ministério Público apurarem casos de negativa de aplicação dos descontos, tanto o CAP quanto a isenção tributária. A CMED mantém um endereço de correio eletrônico² para receber as denúncias.

2 Banco de Preços em Saúde – BPS

Outro grande desafio dos gestores é encontrar um preço de referência para a enorme quantidade de medicamentos existentes no mercado, sendo que a maioria foge do senso comum do consumidor médio, que não está habituado com a maior parte deles. Determinado valor pode ser considerado caro ou barato a depender do seu referencial de comparação. Por exemplo, uma caneta esferográfica, corpo de plástico cristal transparente sextavado com furo de respiração lateral no centro, “tipo Bic”, cotada a R\$50,00, não parece um preço razoável a nenhuma pessoa com o mínimo de discernimento da realidade do mercado, da mesma forma que cotá-la a R\$0,10 também soa como inexequível, mesmo ao consumidor médio. Essas conclusões prévias apenas ocorrem devido ao fato de a descrição do produto ser de conhecimento comum e, por conseguinte, seu preço de mercado é muito difundido. Diferente realidade é encontrada no mercado de medicamentos, em que descrições incorretas ou mudanças de forma farmacêutica

² CMED@anvisa.gov.br.

podem ocasionar variações muito grandes de preços. Para enfrentar tal desafio, o gestor necessita contar com um banco de dados confiável que lhe forneça a referência de preço, de modo a possibilitar o julgamento objetivo das propostas.

Essa lacuna foi preenchida com o Banco de Preços em Saúde – BPS, sistema criado pelo Ministério da Saúde cujo objetivo é registrar e disponibilizar informações das compras públicas e privadas de medicamentos e produtos para a saúde. A plataforma é gratuita a qualquer cidadão ou instituição que queira acessá-lo para consultar preços registrados.

Os pilares que justificaram a criação da ferramenta, em 1998, foram: (i) atuação como ferramenta de acompanhamento do comportamento dos preços no mercado de medicamentos e produtos para a saúde; (ii) fornecimento de subsídios ao gestor público para a tomada de decisão; (iii) aumento da transparência e visibilidade, no que se refere à utilização dos recursos do SUS para a aquisição de medicamentos e produtos para a saúde; (IV) disponibilização de dados que possam subsidiar o controle social quanto aos gastos públicos em saúde.

O BPS tornou-se uma ferramenta indispensável aos gestores públicos à medida que disponibiliza dados, contribui para a melhoria das negociações com fornecedores, gera conhecimento acerca de um mercado pouco conhecido pelo consumidor comum e aumenta a transparência e a visibilidade para aquisição de medicamentos e produtos. Dessa maneira, transformou-se em ferramenta indispensável ao desenvolvimento do SUS.

A alimentação do sistema era facultativa até a publicação da Resolução nº 18 da Comissão Intergestores Tripartite, em junho de 2017, que tornou obrigatório o envio das informações necessárias à alimentação do BPS, pela União, estados, Distrito Federal e municípios. Isto posto, a partir de dezembro de 2017, todas as compras homologadas deverão ser enviadas para a composição do banco de dados do BPS.

Apesar de recente a obrigação de alimentar o BPS, este já possui um considerável número de registros. Contudo, para maior efetividade da ferramenta, é necessário um número ainda mais representativo de registros, de modo a tornar as consultas mais fidedignas com o mercado de medicamentos. Por se tratar de uma resolução acordada entre os próprios gestores, espera-se que haja ampla adesão, de modo a popularizar a ferramenta como referencial de preços em medicamentos e produtos relacionados com a saúde em geral. Para isso, a atuação dos órgãos de controle de todas as esferas (tribunais de contas, Ministério Público e Poder Judiciário em casos extremos) é fundamental. A atuação seria no sentido de cobrar a alimentação do BPS pelos entes jurisdicionados, conforme reconheceu o próprio TCU, no Acórdão nº 2.901/2016-TCU-Plenário.

Além disso, o BPS está alinhado com a cobrança fulcrada na Lei de Licitações, inc. V do art. 15, que orienta que as compras, sempre que possível, deverão balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

Outro ponto destacável na ferramenta é a possibilidade de fazer consultas regionalizadas, por volume e tipo de produtos. Considerando as dimensões continentais do Brasil, é de se esperar que uma aquisição na cidade de Rio Branco, capital do estado do Acre, por exemplo, seja totalmente diferente da mesma aquisição realizada nas capitais dos estados do Sudeste ou no Distrito Federal. As especificidades de cada caso, por si só, já podem vir a causar discrepâncias nos preços. Desse modo, a ferramenta permite fazer classificações e seleções que permitam encontrar compras similares a cada realidade, considerando aspectos logísticos, tributários ou mesmo de disponibilidade de fornecedores no mercado.

Conquanto, o TCU por meio do Acórdão nº 3.759/2014-1C não reconheceu o BPS como parâmetro para apuração de sobrepreço em medicamentos devido às suas fragilidades e limitações para obtenção do preço de mercado. Porém, acredita-se que a obrigatoriedade da alimentação da ferramenta com todas as compras homologadas de medicamentos venha a reduzir as vulnerabilidades do sistema.

3 Tabelas de referência do comércio varejista

Ademais, existem no mercado revistas privadas especializadas no comércio varejista de medicamentos, que publicam periodicamente tabelas com os preços de referência máximos para revenda ao consumidor final. Sabe-se que as compras realizadas no varejo em nada se assemelham às aquisições públicas que, geralmente, são feitas em volumes expressivos e se beneficiam do efeito do ganho de escala sobre os preços (BRASIL, 2016b).³

Mesmo com essa limitação, essas publicações podem de certa forma auxiliar os gestores na composição do preço de referência para as suas licitações, servindo tanto de parâmetro de comparação, quanto de composição da cesta de preços aceitáveis.

Uma das principais revistas especializadas no comércio varejista de medicamentos é a *ABCFARMA*, que se traduz por Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico. É uma entidade civil sem fins lucrativos, constituída há mais de sessenta anos, cujo objetivo é a prática de estudos, coordenação, informação, proteção e representação da categoria econômica do comércio de medicamentos, produtos farmacêuticos e correlatos.

A *Revista ABCFARMA* é editada mensalmente e constitui-se de fonte completa de informações sobre preços de medicamentos, reiteramos, para referenciar o comércio varejista.

Outra publicação bastante conhecida no ramo médico e farmacêutico é a *Revista Brasindice*. De responsabilidade da Editora Andrei, a publicação foi idealizada para se tornar ponto de convergência dos profissionais da área de saúde em busca de informações, notícias, e serviços relacionados a seu dia a dia de trabalho, além de ser fonte de consulta para o mercado de farmacêutico.

Como supradito, as publicações apresentadas podem compor a cesta de preços aceitáveis e servir de parâmetro para a formulação da referência de preços nas licitações, desde que combinada com outras fontes.

No entanto, o Tribunal de Contas da União já apresentou ressalvas quanto à utilização dessas publicações como única fonte para estimativa de preço com fins de excluir viés decorrente de referenciação a partir de preço único e por não levar em conta parâmetros basilares das compras públicas (BRASIL, 2012).

Prática recorrente no âmbito da Administração Pública e bastante combatida pelos órgãos de controle são as licitações com percentual de desconto genérico sobre toda a tabela de referência. Além de infração ao art. 40, X, da Lei de Licitações, tal prática demonstra falta de planejamento do procedimento licitatório e controle na execução dos contratos decorrentes. Nessa sistemática não é possível estimar previamente o que será comprado, nem quais quantidades, tampouco é possível determinar se os valores são vantajosos, tendo em vista que essas informações só vão surgir conforme a demanda.

Como se não bastasse, ainda temos a infração do art. 23 da Lei nº 8.666/93, pois no caso de aquisições de medicamentos, a adjudicação por lote restringe a participação no certame a distribuidoras que vendam a totalidade dos bens, o que pode impedir a participação de alguns interessados. Considerando o mercado de medicamentos, em que pode haver distribuidor exclusivo, bem como laboratórios que produzem apenas determinados medicamentos, uma alocação de medicamentos em lotes pode diminuir a competitividade e, portanto, prejudicar a escolha da proposta mais vantajosa.

³ No mesmo sentido: Acórdão nº 5.810/2017 – 2ª Câmara, Ministra Relatora Ana Arraes.

Metodologia para formação da cesta de preços aceitáveis na aquisição de medicamentos

Partindo dos parâmetros apresentados no decorrer deste artigo e com base na jurisprudência dos órgãos de controle, é possível desenvolver metodologia capaz de compor a cesta de preços aceitáveis para aquisição de medicamentos e estabelecer o preço de referência para a licitação.

Para tanto, além do conhecimento da utilidade dos referenciais de preços apresentados, é preciso partir de algumas premissas oriundas da jurisprudência, com fins de balizar a formulação do método. Relativamente à tabela CMED, é importante frisar que ela não é o parâmetro mais adequado para servir como referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições por parte dos órgãos de controle, pois são referenciais máximos. Exame combinado dos acórdãos de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, supracitado, e do Ministro Walton Alencar Rodrigues (BRASIL, 2012), permite-nos concluir que a utilização dos referenciais máximos não elimina a necessidade de os gestores observarem os preços praticados em outras contratações públicas. Logo, deve ser realizada ampla pesquisa de preços, verificando se os preços máximos da CMED estão disformes se comparados à realidade do mercado.

Com relação ao BPS, o TCU mais recentemente decidiu ser plenamente viável a utilização do sistema do Ministério da Saúde como referencial de preços e, inclusive, o próprio órgão de controle poderia utilizá-lo para avaliar a economicidade dos contratos consequentes (BRASIL, 2016a).⁴

Embora no ano 2016, época da publicação do acórdão supramencionado, não estivesse positivada a obrigatoriedade de alimentação do BPS, limitação solucionada com o advento da Resolução nº 18/2017 da Comissão Intergestores Tripartite, as informações do sistema já eram consideradas fidedignas, pois a maior parte dos medicamentos contava com um número considerável de registros. Atualmente, com a obrigatoriedade de alimentação pelos gestores e a cobrança por parte dos órgãos de controle, a confiabilidade tende a crescer e consolidar a ferramenta como indispensável ao desenvolvimento do SUS.

No tocante às publicações especializadas que trazem tabelas de referência para o mercado varejista de medicamentos, a jurisprudência nos ensina que não é possível utilizá-las como única fonte de referência na pesquisa de preços, do mesmo modo que é vedada a utilização de percentual de desconto genérico sobre quaisquer uma das tabelas.

Outro ponto digno de destaque é a diferença existente entre as compras realizadas no varejo e as aquisições públicas. Estas geralmente refletem grandes volumes de produtos, enquanto aquelas se caracterizam por quantidades mais modestas. Tamanha distinção oferta grande vantagem para a Administração Pública em termos de ganho com economia de escala, já que comprar 10 unidades de determinado item é diferente de adquirir 10.000 unidades do mesmo produto. Os gestores precisam se valer dessa vantagem competitiva para negociar condições mais vantajosas ao erário.

Não obstante, as referidas revistas podem auxiliar na formação do juízo de valor dos preços, lembrando que boa parte dos produtos da área da saúde não são conhecidos do grande público, realidade que dificulta a aplicação de juízo de valor para a classificação das propostas recebidas.

1 Operacionalização da metodologia

Defronte todo o detalhamento normativo e jurisprudencial apresentado, somado a ferramentas, tabelas e referenciais de preço existentes para formulação de uma efetiva pesquisa de preços para as aquisições públicas de medicamentos, os gestores públicos e os responsáveis por

⁴ No mesmo sentido: acórdãos nºs 2.901/2016 – Plenário e 1.304/2017 – Plenário.

operacionalizar os certames se veem perdidos e com limitadas condições de buscar vantajosidade para a Administração Pública.

Com objetivo de orientação, será elaborado um roteiro do tipo passo a passo, de modo a realizar uma pesquisa de preços efetiva, capaz de conduzir a uma contratação dentro dos parâmetros do mercado e que atenda aos órgãos de controle. Por óbvio, existirão limitações em cada caso concreto que não permitirão que todo o roteiro seja seguido, afinal não cabe a este trabalho abordar todas as possibilidades, tampouco esgotar o assunto, por se tratar de matéria com elevada complexidade. Por outro lado, conseguir adequar os fornecedores, habituados com a ultrapassada sistemática de envio de orçamento, que acabam superestimando os preços de referência para as licitações, resultando em contratações muito vantajosas para o contratado, é também um grande desafio para os operadores de licitação. Como se não bastasse, ainda temos a urgência inerente à área de saúde, em que a falta de um medicamento pode causar complicações nos tratamentos ou até mesmo a morte do paciente.

Desta maneira, elaboramos um quadro com o roteiro e o fundamento.

Quadro 1 – Roteiro para pesquisa de preços visando à aquisição pública de medicamentos

Passo	Atividade	Fundamento
1º	Especificar detalhadamente o medicamento.	Arts. 14, 38, <i>caput</i> e 40, I da Lei de Licitações
2º	Estipular o valor máximo que pode ser cobrado pelo produto com base na tabela CMED.	Art. 6º da Lei nº 10.742/03
3º	Buscar o preço de referência do produto no BPS.	Acórdãos nºs 2.901/2016-Plenário e 1.304/2017-Plenário
4º	Buscar preço do medicamento em outras fontes, como atas de registro de preço, contratações de outros entes ou qualquer outra fonte válida.	Acórdão nº 2.170/2007-P
5º	De posse de todas as fontes de preço, estabelecer o preço de referência para aquele medicamento, eliminando os preços destoantes para mais ou para menos.	Acórdão nº 2.170/2007-P
6º	Solicitar cotação com os principais fornecedores do mercado.	Acórdão nº 2.170/2007-P
7º	Analisar se as cotações recebidas estão abaixo do teto da CMED. Em caso positivo, comunicar ao fornecedor. Se não for enviada nova cotação, descartar aquela acima do teto máximo.	Art. 6º da Lei nº 10.742/03
8º	Comparar as cotações recebidas com o preço referencial obtido e aplicar juízo de valor sobre a proposta recebida. Caso esteja muito acima da referência, negociar com o fornecedor.	Prática para evitar licitações desertas ou fracassadas
9º	Comparar os preços enviados pelo fornecedor com os obtidos nas revistas especializadas. A depender do volume da contratação, a cotação não pode ser mais alta que o preço do varejo.	Acórdão nº 3.016/2012-P-Plenário
10º	De posse de preços oriundos de todas as fontes, já excluídas as discrepâncias, aplicar nos preços obtidos o método estatístico mais apropriado ao caso.	Norma de Serviço nº 01, de 28.6.2013 – TRF da 4ª Região (modelo para consulta) Norma Interna N/SU/008/004, de 25.7.2011 – Dataprev (modelo para consulta)
11º	O valor obtido será o valor de referência a ser publicado no edital.	Lei nº 8666/93, inc. II, §2º do art. 40, art. 63 da Lei nº 8.666/93

Fonte: Elaboração do autor.

Cumpra-se algumas ressalvas para melhor elucidar cada ponto abordado:

- a) Para especificação dos medicamentos, recomenda-se a utilização do Sistema de Catalogação de Material (CATMAT), o mesmo usado no BPS, desenvolvido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), referência de descrição para os itens de saúde.
- b) É uma boa prática indicar no edital que não serão aceitos valores acima do teto máximo da tabela CMED, porém o art. 40, X, da Lei de Licitações faculta a indicação. Caso seja indicado, torna-se de observação obrigatória.
- c) Pode acontecer de o BPS apresentar preços muito abaixo da realidade de determinado mercado devido à pouca quantidade ou especificidade dos registros. Por esse motivo não deve ser utilizado como referência única, sob pena de a licitação ser deserta ou fracassada.
- d) Qualquer fonte oficial é útil para compor a cesta.
- e) Nesse momento ainda não é o preço referencial da licitação e sim o preço que o gestor utilizará para balizar as propostas que receberá dos fornecedores.
- f) A importância de solicitar cotação dos potenciais fornecedores é conhecer a realidade do mercado local e evitar licitações desertas.
- g) Não é permitida a contratação de medicamentos com preços acima do teto estabelecido pela CMED. Ao verificar essa situação, iniciar a negociação com o fornecedor, com vistas a agilizar o processo e evitar complicações com os órgãos de controle.
- h) Não descartar de pronto as cotações com preço acima do teto máximo da CMED. Comunicar o fato ao fornecedor e negociar uma nova cotação. Só em caso de negativa, a cotação será descartada.
- i) Valendo-se do ganho de economia de escala, o gestor não pode aceitar cotações acima das praticadas no varejo que, em geral, são utilizadas para poucas quantidades.
- j) De posse de todos os preços obtidos, deparamo-nos com a cesta de preços aceitáveis. A partir dela pode-se aplicar, fundamentadamente, o método estatístico mais apropriado. Para contratações de alto risco, que exigem tratamento estatístico robusto dos dados coletados, o mais indicado é a média saneada.⁵ Para casos mais simples é possível utilizar a média simples ou mediana.
- k) O valor obtido com a aplicação do método estatístico comporá o edital de licitação. Para convite, tomada de preços e concorrência é obrigatório divulgar o preço estimado no edital. No caso de pregão, a lei específica não obriga, porém o TCU apenas admite a omissão para os casos devidamente motivados (BRASIL, 2015). O Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão na versão eletrônica, também permite a omissão, desde que fundamentada.

Conclusão

Conforme vimos, as aquisições públicas de medicamentos estão inseridas em um cenário normativo e jurisprudencial vasto. Além do mais, as características inerentes à área de saúde, como escassez de recursos, urgência nas necessidades e as praticamente infinitas demandas, tornam o ambiente ainda mais crítico e de difícil operacionalização pelos gestores.

O objetivo deste artigo foi apresentar parte dos normativos e posicionamentos dos órgãos de controle no tocante a esse tipo de licitação e posterior contratação, sem a pretensão de esgotar

⁵ A “média saneada” consiste em realizar uma avaliação crítica dos preços obtidos na pesquisa, a fim de descartar valores que apresentem grandes variações em relação aos demais (SANTOS, 2015).

o assunto, por entendermos que suas nuances cotidianas não permitem a proposição de uma resposta pronta e definitiva, apta a solucionar todas as problemáticas existentes.

Para isso, o presente trabalho revisou os conceitos e a organização da assistência farmacêutica no SUS. Abordou a exigência legal de realizar a pesquisa de preços nas licitações e os desdobramentos jurisprudenciais decorrentes. Discorreu sobre a cesta de preços aceitáveis, destacando o preço de referência e a sua formação nas aquisições de medicamento por meio dos referenciais de preços existentes no mercado.

Por fim, propôs uma metodologia, por intermédio de um roteiro orientativo do tipo passo a passo, com a finalidade de realizar uma efetiva pesquisa de preços, capaz de trazer a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, e adequarem-se as exigências dos órgãos de controle.

Como trabalhos futuros, sugere-se a criação de uma ferramenta tecnológica que constitua automaticamente a cesta de preços aceitáveis e formule o preço de referência para as licitações. Ademais, faz-se necessário capacitar os responsáveis pelas licitações em métodos estatísticos, para que possam aplicar com mais precisão e fundamento o juízo de valor sobre os preços.

O Brasil vem passando por profundas transformações nos últimos anos. Não há mais espaço moral e ético, assim como orçamentário para desatinos com os recursos públicos. Por outro lado, são diversas as limitações que impedem grande parte dos gestores de executarem suas tarefas da melhor maneira possível, realizando compras justas e vantajosas para a Administração Pública. Tudo o exposto torna o contexto ainda mais desafiador. Uma nova postura é exigida de todos os envolvidos, desde os operadores de licitação, gestores, passando pelos órgãos de controle e chegando até o mercado privado, que terá de abrir mão das exorbitantes e não mais cabíveis margens de lucro obtidas nas operações com o Poder Público.

Abstract: The acquisition of goods and services, as a rule, are carried out through a bidding process. Among the various concepts and principles that govern bidding in the Brazilian legal framework, most of them set forth in Law 8.666/93, the selection of the most advantageous proposal for Public Administration stands out. However, market factors sometimes make it difficult or impossible for the Administration to make good purchases in terms of cost. In the case of public health, the situation becomes even more complex, given the scarce resources and almost

infinite needs. Therefore, when purchasing medication, the Administration needs to use a methodology that helps in the search for optimizing resources. This article will address the aspects inherent to price research in public procurement of medicines by analyzing the reference tables inherent to this market, concluding with a methodology that helps in the bidding process for these products.

Keywords: Bidding. Medicines. Price research. Acceptable price basket.

Referências

- ABCFARMA. *Sobre a ABCFARMA*. Disponível em: <https://site.abcfarma.org.br/sobre/>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 4.766, de 26 de junho de 2003*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4766.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.742, de 06 de outubro de 2003*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.742.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- 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: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério da Economia. Confaz. *Convênio ICMS 87, de 28 de junho de 2002*. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2002/CV087_02. Acesso em: 30 mar. 2020.

- BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Intergestores Tripartite. *Resolução nº 18, de 20 de junho de 2017*. Disponível em: <https://www.cosemssc.org.br/wpcontent/uploads/2017/06/RESOLU%C3%87%C3%830-18-CIT-TORNA-OBRIGAT%C3%93RIO-BPS.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998*. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Aquisição de medicamentos para assistência farmacêutica no SUS: orientações básicas*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Série A. Normas e Manuais Técnicos.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa nº 05, de 27 de junho de 2014*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/775-in052014>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.012/2016-P Plenário*. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 27/04/2016a. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sisdoc/ObterDocumentoSisdoc?codVersao=editavel&codArqCatalogado=10939158>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.405/2006-P. Plenário*. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 9/8/2006c. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060817/TC-006-279-2006-8.doc>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.170/2007-P. Plenário*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Sessão de 10/10/2007. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/RELAC/20071015/UA035-42-2007-P.doc>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.547/2015-Plenário*. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 14/10/2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=538933>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.901/2016. Plenário*. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 16/11/2016. 2016b. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=527113>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3.016/2012-P. Plenário*. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 08/11/2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=432933>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3.759/2014-1C. Primeira Câmara*. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Sessão de 09/07/2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=501680>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 5.708/2017-1C. Primeira Câmara*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 18/07/2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=593267>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 939/2010. Plenário*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 5/5/2010. Processo nº TC 007.117/2010-8. Acesso em: 10 abr. 2012.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 346/1999. Plenário*. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Sessão de 9/6/1999. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC03462299P.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASINDICE. *Conheça a Revista*. Disponível em: <https://www.brasindice.com.br/Home/ConhecaRevista>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CASAGRANDE, Maria L.; CESTARI, Angeliki N.; MOTTA, Ana Paula P. D. Preços referenciais: economia, rapidez e qualidade nas compras governamentais. *II Congresso Consad de Gestão Pública*, Brasília-DF, 2009. Disponível em: <http://docplayer.com.br/8666312-Precos-referenciais-economia-rapidez-e-qualidade-nas-compras-governamentais.html>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- CMED – CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. Ministério da Saúde. *Resolução nº 4 de 18 de dezembro de 2006*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2920593/Resolu%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+4%2C+de+18+de+dezembro+de+2006+%28PDF%29/212d6552-e74a-4efd-a0c4-c519be3926db>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DRESCH, Renato Luís; BICALHO, Fábila Madureira de Castro. *Manual de direito à saúde: normatização e judicialização – Comitê Executivo da Saúde de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.
- GDF refaz edital que teve sobrepreço de até 18.400% apontado por tribunal. *G1*, Distrito Federal, 15 fev. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/02/gdf-refaz-edital-que-teve-sobrepreco-de-ate-18400-apontado-por-tribunal.html>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- MASSI, Viviane. Como funciona a compra de medicamentos pelo SUS. *ICTQ – Instituto de Ciência, Tecnologia e Qualidade*, São Paulo, 18 nov. 2018. Disponível em: <https://www.ictq.com.br/varejo-farmaceutico/826-como-funciona-a-compra-de-medicamentos-pelo-sus>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MATO GROSSO DO SUL. *Decreto nº 15.287, de 24 de setembro de 2019*. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/fd8600de8a55c7fc04256b210079ce25/88d28c99d836c5da04258480004753e2?OpenDocument>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MATO GROSSO DO SUL. TCE. *Resolução nº 88, de 3 de outubro de 2018*. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portalservices/files/arquivo/nome/11561/818431f9f99901b26bacf1041254ba15.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sobre a Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/assistencia-farmacautica/sobre-a-assistencia-farmacautica>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MOTTA, Alexandre R. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Campinas, 2010.

MSH – MANAGEMENT SCIENCES FOR HEALTH. *Managing Drug Supply*. Second Edition, Revised and Expanded. Connecticut: Kumarian Press, 1997.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Orçamento estimado. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, ed. 165, nov. 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEINADO, Jurandir; RAEML Alexandre Reis. *Administração da produção: operações industriais e de serviços*. Curitiba: UnicenP, 2007.

SANTANA, Jair E. *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SANTOS, Franklin Brasil. *Preço de referência em compras públicas – Ênfase em medicamentos*. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/preco-de-referencia-em-compras-publicas-enfase-em-medicamentos.htm>. Acesso em: 7 abr. 2020.

SANTOS, Ricart César Coelho dos. *Financiamento da saúde pública no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHUCH, Edison Viana. *A influência da formação do preço de referência no resultado dos pregões eletrônicos*. Porto Alegre: [s.n.], 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Renilson R. *O sistema público de saúde brasileiro*. Seminário Internacional: Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas. São Paulo, Brasil 11-14 de maio de 2002. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Haroldo Oliveira de. Pesquisa de preços na aquisição pública de medicamentos: metodologia para formação da cesta de preços aceitáveis e geração de economia ao erário. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 67-81, jan./jun. 2020.

Cartel em contratações públicas: sanções cíveis, administrativas e criminais e a solução dos conflitos aparentes de normas

Alexis Sales de Paula e Souza

Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Direito Público pela Faculdade Processus, Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e em Direito da Regulação pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Atualmente é Técnico Legislativo da Câmara dos Deputados.

Resumo: O presente artigo analisa a legislação aplicável aos cartéis de licitação e as punições cíveis, administrativas e criminais a que as empresas cartelizadas estão sujeitas. Demonstra-se a possibilidade de cumulação das sanções administrativas previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos, na Lei do Pregão, na Lei do RDC, na Lei das Estatais, na Lei do Cade e na Lei Anticorrupção. Identificam-se e resolvem-se os diversos conflitos aparentes de normas que surgem pela aplicação concomitante dessas normas.

Palavras-chave: Cartel. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Licitação. Cade.

Sumário: Introdução – Do conceito de cartel de licitações – O direito penal econômico – A legislação sancionatória aplicável aos cartéis de licitação – A punição cível dos cartéis – A punição administrativa dos cartéis – A punição criminal dos cartéis – Conclusão – Referências

Introdução

O Estado deve utilizar seu poder de compra não apenas para adquirir bens e serviços para atender às suas necessidades, mas integrado a uma política pública destinada a gerar externalidades positivas, como fomentar o surgimento de um mercado de fornecedores, gerando emprego e renda. Em todos os países as aquisições de bens e serviços pelo Estado são importantes elementos que podem induzir o surgimento ou o desenvolvimento de um mercado em setores ou regiões específicas.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o mercado de compras governamentais brasileiro corresponde, em média, a 13% do produto interno bruto (PIB). Em 2019, o PIB calculado pelo IBGE (2020) foi de R\$7,3 trilhões, o que indica um gasto estatal com aquisições de bens e serviços em torno de R\$950 bilhões. A magnitude dessa despesa potencializa o papel das compras públicas para além de sua função clássica, fazendo com que ela se coloque como uma ação do Estado capaz de gerar impactos sobre diversos *stakeholders*¹ visando atender a objetivos econômicos, sociais e ambientais (COSTA; TERRA, 2019, p. 7).

A OCDE alerta que a contratação pública é uma das atividades do governo mais vulneráveis à corrupção. Além do volume de transações e dos interesses financeiros em jogo, os riscos de corrupção são exacerbados pela complexidade do processo, pela estreita interação entre funcionários públicos e empresas e pela multiplicidade de partes interessadas.²

O presente artigo analisa uma das principais distorções do mercado de contratações públicas, o cartel. Trata-se de um caso típico de criminalidade de empresa que ocorre em

¹ *Stakeholders* ou partes interessadas (tradução livre) são as pessoas, naturais ou jurídicas, e as organizações, públicas ou privadas, afetadas por um projeto ou empreendimento, de forma direta ou indireta, positiva ou negativamente.

² “Public procurement is one of the government activities most vulnerable to corruption. In addition to the volume of transactions and the financial interests at stake, corruption risks are exacerbated by the complexity of the process, the close interaction between public officials and businesses, and the multitude of stakeholders” (OCDE, 2016).

procedimentos de licitações, contratações ou cotações de preços pela Administração Pública. Durante as investigações da Operação Lava Jato, os principais crimes de empresa perpetrados pelas pessoas jurídicas envolvidas foram a corrupção de agentes públicos e a formação de cartel para frustrar o caráter competitivo das contratações da Petrobras.

A formação de cartel em contratações públicas é uma prática anticoncorrencial que reduz a eficiência do mercado de compras governamentais, pois as empresas cartelizadas manipulam preços e quantidades oferecidas ao Estado. Este, por sua vez, perde seu poder de mercado como o principal consumidor de bens e serviços. Trata-se de um ilícito econômico praticado em detrimento da prestação eficaz do serviço público. Prejudica em especial as populações de menor renda, pois diminui a disponibilidade, a qualidade e a eficácia dos serviços públicos.

Neste trabalho, aborda-se o conceito de cartel, a legislação federal aplicável, as punições cíveis, administrativas e criminais a que as empresas integrantes da colusão estão sujeitas e a possibilidade de cumulação de normas sancionatórias. Além disso, o texto identifica e oferece solução para vários conflitos aparentes decorrentes da multiplicidade de normas primárias punitivas.

Na esfera cível identifica-se e oferece-se solução para o conflito aparente de normas entre a Lei nº 8.429, de 1990 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e a Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção), no que se refere ao prazo e à extensão da pena de proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Examina-se também o conflito aparente entre a LIA e a Lei Anticorrupção no que respeita ao critério de responsabilização do agente, se é subjetivo (LIA) ou objetivo (Lei Anticorrupção).

No âmbito administrativo, aponta-se e propõe-se a solução de dois conflitos aparentes. O primeiro quanto à sanção de suspensão do direito de licitar e contratar previsto nas leis: nº 8.666, de 1993 (Lei Geral de Licitações – LGL), nº 12.462, de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC), nº 12.529, de 2011 (Lei do Cade) e nº 13.303, de 2016 (Lei das Estatais). O segundo conflito refere-se à sanção de multa prevista na Lei Anticorrupção e na Lei do Cade.

No campo criminal, identifica-se e propõe-se a solução do conflito aparente de normas entre o art. 335 do Código Penal (CP), o art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, que define crimes contra a ordem econômica, e os arts. 90 e 93 da LGL.

No texto a expressão “cartel em licitações” é utilizada para representar a colusão entre concorrentes nas contratações públicas realizadas por meio de certame licitatório e contratação direta ou cotações de preços.

Do conceito de cartel de licitações

Segundo o Cade, o cartel em licitações é qualquer acordo ou prática concertados entre concorrentes sem vínculo entre si para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública ou que tenham por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível.

Antes de prosseguir, é de se destacar que truste e cartel não se confundem, muito embora sejam considerados condutas anticompetitivas pelo art. 36 da Lei do Cade. O truste é um ato de concentração.³ É, portanto, a união formal de empresas de um mesmo segmento. O cartel não é legalmente um ato de concentração. Tem por característica ser um acordo informal entre

³ Conforme o art. 90 da Lei do Cade, os atos de concentração são: fusões de duas ou mais empresas anteriormente independentes; aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; incorporações de uma ou mais empresas por outras; ou, ainda, a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

diversas empresas independentes que, em tese, seriam concorrentes entre si dentro do mesmo segmento de mercado. No caso da Petrobras as empresas cartelizadas, grandes empreiteiras, atuavam no segmento de construção de obras públicas.

Por meio de condutas reais ou potencialmente anticompetitivas, os integrantes do cartel atentam contra a liberdade econômica visando ao domínio do mercado de compras e contratação de serviços pelo Estado por um grupo limitado de empresas, em detrimento dos demais agentes econômicos e dos cidadãos.

É necessário destacar que nem toda combinação entre licitantes destinada a frustrar o caráter competitivo da licitação é considerado cartel. Quando várias empresas licitantes pertencem ou são controladas, direta ou indiretamente, pelo mesmo proprietário, ou quando há sócios administradores em comum entre as empresas licitantes, não se está diante de um cartel, pois não há acordo entre empresas concorrentes. Nesses casos descritos as empresas integram um mesmo grupo econômico de fato.⁴ Nessas hipóteses há o ilícito de frustrar o caráter competitivo da licitação, não em razão de cartel, mas sim por fraude.

A lógica de um cartel é fazer com que possíveis concorrentes se unam para eliminar a *livre concorrência*. Isso beneficia as empresas cartelizadas, pois possibilita lucros maiores e domínio sobre o mercado. Num cartel as empresas percebem que a cooperação entre si é mais lucrativa do que a concorrência e, por isto, entram em conluio e passam a agir de forma coordenada.

As principais estratégias das empresas participantes de cartel de licitação são: a) a definição conjunta do valor das propostas; b) a redução do número de participantes na licitação; c) a apresentação de propostas de cobertura, ou seja, apenas para simular a competição; d) o rodízio de vencedores, os concorrentes coordenam suas condutas para que, de modo alternado, cada um deles apresente em oportunidades específicas a proposta vencedora da licitação; e) a divisão do mercado, os concorrentes dividem entre si clientes e áreas geográficas, garantindo assim que para cada um destes haja uma empresa dominante específica; f) a subcontratação, a empresa vencedora do certame subcontrata as empresas colaboradoras, o que permite a divisão entre os participantes do cartel dos lucros obtidos com a licitação.

O cartel em licitações resulta, inevitavelmente, na contratação de produtos e serviços em condições mais desvantajosas para a Administração Pública e permite às empresas cartelizadas obter lucros adicionais resultantes da ausência de competição.

Segundo a OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20%, comparado ao preço em um mercado competitivo. De acordo com a entidade, tais conluios retiram recursos dos adquirentes e contribuintes, diminuem a confiança do público no processo competitivo e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo. Conforme o Organismo Internacional, um objetivo comum numa conspiração de concertação de propostas é o aumento do valor da proposta vencedora e, conseqüentemente, do lucro dos proponentes escolhidos (OCDE, 2009).

É preciso ressaltar que a existência de sobrepreço em relação aos valores de mercado não é requisito para a identificação de um cartel. Se houver colusão entre potenciais concorrentes para vencer o contrato, existe cartel ainda que o preço ofertado seja o de mercado. Portanto, o que caracteriza o cartel é a combinação entre potenciais concorrentes e não o eventual superfaturamento.

⁴ O grupo econômico é o conjunto de sociedades empresariais que, de algum modo, coordenam sua atuação para maximizar o lucro e a produtividade, diminuir custos e garantir posição no mercado.

O direito penal econômico

Nos arts. 170 a 174, a Constituição Federal (CF) erigiu a ordem econômica e financeira à questão material e formalmente constitucional. Esses dispositivos são a base do direito econômico brasileiro e, portanto, o fundamento constitucional da intervenção do Estado na economia que permite a regulação e fiscalização da atividade econômica para coibir a prática da criminalidade econômica.⁵ Disso, deflui o entendimento de que o direito econômico⁶ é o ramo do direito público composto pelas normas que regulam a produção e a circulação de produtos e serviços. Destina-se à regulação do mercado interno e das condições da concorrência entre os agentes do mercado, visando ao desenvolvimento econômico.⁷

O regramento constitucional, em especial o art. 170, estabelece que a ordem econômica constitui um bem jurídico de natureza coletiva ou supraindividual, que engloba normas de direito tributário, financeiro, concorrencial e do consumidor. Logo, o crime contra a economia ofende bens jurídicos indisponíveis, como: a confiança dos operadores econômicos no sistema; a integridade de ramos fundamentais da ordenação econômica; e a própria ordenação econômica em si (COSTA; ANDRADE, 2000, p. 103).

O art. 173, §4º, da CF prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Nesse ponto, a Constituição não deixa margem ao legislador infraconstitucional e determina a criminalização dessas condutas.⁸

O §5º do art. 173 da CF, estabelece que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. A responsabilização a que se refere esse dispositivo não se limita unicamente à esfera criminal, mas antes estende-se para o âmbito das punições administrativas e cíveis.⁹

Nesse contexto, exsurge o direito penal econômico, com suas facetas administrativa, criminal e cível, como um subsistema do direito econômico, ramo do direito público. Por tratar de matéria sancionatória no âmbito administrativo, cível e criminal, o direito penal econômico é informado e dirigido pelos princípios e garantias do direito penal, pois as infrações administrativas e cíveis diferenciam-se das penais somente segundo um aspecto formal, relativamente à autoridade que as impõe. A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, em essência, é o dever jurídico. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ou cível ontologicamente distinto de

⁵ A interferência do Estado na ordem econômica pode ocorrer de três modos, a saber: (a) ora dar-se-á através de seu “poder de polícia”, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como “agente normativo e regulador da atividade econômica” – caso no qual exercerá funções de “fiscalização” e em que o “planejamento” que conceber será meramente “indicativo para o setor privado” e “determinante para o setor público”, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 818).

⁶ O direito econômico é definido por Luís de Moncada (2007, p. 15) como o ramo do direito público que regula a relação entre o Estado e os agentes privados, na perspectiva da intervenção do Estado na economia.

⁷ O direito econômico é composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico, que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as pelo princípio da economicidade, com a ideologia adotada na ordem jurídica. Prossegue Eros Grau (2010, p. 152), cuida-se de ramo do direito que se aplica a regulamentar as medidas de política econômica que adota uma linha de maior vantagem nas suas decisões.

⁸ No julgamento do HC nº 104.410, o STF decidiu que em normas como a do art. 173, §4º, é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Aduz o STF que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também de proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela. Nessa linha, o mandato constitucional de repressão previsto nesse dispositivo impõe ao legislador a adoção de uma legislação que reprima o abuso do poder econômico, observado o princípio da proporcionalidade (HC nº 104.410. Rel. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 6.3.2012. *DJe*, 062, div. 26.3.2012, pub. 27.3.2012).

⁹ No julgamento no qual examinou a Lei Anticorrupção, o STJ decidiu que o rol do art. 173, §5º, da CF não é taxativo, mas apenas prescreve um mínimo de responsabilização, de modo que não veda a elaboração de leis disciplinando a responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de atos diversos das hipóteses nele veiculadas, como é o caso da Lei Anticorrupção. Assim, não está vedado ao legislador elaborar leis nas quais seja disciplinada a responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de atos diversos das hipóteses veiculadas no dispositivo (STJ. REsp nº 1.803.585-RN 2019/0073461-4. Rel. Min. Herman Benjamin. *DJ*, 22 abr. 2020).

um ilícito penal.¹⁰ A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau (HUNGRIA, 1945, p. 24-31). Não há, por óbvio, uma identidade absoluta entre o direito penal e o direito administrativo ou civil sancionador. O que se reconhece é a existência de um núcleo principiológico orientador do poder estatal que toca ao exercício do seu poder punitivo (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 876).

Assim, pode-se afirmar que o direito penal econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica e dispõe sobre o exercício do *jus puniendi* na regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. Pertencem ao direito penal econômico todas as normas incriminadoras que se inserem na direção do Estado nos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle dos preços, na luta contra trustes, cartéis e demais práticas restritivas da concorrência e na promoção da economia (DIAS; ANDRADE, 2013, p. 87).

Enquanto o direito penal visa proteger os bens jurídicos vitais para o indivíduo e a sociedade e garantir os direitos das pessoas naturais ante o poder punitivo do Estado, o subsistema do direito penal econômico visa à proteção da atividade econômica presente e desenvolvida na economia de livre mercado. Os bens jurídicos tratados pelo direito penal econômico possuem um conteúdo eminentemente econômico-empresarial e um caráter fundamentalmente supraindividual.¹¹

Tal como as pessoas naturais, as empresas estão sujeitas ao cometimento de delitos administrativos, cíveis e criminais. São ilegalidades relacionadas ao exercício da atividade da empresa e são praticadas pelos gestores e/ou sócios. A responsabilidade pelos delitos pode ser tanto dos gestores e/ou sócios quanto da própria empresa. São basicamente três tipos de ilícitos envolvendo-as: o crime de empresa,¹² a empresa criminosa¹³ e a fraude ocupacional.^{14 15}

No caso do ilícito de formação de cartel em licitações, o direito penal econômico brasileiro possui duas vertentes. Uma com regras majoritariamente administrativas e cíveis, e outra de conteúdo criminal, conforme se passa a explicitar.

¹⁰ “Não há de se cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 871).

¹¹ Existe uma autonomia relativa entre o sistema de direito penal e o do subsistema de direito penal econômico. O sistema de direito penal, que ele denomina atividade do Estado de primeira linha, visa proteger os direitos fundamentais através de uma atuação especificamente pessoal, embora não necessariamente individual, do homem. Já o subsistema do direito penal econômico, de segunda linha, visa proteger a esfera de atuação social e que se conforma em princípio através dos seus direitos e deveres econômicos, sociais e culturais ou, numa expressão com este amplíssimo sentido, dos seus direitos sociais (DIAS, 2000, p. 37-38).

¹² O crime de empresa é o delito econômico cometido a partir ou através de uma empresa. A pessoa jurídica tem uma atividade lícita e, eventualmente, é utilizada para o cometimento de crimes em sua atuação no mercado. Na esfera cível, o delito mais comum das empresas é o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. No âmbito penal os crimes empresariais mais frequentes são: a corrupção; os cometidos contra a ordem tributária; a sonegação fiscal; crimes contra o sistema financeiro nacional; contra a economia popular; contra as relações de consumo; contra o mercado de capitais; contra a propriedade industrial; contra a propriedade intelectual; falimentares; a lavagem de dinheiro; a evasão de divisas; a apropriação indébita previdenciária; a concorrência desleal; o contrabando; o descaminho; os crimes licitatórios; os crimes ambientais; e os crimes informáticos. A maioria desses crimes possui legislação específica e as ações punem as pessoas jurídicas e os sócios ou administradores.

¹³ A empresa criminosa é a empresa fictícia, fantasma, só de papel, que não tem funcionamento efetivo nem se destina à atividade lícita. Em geral com endereços falsos, sem funcionários e equipamentos. Esse tipo de empresa é constituído apenas documentalmente e é utilizado para cometer crimes. A empresa criminosa busca dissimular a origem dos negócios ilícitos para enriquecimento pessoal de quem está praticando o crime. Normalmente são dirigidas por pessoas as quais se denomina “Iaranja”. O “Iaranja” é um agente intermediário que efetua em seu nome, por ordem de terceiros, transações comerciais ou financeiras, ocultando a identidade do real agente ou beneficiário. Em alguns casos, o “Iaranja” tem ciência de que está sendo utilizado e é, inclusive, remunerado pela “prestação dos serviços”. Em outros, pessoas inocentes, na maioria das vezes com pouca instrução e baixo poder aquisitivo, são utilizados como “Iaranjas”, sem saber.

¹⁴ Fraude ocupacional é o delito perpetrado por um dos sócios, administradores ou funcionários contra a própria empresa ou contra os demais sócios. É definida como o uso da posição ou do cargo para enriquecimento pessoal por meio do uso indevido deliberado ou da má aplicação dos recursos ou bens da organização. São fraudes como furto, desvio de ativos, representações errôneas e falsificações.

¹⁵ “La criminalidad de empresa (Unternehmenskriminalität), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa – o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa –, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa” (SCHONEMANN, 1988, p. 529-558).

A legislação sancionatória aplicável aos cartéis de licitação

As principais normas legislativas aplicáveis às empresas integrantes de cartel de licitações são: o art. 335 do Código Penal; o art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990; a LIA; a LGL; a Lei do Pregão; a Lei do RDC; a Lei do Cade; a Lei Anticorrupção; e a Lei das Estatais.

O tipo penal do art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, é regra geral e tem por bem jurídico protegido a competição entre os agentes de mercado, que torna saudável e eficiente a ordem econômica. Esse dispositivo visa resguardar o *mercado* e a *concorrência em seu sentido abstrato e genérico*. O que a lei protege é a capacidade competitiva das empresas e não uma contratação pública específica. Assim, esse tipo previsto na legislação extravagante exige que o ajuste ou acordo deva ter potencialidade de eliminar a concorrência, gerando uma situação de perigo à manutenção da livre concorrência (REALE JÚNIOR, 2011, p. 1100).

A LIA tem a moralidade administrativa como bem jurídico protegido. Trata-se de um valor abstrato e intangível, pois a conduta improba nem sempre causa prejuízo ao erário, conforme preveem os arts. 9º e 11.¹⁶

A LGL, a Lei do Pregão, a Lei do RDC e a Lei das Estatais têm por objetivo garantir a observância: do princípio constitucional da isonomia; da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração; e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A Lei das Estatais reforça o princípio da livre concorrência ao acrescentar aos objetivos da licitação: evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento; e os princípios da economicidade e da competitividade.

Já a Lei do Cade tutela o direito da concorrência. A norma tem por objeto *não* a defesa da concorrência em si, enquanto estrutura de mercado, tampouco dos concorrentes, mas a defesa de uma conformação do mercado que assegure a fruição de direitos fundamentais do trabalho e da livre iniciativa, do direito de propriedade, da livre concorrência e de defesa do consumidor.¹⁷

Por seu turno, a Lei Anticorrupção tem como bem jurídico material tutelado o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, os princípios da Administração Pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A norma tem por característica a responsabilidade objetiva das empresas pelos atos lesivos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Passa-se agora a discorrer sobre as sanções cíveis, administrativas e penais a que estão sujeitas as empresas integrantes de cartel em licitações e sobre os conflitos aparentes de normas identificados.

A punição cível dos cartéis

Na esfera cível, as empresas participantes de cartel de licitações estão sujeitas concorrentemente ao disposto na LIA e na Lei Anticorrupção. A primeira coisa que salta aos olhos é a semelhança dos bens jurídicos tutelados na LIA e na Lei Anticorrupção. A diferença é que a LIA exige a participação de um agente público e a Lei Anticorrupção, não.

A LIA prevê, além da punição do agente público, a aplicação de suas sanções àquele que, mesmo não ostentando a qualidade de agente público, induza ou concorra para a prática do ato

¹⁶ A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. A Corte também fixou o entendimento de que não cabe invocar o princípio da insignificância se a conduta do agente foi improba ou se violou bens e valores protegidos pela LIA. Para o STJ, é iníquo punir como improbidade, quando desnecessário ou além do necessário, bem como absolver comportamento social e legalmente reprovado, incompatível com o marco constitucional e a legislação que consagram e garantem os princípios estruturantes da boa administração. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, “não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos”. Assim, os atos de improbidade punidos pela norma não se confundem com simples irregularidades administrativas. O ato antijurídico só adquire a natureza de improbidade se, com culpa ou dolo, ferir os princípios constitucionais da Administração Pública e a ordem jurídica de regência da atuação do agente público (REsp nº 769.317/AL. Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma. DJ, 27 mar. 2006 e REsp nº 892.818/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 11.11.2008. DJe, 10 fev. 2010).

¹⁷ Cade: caso SDE x TBA e Microsoft – Processo nº 08012.008024/1998-49.

de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Consequentemente, a LIA alcança também as empresas que tenham participado do ato improprio como a hipótese de integrar cartel em licitações. Já as sanções da Lei Anticorrupção destinam-se a apenar as pessoas jurídicas que praticarem os atos lesivos relacionados em seu art. 5º, sem exigir a participação de agente público para a sua aplicação. Assim, se o cartel de licitações não contou com a participação de agente público, aplica-se unicamente às empresas as sanções cíveis previstas na Lei Anticorrupção.¹⁸

Seja no âmbito da LIA, seja na Lei Anticorrupção, na hipótese de a empresa apenada não possuir bens suficientes para ressarcir o dano causado à Administração Pública e observar-se o abuso da personalidade jurídica, é possível a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.¹⁹ No caso da Lei Anticorrupção, o art. 14 prevê isso expressamente. Na LIA a desconsideração da personalidade jurídica se dá com amparo no art. 50 do Código Civil (CCB) e nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil (CPC).

Quanto à possibilidade de concurso de normas, a LIA prevê que a aplicação de suas penalidades não exclui outras sanções cíveis ou penais. A Lei Anticorrupção tem regra no mesmo sentido e é expressa quanto à aplicação cumulativa da LIA. Logo, o concurso de normas é determinado por lei.

Assim, havendo a participação de agente público, a fraude à licitação pela formação de cartel destinado a frustrar o caráter competitivo de certame público atrai a aplicação da LIA e da Lei Anticorrupção, concomitantemente. Nessa hipótese, é possível a aplicação das sanções previstas nos dois instrumentos legais.

Estabelece a LIA, no art. 10, VIII, que, em caso de lesão ao erário, as empresas participantes de cartel de licitações estão sujeitas: ao ressarcimento integral do dano; à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (art. 12, II).

Cumpra destacar que o STJ fixou orientação segundo a qual a imposição da pena de ressarcimento ao erário da LIA exige prova da malversação dos recursos públicos. Apenas, excepcionalmente, admite-se a presunção de dano, como na hipótese de frustração ou dispensa irregular de processo licitatório, nos termos do art. 10, VIII, da LIA. Assim, no caso da formação de cartel, admite-se a mera presunção de dano, não sendo necessária a efetiva demonstração deste para que haja a imposição de ressarcimento ao erário.²⁰

A Lei Anticorrupção prevê que as empresas participantes de cartel de licitações podem ser apenadas com: o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de um e máximo de 5 cinco anos. Além dessas sanções cíveis, a

¹⁸ Nos termos da jurisprudência do STJ é inviável o manejo da ação de improbidade administrativa (AIA) exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. De acordo com a Corte, a participação de agente público é requisito indispensável à incidência da LIA. Consequentemente, só é possível a punição de terceiros que tenham agido em conluio com um agente público. Não sendo divisada a participação do agente público, estará o terceiro sujeito a sanções outras que não aquelas previstas na LIA (REsp nº 1.409.940/SP. Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma. *DJe*, 22 set. 2014; AgRg no AREsp nº 574.500/PA. Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma. *DJe*, 10 jun. 2015; REsp nº 1.405.748/RJ. Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma. *DJe*, 17 ago. 2015; REsp nº 1.678.206/RS. Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 26.5.2020. *DJe*, 5 jun. 2020).

¹⁹ A desconsideração da personalidade jurídica permite estender a obrigação de ressarcimento dos prejuízos identificados pelo ato improprio aos sócios, pessoas naturais e/ou pessoas jurídicas controladoras, ou administradores, que responderão com seus bens pessoais.

²⁰ AgInt nos EREsp nº 728.341/SP. Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Seção, j. 28.2.2018. *DJe*, 3 abr. 2018; AgRg no AgRg no REsp nº 1.288.585/RJ. Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Conv. TRF 1ª Região), 1ª Turma, j. 16.2.2016. *DJe*, 9 mar. 2016; AgRg no REsp nº 1.512.393/SP. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 19.11.2015. *DJe*, 27 nov. 2015; AgInt no REsp nº 1.538.079/CE. Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. 26.6.2018. *DJe*, 2 ago. 2018.

Lei Anticorrupção prevê a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica, quando comprovado tratar-se de empresa criminosa.

O quadro a seguir sintetiza as penalidades previstas na LIA e na Lei Anticorrupção.

Quadro 1 – Penalidades previstas na LIA e na Lei Anticorrupção

Sanção	LIA	Lei Anticorrupção
Ressarcimento integral do dano	Sim (art. 12, II)	Sim (art. 21, parágrafo único)
Perda dos bens ou valores	Sim (art. 12, II)	Sim (art. 19, I)
Multa civil de até 2 vezes o valor do dano	Sim (art. 12, II)	Não
Proibição de contratar com o Poder Público	Sim (art. 12, II)	Não
Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios	Sim (art. 12, II)	Sim (art. 19, IV)
Suspensão ou interdição parcial de atividades	Não	Sim (art. 19, II)
Dissolução compulsória da pessoa jurídica	Não	Sim (art. 19, III)
Desconsideração da personalidade jurídica	Não	Sim (art. 14)

Fonte: Elaboração do autor.

A conjugação da LIA e da Lei Anticorrupção sujeita as empresas cartelizadas às penas cíveis de: ressarcimento integral do dano; perda de bens e valores; multa cível de até duas vezes o valor do dano; proibição de contratar com o Poder Público; suspensão ou interdição parcial de atividades; e dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Com a possibilidade de aplicação concomitante e devido à coincidência de penas cíveis, observa-se um concurso aparente de normas, quando uma só ação pode, em tese, configurar mais de um delito e ensejar mais de uma punição.²¹

No caso do ressarcimento integral do dano e da perda dos bens e valores não há conflito de normas, porque a sanção será aplicada uma única vez, satisfazendo as duas normas ao mesmo tempo.

O mesmo não ocorre com a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. A LIA e Lei Anticorrupção tratam a matéria de maneira diferente, causando um conflito aparente de normas.

Há também outro conflito entre a LIA e a Lei Anticorrupção no que diz respeito à responsabilização. Na LIA a regra é a responsabilização subjetiva do agente público e da empresa, enquanto a Lei Anticorrupção prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.

²¹ A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que nessas situações só uma norma é aplicável, excluídas as demais por princípios lógicos e de valoração jurídica do fato. Conforme o STJ, três são os princípios que regulam a solução do conflito aparente de normas: o da especialidade, o da subsidiariedade e o da consunção. O pressuposto fundamental é que haja um só fato (embora complexamente considerado) e que as leis que concorram estejam em vigor. Se uma lei sucede a outra, não há, evidentemente, conflito. Dessa forma, ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável. Consequentemente, quando da aplicação conjunta dos dois instrumentos legais, é necessário resolver o conflito aparente de normas sancionatórias para evitar o *bis in idem* (STJ. REsp nº 1376.670-SC 2013/0119375-3. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 – Sexta Turma, j. 16.2.2017. DJe, 11 maio 2017).

1 Conflito de normas entre a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios

Na LIA, a sanção é a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, *pelo prazo fixo de cinco anos*. Em outras palavras, não há previsão de modulação da dosimetria da sanção.

Na Lei Anticorrupção, a sanção é mais ampla. Além do previsto na LIA, a punição alcança os subsídios, as subvenções e as doações de órgãos ou entidades públicas, mas pelo prazo *mínimo de um e máximo de cinco anos*. Ao estabelecer um mínimo e um máximo de tempo para a sanção, a norma da Lei Anticorrupção permite ao juiz verificar, antes de definir a pena cível: a culpabilidade em sentido *lato*, ou seja, a reprovação social que o ilícito e a empresa merecem; a conduta antecedente da empresa; o papel que a empresa desempenha na comunidade; as circunstâncias do ilícito; as consequências e o prejuízo causado.

Assim, entende-se que, apesar de prever uma extensão maior, vez que a sanção abarca subsídios, subvenções e doações, aplica-se a sanção da Lei Anticorrupção por ser mais favorável à empresa apenada, vez que permite uma modulação da dosimetria da punição (de um a cinco anos) em decorrência das circunstâncias e efeitos do ilícito.

2 Conflito aparente entre a responsabilização subjetiva da LIA e a responsabilização objetiva da Lei Anticorrupção

A aplicação concomitante da LIA e da Lei Anticorrupção introduz um outro conflito aparente de normas, no que se refere à responsabilização objetiva das empresas, previsto na Lei Anticorrupção.

O art. 10 da LIA prevê a responsabilização subjetiva do agente público e das empresas responsáveis pelo ato improprio de fraudar licitação pela formação de cartel. Logo, muito embora o dano possa ser presumido, a responsabilidade cível pela conduta impropria não admite o dolo ou a culpa presumida.

No julgamento do REsp nº 751.634/MG, o STJ estabeleceu que as condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA e que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Aduz a Corte que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva nem a penalização por condutas meramente culposas, salvo quando houver lei expressa neste sentido. Logo, a má-fé deve ser provada na ação de improbidade administrativa, sob pena de atipicidade de conduta.²²

No âmbito da aplicação da LIA aos agentes, em primeiro lugar, identifica-se a relação de causa – a imputação objetiva do evento. Posteriormente, verifica-se o dolo ou a culpa – imputação subjetiva. A responsabilização do agente depende, portanto, de sua voluntariedade em relação à provocação do resultado.

Já os arts. 1º e 2º da Lei Anticorrupção preveem que as empresas cartelizadas estão sujeitas à regra da responsabilidade civil objetiva, ou seja, sem perquirição de dolo ou culpa. Identificada a relação de causa e efeito (imputação objetiva) entre a ação da empresa e o ato lesivo, o agente será punido, independentemente de ter agido de forma dolosa ou culposa.

Resolve-se esse conflito pela aplicação unicamente da regra da responsabilização subjetiva da LIA, por questão de razoabilidade. Entende-se que, em razão das garantias constitucionais dos que estão sujeitos ao *jus puniendi* estatal, tanto o agente público como a empresa têm direito de ser julgados segundo o princípio da responsabilidade subjetiva previsto na LIA que lhes é mais favorável.

²² REsp nº 751.634 MG. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 26.6.2007.

A punição administrativa dos cartéis

Como ressaltado anteriormente, aplicam-se ao sancionamento administrativo as regras e princípios que dirigem o direito penal.²³ Em decorrência disso, o poder sancionador em âmbito administrativo obedece ao princípio da legalidade estrita e, por isto, não prescinde da necessidade da identificação de comportamento típico, antijurídico²⁴ e culpável.²⁵ Cumpre destacar a liminar concedida pelo STF, no Mandado de Segurança nº 35.506/DF, que reforça o princípio da legalidade estrita em sede administrativa sancionatória ao reconhecer a impossibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa. A liminar concedida prevê que, por ausência de norma autorizativa, somente o Poder Judiciário tem competência para levantar o manto corporativo e buscar os bens dos sócios ou administradores.²⁶

O tipo administrativo sancionador tem por característica ser aberto.²⁷ Apesar disso, exige-se que a configuração das infrações administrativas seja descrita de maneira suficientemente clara, não deixando dúvidas sobre o comportamento reprovável. O fato de o tipo administrativo ser aberto exige atenção especial com os aspectos fáticos dos ilícitos administrativos.

Em sede administrativa, as empresas participantes de cartel em licitações sujeitam-se concorrentemente ao regramento da LGL, da Lei do Pregão, da Lei do RDC, da Lei das Estatais, da Lei do Cade e da Lei Anticorrupção. Por vezes, essas normas estabelecem sanções administrativas muito semelhantes, causando um conflito aparente de normas sancionatórias administrativas.

1 A possibilidade de cumulação das sanções administrativas previstas na LGL, na Lei do Pregão, na Lei do RDC, na Lei das Estatais, na Lei do Cade e na Lei Anticorrupção

Na constituição de cartel para frustrar o caráter competitivo de licitação, os agentes envolvidos praticam mais de um delito administrativo com uma só ação, num concurso de ilícitos, semelhante ao concurso de crimes.²⁸ Assim, as empresas integrantes de cartel, dependendo da situação, violam de uma só vez os objetos jurídicos tutelados nas várias leis de licitações acima citadas, na Lei do Cade e na Lei Anticorrupção.

Pela sua característica normativa, os delitos administrativos de participação em cartel de licitações tipificados nas normas acima mencionadas são cometidos ao mesmo tempo e não um após o outro, mesmo que o processo licitatório envolva fases distintas. Por isso, pode-se

²³ “O tipo administrativo sancionador está sujeito aos princípios: da legalidade, da anterioridade, da tipicidade, da exigência de voluntariedade para incursão na infração, da proporcionalidade, do devido processo legal e da motivação” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 874-883).

²⁴ “Define-se antijuridicidade, sob o aspecto formal, como oposição a uma norma legal; e, sob o aspecto material como contrariedade do fato às condições de vida social, tendo em conta a tarefa do Estado de proteger pela norma bens essenciais” (SALLES JÚNIOR, 1995, p. 18).

²⁵ Tipo é o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa. Segundo o autor, os elementos do tipo dividem-se em objetivos, subjetivos e normativos: os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato; os últimos conduzem a um juízo de valor em relação aos pressupostos do injusto típico (“sem licença de autoridade competente”, “funcionário público”, “sem as formalidades legais”, “decoro”, “injusta” e outras expressões jurídicas ou extrajurídicas que exigem uma compreensão geral do direito ou da realidade social). Faltando algum destes elementos, desde que expressos no tipo, não haverá infração (OLIVEIRA, 2005, p. 20-21).

²⁶ O TCU havia determinado, entre outras providências, a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa envolvida em desvios na construção do COMPERJ. Na liminar o Ministro Marco Aurélio decidiu que ao “Tribunal de Contas, órgão administrativo, não cabe o implemento de medida cautelar a restringir direitos de particulares, de efeitos práticos tão gravosos como a indisponibilidade de bens e a desconsideração da personalidade jurídica, em sanções patrimoniais antecipadas”. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio explicou que não se trata de afirmar a ausência do poder geral de cautela do TCU, mas de assinalar que essa atribuição tem limites, dentro dos quais não se encontra o bloqueio, “por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade”, dos bens de particulares contratantes com a Administração Pública. Para o ministro, é imprópria a justificativa da medida com base no art. 44 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92), pois o dispositivo diz respeito à disciplina da atuação do responsável pelo contrato público, ou seja, do servidor público, sem abranger o particular. O ministro lembrou ainda que a legislação infraconstitucional atribui ao TCU o poder de determinar por ato próprio ao particular a execução de certas penalidades. Exige, no entanto, a intervenção do Poder Judiciário, mediante a provocação do Ministério Público. O mandado de segurança começou a ser julgado pelo Plenário do STF em 25.6.2020 (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5343207>).

²⁷ Tipo aberto é aquele em que a lei penal não descreve detalhadamente a conduta que se quer proibir ou impor, ficando esse trabalho de acomodação entregue ao julgador, a exemplo do que ocorre, como regra, com os delitos culposos (GRECO, 2017, p. 70).

²⁸ O concurso de delitos se verifica quando o agente, por meio de uma ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais delitos. Isso significa a presença de uma pluralidade delitiva. Não é sem razão o fato de ter sido denominado a “arte de contar os delitos” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 415).

falar numa espécie de concurso material de ilícitos administrativos, pois há uma independência valorativa jurídica e um caráter autônomo nas condutas tipificadas nas normas violadas e os delitos não se revelam incompatíveis entre si. Assim, um delito administrativo não absorve o outro. Porque os bens jurídicos tutelados nas várias leis de licitações acima citadas, na Lei do Cade e na Lei Anticorrupção são distintos.

Logo, é possível cumular as sanções administrativas destas normas, desde que presentes os requisitos previstos em cada instrumento legal. Trata-se de aplicar uma regra sancionatória de infrações administrativas segundo um critério de índole normativa e não meramente naturalística. Na aplicação das sanções é preciso evitar-se o *bis in idem*, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.²⁹

Em relação à Lei Anticorrupção é preciso destacar que a norma trata ato ilícito e ato lesivo como sinônimos (art. 5º, II). Isso não corresponde à realidade, pois o conceito legal de ato lesivo não se confunde com o de ato ilícito previsto no CCB. Em decorrência disso, nem todo ato lesivo é ilícito.

Essa questão é particularmente importante quando da aplicação conjunta das normas, porque o sistema de responsabilização administrativa das empresas passou a conviver com a responsabilidade subjetiva das leis de licitações e da Lei do Cade com a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção. Na hipótese de formação de cartel em licitações, todavia, a impropriedade nos conceitos de ato lesivo e de ato ilícito torna-se irrelevante, pois no tipo administrativo do art. 5º, IV, “a”, da Lei Anticorrupção não se vislumbra esta confusão.

A LGL prevê que os integrantes de cartel de licitação podem ser apenados com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios em razão da prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos do certame. Destaque-se que inexistente na Lei do Cade e na Lei Anticorrupção a previsão de declaração de inidoneidade para os integrantes de cartel de licitações.

Por seu turno, a Lei do Pregão prevê como sanção única a suspensão do direito de licitar e contratar com os todos os Entes federados, pelo prazo de até cinco anos. O alcance da suspensão prevista na Lei do Pregão é mais alargado do que o previsto na LGL, que alcança somente o órgão responsável pelo certame. Percebe-se, portanto, que a abrangência da sanção da Lei do Pregão assemelha-se à da declaração de inidoneidade da LGL.

A Lei do Pregão estatui a aplicação subsidiária do regramento da LGL (art. 9º). A subsidiariedade implica a aplicação das sanções da LGL, quando a Lei do Pregão não possuir norma específica. Essa questão é importante porque não há tipo administrativo específico prevendo a conduta de burlar o caráter competitivo do pregão, em razão de conduta anticoncorrencial. Assim, ante a inexistência de norma específica, apenam-se as empresas que participarem de cartel de licitação na modalidade de pregão com os tipos administrativos da LGL, no caso, a declaração de inidoneidade.

A Lei do RDC prevê que fraudar a licitação sujeita a empresa à sanção do impedimento de licitar e contratar com União, estados, Distrito Federal ou municípios, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório (art. 47, V). A norma estatui, ainda, que as sanções administrativas, penais e a tutela judicial previstas na LGL integram, para todos os efeitos, a Lei do RDC (art. 47, §2º). Aqui não se trata de aplicação subsidiária da LGL, conforme prevê a Lei do Pregão, mas de aplicação direta.

²⁹ Corroborando esse entendimento, o Decreto nº 8.420, de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, estabelece em seu art. 12 que os atos previstos como infrações administrativas nas várias leis de licitações, e que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei Anticorrupção, serão apurados e julgados conjuntamente (“Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo”).

A Lei das Estatais é mais rígida quanto aos requisitos referentes ao quadro societário das empresas,³⁰ praticamente repete o texto da LGL e prevê a aplicação da pena de suspensão do direito de licitar e contratar por prazo não superior a dois anos às empresas que integrem cartel de licitação (art. 84).

A Lei do Cade prevê, nos arts. 37 e 38, que a infração à ordem econômica de integrar cartel de licitações sujeita as empresas às seguintes punições: a) multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa; b) publicação de extrato da decisão condenatória; c) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais; d) proibição de participar de licitação na Administração Pública direta e indireta federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, por prazo não inferior a cinco anos; e) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; f) não concessão de parcelamento de tributos federais ou o cancelamento, no todo ou em parte, de incentivos fiscais ou subsídios públicos; g) decretação da cisão da sociedade, da transferência de controle societário, de venda de ativos ou de cessação parcial de atividade; e h) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Já a Lei Anticorrupção estabelece, no art. 5º, que constitui ato lesivo à Administração Pública, que atenta contra o patrimônio público nacional, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público. A norma prevê como sanção a aplicação de multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

A tabela a seguir sintetiza as sanções administrativas a que estão sujeitas as empresas que integram cartel para fraudar contratações públicas.

Quadro 2 – Sanções administrativas aplicadas a cartel de empresas que tentam fraudar contratações públicas

(continua)

Penalidade	LGL	Lei RDC	Lei das Estatais	Lei do Cade	Lei Anticorrupção
Suspensão do direito de licitar e contratar	Sim art. 87, III	Sim art. 47	Sim art. 84, II	Sim art. 38, II	Não
Declaração de inidoneidade	Sim art. 87, IV	Não	Não	Não	Não
Multa à empresa	Não	Não	Não	Sim art. 37, I	Sim art. 6º, I
Multa à pessoa natural	Não	Não	Não	Sim art. 37, II e III	Não
Publicação de decisão condenatória	Não	Não	Não	Sim art. 38, I	Sim art. 6º, II
Proibição de contratar com instituições financeiras oficiais	Não	Não	Não	Sim art. 38, II	Não

³⁰ A norma amplia a proibição de participar de licitações e de ser contratada à empresa (art. 38): cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante; suspensão por estatal; declarada inidônea pelos entes federados; constituída por sócio ou cujo administrador seja ou tenha sido sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea; constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção; que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

(conclusão)

Penalidade	LGL	Lei RDC	Lei das Estatais	Lei do Cade	Lei Anticorrupção
Inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor	Não	Não	Não	Sim art. 38, III	Não
Inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas	Não	Não	Não	Não	Sim art. 22
Recomendação de que não seja autorizado o parcelamento de tributos federais devidos ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos concedidos	Não	Não	Não	Sim art. 38, IV, “b”	Não
Determinação da cisão da sociedade, a transferência de controle societário, a venda de ativos ou cessação parcial de atividade	Não	Não	Não	Sim art. 38, V	Não
Determinação de qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica	Não	Não	Não	Sim art. 38, VII	Não
Proibição à pessoa natural responsável pela participação em cartel de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica	Não	Não	Não	Sim art. 38, VII	Não

Fonte: Elaboração do autor.

Em âmbito administrativo também se observa que uma mesma conduta ilícita atrai a aplicação de mais de uma norma sancionatória, provocando um concurso de normas. A seguir, propõe-se solução para os vários conflitos aparentes identificados.

2 Conflito entre a suspensão do direito de licitar e contratar previsto na LGL, na Lei do RDC e na Lei das Estatais

A LGL, a Lei do RDC e a Lei das Estatais preveem que constitui delito administrativo praticar atos ilícitos *visando a frustrar os objetivos da licitação*. Já a Lei do Cade estabelece que constitui infração à ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma *preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública* (art. 36, §3º, I, “d”).

A LGL e a Lei das Estatais estatuem que, em caso de constatação de cartel, as empresas estão sujeitas à pena administrativa de suspensão temporária do direito de participar em licitação e de contratar com o órgão responsável pelo certame, por *prazo não superior a dois anos*.

A Lei do RDC prevê, no art. 47, V, de forma genérica que, em caso de fraude à licitação – que em tese inclui a formação de cartel –, as empresas podem ser punidas com o impedimento de licitar e contratar com a União, estados, Distrito Federal ou municípios, pelo *prazo de até cinco anos*.

Resolve-se esse conflito aparente de normas pela aplicação da sanção prevista na LGL, pois a descrição do tipo administrativo da LGL (frustrar os objetivos da licitação) é mais específica do que a conduta descrita na Lei do RDC (fraudar).

A fraude é qualquer ato ardiso, enganoso, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever.^{31 32} Consiste em usar um subterfúgio para alcançar um fim ilícito, ou ainda, o engano dolosamente provocado, o malicioso induzimento em erro ou aproveitamento de preexistente erro alheio, para o fim de injusta locupletação.

Pode ocorrer fraude: pelo direcionamento de edital; pela participação de duas ou mais pessoas jurídicas pertencentes ou controladas pela mesma pessoa; pelo emprego de empresas criminosas para desviar recursos; pela criação de uma nova pessoa jurídica pelo controlador de empresa declarada inidônea; ou pela ocorrência de corrupção ativa e passiva.

Já a conduta de integrar cartel, muito embora seja uma das formas de se fraudar o caráter competitivo, implica uma das seguintes condutas específicas: definição conjunta do valor das propostas; abstenção de apresentação de propostas; apresentação de propostas de cobertura; rodízio de vencedores; divisão do mercado; ou subcontratação.

Em razão de ser mais específica em relação à conduta anticompetitiva, aplica-se às empresas que violarem os objetivos da licitação regida pela Lei do RDC, pela formação de cartel, a punição da LGL (art. 87, III, c/c art. 88, II).

Além disso, a sanção da LGL é mais favorável por ser mais branda tanto no prazo, quanto no alcance. A LGL prevê que o prazo da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública *não será superior a dois anos*. Já o art. 47 da Lei do RDC prevê que esse impedimento tem *prazo de até cinco anos*. Acrescente-se que a sanção da LGL se restringe ao órgão responsável pelo certame, enquanto a punição da Lei do RDC estende-se à Administração Pública, direta e indireta, da União, estados e Distrito Federal e municípios.³³

3 Conflito entre a suspensão do direito de licitar e contratar previsto na Lei do Cade em confronto com a mesma punição prevista na LGL, na Lei do RDC e na Lei das Estatais

O conflito aparente de normas entre a sanção prevista na LGL, na Lei das Estatais e na Lei do Cade tem solução mais intrincada.

A Lei do Cade estabelece que a infração à ordem econômica de integrar cartel de licitações é punida com a proibição de participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na Administração Pública, direta e indireta, federal, estadual e do Distrito Federal e municipal, *por prazo não inferior a cinco anos* (art. 38, II). A proibição não se estende à possibilidade de contratação direta, com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O bem jurídico protegido pela Lei do Cade é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. A norma prevê também que a aplicação de seus dispositivos será orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, de livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico.

O tipo administrativo da Lei do Cade prevê que caracteriza infração da ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública (art. 37, §3º, I, “d”). O que o tipo protege é a

³¹ “A fraude é vício de muitas faces. Está presente em sem-número de situações na vida social e no Direito. Sua compreensão mais acessível é a de todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros” (VENOSA; RODRIGUES, 2019, p. 166).

³² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp>.

³³ Cumpre destacar que a suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração Pública Federal, tanto na LGL e na Lei das Estatais quanto na Lei do Cade, só produz efeitos *ex nunc*, não atingindo os contratos em andamento.

competição entre os licitantes evitando o que a literatura denomina manipulação de propostas (*Bid Rigging*).³⁴ Esse tipo visa reprimir a formação de cartel de licitações destinado a controlar o mercado/setor de licitações públicas.

Como dito anteriormente, a LGL e a Lei das Estatais têm como finalidade específica e bem jurídico protegido a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Logo, a LGL e a Lei das Estatais são normas específicas destinadas a regular as contratações públicas individualmente.

Fixado esse entendimento, resolve-se o conflito aparente de normas examinando o alcance do cartel de licitações. Se o arranjo anticoncorrencial se destinar a dominar o mercado/setor de licitações públicas, trata-se de uma infração à ordem econômica que atrai a aplicação da Lei do Cade.

Por outro lado, se a colusão se destinar a fraudar licitações, sem a intenção de dominação de mercado/setor, aplica-se a regra sancionatória da LGL ou da Lei das Estatais, conforme o caso.

4 Conflito aparente da sanção de multa prevista na Lei Anticorrupção e na Lei do Cade

As duas leis, com redação praticamente idêntica, preveem a aplicação de multa à empresa participante de cartel de licitações.

A Lei do Cade define que constitui infração da ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, os preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública. A norma prevê que essa infração sujeita a empresa à multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

Por seu turno, a Lei Anticorrupção estatui que constitui ato lesivo à administração pública, que atenta contra o patrimônio público nacional, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público. A norma prevê como sanção multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo.

Como dito anteriormente, não se admite a aplicação das duas penalidades pelo mesmo ilícito administrativo, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, ainda que o Cade e CGU procedam à apuração da conduta em processos apartados.

A solução desse conflito aparente de normas passa pela mesma metodologia do item anterior. É preciso examinar o alcance do cartel. Se a colusão se destina ao controle do mercado/setor de licitações públicas, temos uma infração à ordem econômica que atrai necessariamente a aplicação das sanções da Lei do Cade. Por outro lado, se o cartel objetiva vencer licitações, sem a intenção de domínio de mercado/setor, está-se diante de uma lesão ao patrimônio público apenas com as sanções da Lei Anticorrupção. A consequência prática de se aplicar a Lei Anticorrupção é afastar-se a punição da tentativa, conforme prevê o art. 36, *caput*, da Lei do Cade.

A punição criminal dos cartéis

No caso de cartel em licitações observa-se um conflito aparente de normas penais entre o art. 335 do CP, o art. 90 da LGL e o art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Cumprir destacar que não cabe incluir no rol acima o art. 96 da LGL, porque este tipo penal não se refere especificamente à formação de cartel. O art. 96 da LGL é delito material que exige

³⁴ “Bid rigging happens when groups of firms conspire to raise prices or lower the quality of goods, works or services offered in public tenders” (tradução livre: “A manipulação de propostas acontece quando grupos de empresas conspiram para aumentar os preços ou diminuir a qualidade de bens, obras ou serviços oferecidos em contratações públicas”) (OCDE, 2012).

a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no prejuízo à Fazenda Pública. Já o tipo penal do art. 90 é formal, basta a colusão para a consumação do crime, independentemente de eventual prejuízo.

A aplicação dos arts. 90 e 96 da LGL em concurso material só é possível se a formação do cartel para burlar o caráter competitivo de contratação pública tenha causado prejuízo à Administração.

1 Conflito aparente de normas entre o art. 335 do CP e o art. 90 da LGL

O Código Penal tipifica no art. 335 o crime de impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública, punível com pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Conforme estabelecido anteriormente, a elementar “fraudar” do art. 335 do CP é ampla e inclui também a conduta de integrar cartel, pois esta é uma das formas de se fraudar o caráter competitivo de uma licitação. O crime é material, pois exige resultado, e o bem juridicamente protegido é a probidade das licitações públicas.

A LGL tipifica como crime frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90). O Plenário do STF no julgamento do HC nº 116.680/DF já decidiu que o delito previsto no art. 90 da LGL é formal, vez que não exige resultado.^{35 36}

Assim, a consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto. A simples formação do cartel é suficiente para que o crime seja consumado. Em decorrência disso, a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório.

No crime previsto no art. 90 da LGL, o prejuízo econômico à Administração Pública é mero exaurimento do tipo. Consequentemente, o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, causada pela frustração ou pela fraude no procedimento licitatório.

O conflito de normas resolve-se pela aplicação do art. 90 da LGL, pois com o advento desta norma o art. 335 do CP foi revogado tacitamente, em decorrência ao princípio da especialidade. A LGL não revogou formalmente o dispositivo, mas regulou inteiramente a conduta ilícita tratada no art. 335 do CP. O STJ esclareceu que a LGL substituiu o art. 335 do Código Penal na tipificação da fraude, sendo que a adequação da conduta a um ou outro tipo depende do momento em que o delito foi cometido.³⁷

2 Conflito aparente de normas entre o crime contra a ordem econômica da Lei nº 8.137, de 1990, e o art. 90 da LGL

A Lei nº 8.137, de 1990, art. 4º, II, “a”, tipificou como crime contra a ordem econômica formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços. A pena para esse crime é reclusão de dois a cinco anos e multa. Trata-se de crime formal, ou seja, basta que haja conluio entre as empresas para que o crime seja consumado.

No ilícito previsto no tipo da Lei nº 8.137, de 1990, a conduta objetiva é formar acordo, convênio, ajuste, aliança entre ofertantes visando à fixação artificial de preços ou quantidades

³⁵ HC nº 116.680/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma. *DJe*, 13 fev. 2014.

³⁶ O STJ também tem jurisprudência pacífica indicando que, para a consumação do delito, basta a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente de demonstração de recebimento de vantagem indevida pelo agente e comprovação de dano ao erário (HC nº 341.341/MG. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 16.10.2018. *DJe*, 30 out. 2018; AgRg no REsp nº 1.793.069/PR. Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 10.9.2019. *DJe*, 19 set. 2019).

³⁷ HC nº 11.840/RS. Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 11.9.2001. *DJ*, 22 out. 2001. p. 336.

vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Logo, exige-se a demonstração de que a conduta dos participantes do cartel de licitação tinha por objetivo o domínio de mercado de licitações públicas. Nessa hipótese, o domínio de mercado caracteriza-se por uma posição de força econômica que permita às empresas cartelizadas impedir a manutenção de uma concorrência efetiva nas licitações públicas (MAIA, 2008, p. 180).

O conflito aparente resolve-se pela identificação do alcance do acordo das empresas cartelizadas. O STJ, examinando o eventual conflito entre os crimes do art. 4º, II, da Lei 8.137, de 1990 e da LGL, decidiu que a tipicidade depende da demonstração de que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo domínio de mercado. Verificando-se que a colusão se deu com o fim de fraudar o processo licitatório, subsiste apenas o crime do art. 90 da LGL.³⁸

Assim, se o cartel se destina a burlar o caráter competitivo de licitações específicas, aplica-se a do tipo da LGL, por ser tipo específico e tratar de conduta anticompetitiva referente a um procedimento licitatório específico.

Na hipótese de se constatar que a finalidade do cartel é dominar o mercado/setor de licitações públicas, aplica-se o tipo penal da Lei nº 8.137, de 1990, por se tratar de infração da ordem econômica. Nessa situação, admite-se concurso material do crime do art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, com o tipo penal do art. 90 da LGL.

As pessoas naturais que dirijam empresas participantes de cartel em licitações podem responder também por associação criminosa³⁹ ou por organização criminosa,⁴⁰ conforme o caso, em concurso com os crimes do art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, e do art. 90 da LGL.⁴¹

Conclusão

Na esfera cível, as empresas participantes de cartel de licitações estão sujeitas concorrentemente ao disposto na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. O concurso dessas normas é determinado por lei. A Lei de Improbidade Administrativa prevê no art. 12, II, que a aplicação de suas penalidades não exclui outras sanções cíveis ou penais. Já a Lei Anticorrupção tem regra no mesmo sentido – art. 19, IV – e é expressa quanto à aplicação cumulativa da Lei de Improbidade Administrativa.

Havendo a participação de agente público no ilícito de formação de cartel é possível a aplicação às empresas cartelizadas das penas cíveis de: ressarcimento integral do dano; perda de bens e valores; multa cível de até duas vezes o valor do dano; proibição de contratar com o Poder Público; proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário; suspensão ou interdição parcial de atividades; e dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Na aplicação concomitante da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, observam-se dois conflitos aparentes. O primeiro, quanto à pena cível de proibição de receber

³⁸ Segundo a Corte, não havendo descrição fática suficiente da concentração do poder econômico, ou de que os acordos teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência prevista no art. 4º, II, da Lei nº 8.137, de 1990. Dessa forma, se a conduta tida por anticompetitiva referir-se exclusivamente a um procedimento licitatório, não se pode inferir que os acordos configuraram tentativa de domínio de mercado, apto a subsumir no delito do art. 4º, II, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 8.137, de 1990 (REsp nº 1.623.985/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 17.5.2018. *DJe*, 6 jun. 2018; AgRg no AREsp nº 967.677/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 9.6.2020. *DJe*, 17 jun. 2020).

³⁹ Associação criminosa: associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

⁴⁰ Organização criminosa: associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

⁴¹ Os responsáveis pelos crimes de cartel, de frustrar o caráter competitivo da licitação e de integrar associação ou organização criminosa respondem em concurso material porque são crimes distintos. Não há vínculo de dependência entre as condutas criminosas e os bens jurídicos tutelados são diferentes. A prática dos crimes do art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, e do art. 90 da LGL independe da existência de uma associação ou organização criminosa.

benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. O segundo refere-se à responsabilização da empresa, que na Lei de Improbidade Administrativa é subjetiva e na Lei Anticorrupção é objetiva.

Resolve-se o primeiro conflito pela aplicação da Lei Anticorrupção por ser mais favorável à empresa apenada, apesar de alcançar também os subsídios, as subvenções e as doações de órgãos ou entidades públicas, vez que permite uma modulação da dosimetria da punição (de um a cinco anos) em decorrência das circunstâncias e efeitos do ilícito. Em contraposição, a punição da Lei de Improbidade Administrativa tem prazo fixo, cinco anos.

Concernente ao tipo de responsabilização, se subjetiva, conforme a Lei de Improbidade Administrativa, ou objetiva, como prevê a Lei Anticorrupção, resolve-se este conflito pela aplicação às empresas da regra da responsabilização subjetiva da Lei de Improbidade Administrativa, por questão de razoabilidade. Tanto o agente público como a empresa têm direito de serem julgados segundo o princípio da responsabilidade subjetiva previsto na Lei de Improbidade Administrativa, que lhes é mais favorável.

Em sede administrativa as empresas participantes de cartel em licitações sujeitam-se concorrentemente ao regramento da Lei Geral de Licitações e Contratos, da Lei do Pregão, da Lei do RDC, da Lei das Estatais, da Lei do Cade e da Lei Anticorrupção. Assim, podem ser apenadas, conforme o caso, com: a) suspensão do direito de licitar e contratar com o Poder Público; b) declaração de inidoneidade; c) multa à empresa e à pessoa natural; d) obrigação de publicar a decisão condenatória; e) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais; f) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas; g) recomendação de que não seja autorizado o parcelamento de tributos federais devidos ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos concedidos; h) determinação de cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; i) proibição da pessoa natural responsável pela participação em cartel de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica; j) determinar qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Identificam-se dois conflitos de normas concorrentes. O primeiro diz respeito à pena de suspensão do direito de licitar e contratar, previsto no art. 87, II, da Lei Geral de Licitações e Contratos, no art. 47 da Lei do RDC, no art. 84, II, da Lei das Estatais e no art. 38, II, da Lei do Cade. O segundo refere-se à multa à pessoa jurídica prevista no art. 37, I, da Lei do Cade e no art. 6º, I, da Lei Anticorrupção.

No caso do conflito de normas sobre a interdição do direito de licitar e contratar, previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos, na Lei do RDC e na Lei das Estatais, resolve-se pela aplicação da Lei Geral de Licitações e Contratos, por ser mais específica em relação à conduta anticompetitiva e por ser mais branda tanto no prazo, quanto no alcance. A Lei Geral de Licitações e Contratos prevê que o prazo da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública não será superior a dois anos. Já o art. 47 da Lei do RDC prevê que esse impedimento tem prazo de até cinco anos. Além disso, a suspensão do direito de licitar e contratar previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos se restringe ao órgão responsável pelo certame, enquanto a punição da Lei do RDC se estende à Administração Pública, direta e indireta, da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Concernentemente ao conflito entre a pena de suspensão do direito de licitar e contratar previsto no regramento do art. 38, II, Lei do Cade em confronto com os ditames do art. 87, III, da Lei Geral de Licitações e Contratos e do art. 84, II, da Lei das Estatais, resolve-se o conflito aparente de normas examinando o alcance do cartel de licitações. Se o arranjo anticoncorrencial se destinar a dominar o mercado/setor de licitações públicas, trata-se de uma infração à ordem econômica que atrai a aplicação do art. 38, II, da Lei do Cade. Por outro lado, se a colusão se

destinar a fraudar licitações, sem a intenção de dominação de mercado/setor, aplica-se a regra sancionatória do art. 87, III, da Lei Geral de Licitações e Contratos ou do art. 84, II, da Lei das Estatais, conforme o caso.

Na esfera criminal, identifica-se um conflito aparente de normas penais entre o art. 335 do Código Penal (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência), o art. 90 da Lei Geral de Licitações e Contratos e o art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990.

O conflito entre a incidência do art. 335 do Código Penal e o art. 90 da Lei Geral de Licitações e Contratos resolve-se pela aplicação desta. Com o advento do art. 90 da Lei Geral de Licitações e Contratos, o art. 335 do Código Penal foi revogado tacitamente, em decorrência do princípio da especialidade, pois o dispositivo regulou inteiramente a conduta ilícita tratada no art. 335 do Código Penal.

Finalmente, o conflito aparente entre a imputação do art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, e a do art. 90 da Lei Geral de Licitações e Contratos resolve-se pelo alcance que os integrantes do cartel de licitações pretendem dar à sua conduta. Se o cartel se destina a burlar o caráter competitivo de licitações específicas, aplica-se a do tipo da Lei Geral de Licitações e Contratos, por ser tipo específico e por se tratar de conduta anticompetitiva referente a um procedimento licitatório específico. Na hipótese de se constatar que a finalidade do cartel é dominar o mercado/setor de licitações públicas, aplica-se o tipo penal da Lei nº 8.137, de 1990, por se tratar de infração da ordem econômica. Nessa situação, admite-se concurso material do crime do art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.137, de 1990, com o tipo penal do art. 90 da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Abstract: This article analyzes the Brazilian legislation to prevent bidding cartels and the civil, administrative and criminal penalties to which companies are subject. It demonstrates the possibility of cumulating administrative penalties according to the penalties provided in the General Law of Bidding and Contracts, the Auction Law, the law for Differentiated Regime of Public Procurement (known as DRC Law), the State Companies Law, the law for Administrative

Council for Economic Defense (known, as the Cade Law) and the Anti-Corruption Law. The various apparent conflicts of rules that arise from the concomitant application of these rules are identified and resolved.

Keywords: Cartel. Penalties. Conflicts of rules. Brazilian legislation cartels.

Referências

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. 1. ed. New York: Currency, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. *Compras públicas: para além da economicidade*. Brasília: Enap, 2019.
- COSTA, José Faria; ANDRADE, Manuel Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico. *In: PODVAL, Podval (Org.). Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (ed.). Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp, Editora Fiocruz, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na CF de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1945.

- IBGE. *Produto Interno Bruto – PIB*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php#:~:text=O%20PIB%20%C3%A9%20a%20soma,cidade%2C%20geralmente%20em%20um%20ano.&text=O%20PIB%20do%20Brasil%20em,%24%201%20803%2C4%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Direito econômico*. 6. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- NORTH, Douglas. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Preventing Corruption in Public Procurement*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Anel (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de direito penal*. 4. ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SCHONEMANN, Bernd. Artigo: Cuestiones basicas de dogmatica juridico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de empresa. (Strafrechtsdogmatische and kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität (WIsTRA, Zeitschrift fiir Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, ado I, fasciculo 2, 15 de marzo de 1982, pp. 41-50) realizada por Daniela BROCKNER (Universidad de Mannheim) y Juan Antonio LASCURAIN SANCHEZ (Universidad Autónoma de Madrid). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 41, fasc./mes 2, 1988.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.
- VENOSA, Sílvio; RODRIGUES, Cláudia. *Código Civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. Cartel em contratações públicas: sanções cíveis, administrativas e criminais e a solução dos conflitos aparentes de normas. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 83-102, jan./jun. 2020.

RDC: regime alternativo para licitação e contratação de obras pelas administrações públicas estaduais

Marco Antonio Borges Traldi

Engenheiro Civil (UFG). Possui MBA em Estruturas e Fundações (IPOG). Pós-Graduado em Controle Externo e Governança (IDP). Especialista em Auditoria de Obras Públicas (IDP). Mestre em Engenharia (UFG). Atuou como Analista de Obras (Prefeitura de Goiânia), como Professor (IFG) e como Engenheiro Civil (MP-GO). É Analista do TCE-GO desde 2015, com atuação no controle externo de obras públicas. *E-mail:* mabtraldi@gmail.com.

Patrícia Laye Alves

Arquiteta e Urbanista. Doutora em Ciências do Ambiente. Professora e Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Engenharia Civil e Meio Ambiente (Encima) no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás. *E-mail:* patricia.alves@ifg.edu.br.

Resumo: Coexistem atualmente no ordenamento brasileiro pelo menos dois regimes jurídicos aplicáveis à licitação e à contratação de tipologias importantes de obras públicas. A doutrina atribui ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas uma série de inovações que em tese pode trazer vantagens para as contratações do Poder Público. Com o tempo, alguns órgãos da Administração Federal praticamente abandonaram as tradicionais modalidades da LGL e passaram a empregar preponderantemente esse regime. Entretanto, a sua aplicação é incipiente em muitos entes federativos brasileiros, inclusive no estado de Goiás. Ainda não há muita clareza quanto à diferença prática de desempenho entre um regime e outro. O presente artigo investigou os resultados alcançados em licitações regidas pelo regime e concluiu haver indícios de

benefícios concretos em prol da Administração, entre eles o acréscimo da celeridade processual, maior competitividade e descontos. Os resultados podem subsidiar discussões sobre a implantação do RDC nos estados da Federação, inclusive em Goiás.

Palavras-chave: Licitações. Obras públicas. LGL. RDC. Benefícios.

Sumário: Introdução – Aplicabilidade do RDC – Algumas das principais inovações do RDC – A contratação integrada – Aplicação do RDC: trabalho de Souza (utilização do RDC pela Infraero) – Aplicação do RDC: relatório da CGU (utilização do RDC pelo DNIT) – Aplicação do RDC: relatório do TCU (utilização do RDC pelo DNIT) – Considerações finais – Referências

Introdução

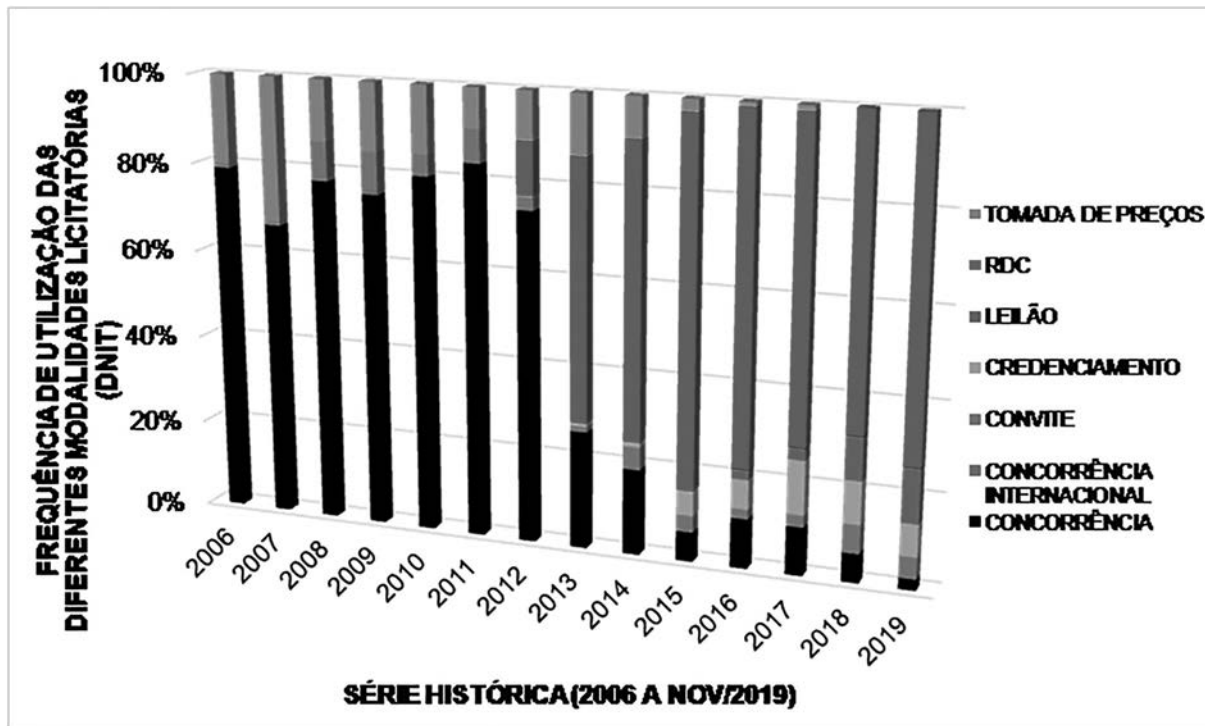
O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) é um regime licitatório e de contratações que adentrou o ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2011, por intermédio da Lei Federal nº 12.462. O objetivo inicial de sua implantação era dinamizar a contratação das obras necessárias à realização dos jogos esportivos que seriam sediados pelo Brasil a partir do ano de 2013. Entretanto, o rol de aplicações do RDC foi significativamente ampliado no decorrer do tempo a uma diversidade de novas situações, o que tem potencializado a utilização do RDC pelo Governo Federal.

O RDC não derogou a Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações – LGL), portanto, ambos os regimes convivem atualmente no ordenamento jurídico. Há ainda uma diversidade de outras normas que regulamentam as licitações públicas no Brasil, como a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/2002), a Lei das Estatais (Lei Federal nº 13.303/2016), entre outras.

O RDC atualmente representa uma alternativa aplicável à contratação de uma grande diversidade de objetos (conforme art. 1º da lei), inclusive alguns tipos de obras e serviços de engenharia. Antes da Lei do RDC, a contratação de obras, em regra, só era possível com o emprego das modalidades discriminadas pela Lei Federal nº 8.666/1993. Entretanto, com o advento do RDC, franqueou-se aos gestores públicos uma alternativa às modalidades da LGL, sendo possível escolher entre diferentes regimes para alcançar uma mesma finalidade.

Conforme será discutido no presente trabalho, o RDC trouxe uma gama de mecanismos inovadores que, em tese, têm potencial de agregar vantagens para a Administração. O novo regime tem sido sistematicamente utilizado em licitações de alguns órgãos federais para a contratação de obras, como é o caso do DNIT. A Figura 1 ilustra que a partir de 2012 a utilização de concorrências e tomadas de preços pelo DNIT foi progressivamente reduzida enquanto o RDC passou a ter papel preponderante.

Figura 1 – Série histórica da utilização das diferentes modalidades licitatórias pelo DNIT



Fonte: Elaboração própria a partir de dados coletados no Portal de Licitações do DNIT.⁴²

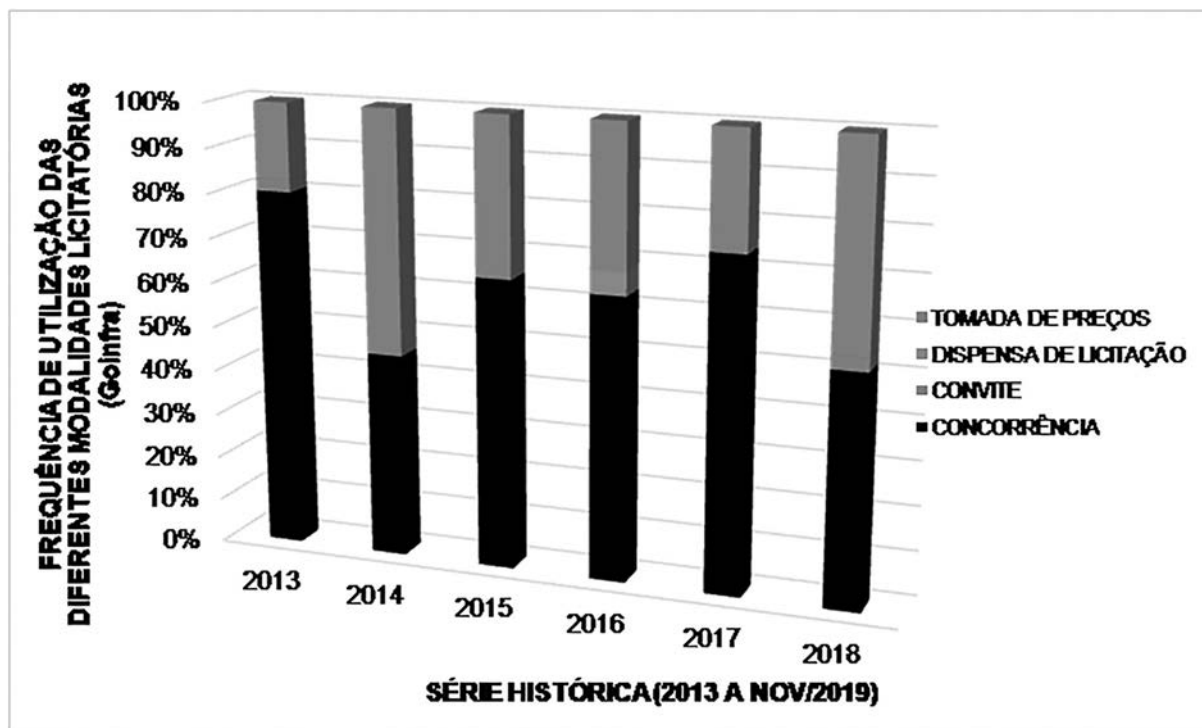
Entretanto, o RDC ainda tem aplicação incipiente ou até inexistente em alguns entes federativos brasileiros. Exemplificativamente, a Figura 2 ilustra que a Goinfra,⁴³ órgão que licita as principais obras públicas do estado de Goiás, ainda não aderiu ao RDC e continua utilizando as modalidades tradicionais da LGL para contratar os empreendimentos de sua responsabilidade. Os serviços de engenharia “comuns” são licitados via pregão.

Considerando este cenário, mostra-se oportuno pesquisar sobre os efeitos práticos associados à utilização do RDC em licitações de obras públicas. A verificação de eventuais benefícios em prol da Administração pode contribuir para a implantação progressiva do novo regime licitatório no âmbito de entes federativos que ainda não o utilizam, principalmente se houver exemplos de resultados exitosos experimentados em casos concretos.

⁴² Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/editais2.asp>. Os dados refletem a totalidade de licitações, inclusive aquelas revogadas ou anuladas. Os “pregões” não foram computados.

⁴³ A Agência Goiana de Transportes de Obras Públicas (Goinfra) é a autarquia goiana responsável pela execução da política estadual de transporte e obras públicas.

Figura 2 – Série histórica da utilização das diferentes modalidades licitatórias pela Goinfra



Fonte: Elaboração própria a partir de dados coletados no Portal de Licitações da Goinfra.⁴⁴

Nesta seara, objetiva-se com esta pesquisa avaliar se o emprego do RDC tem implicado avanços em relação à utilização das modalidades licitatórias tradicionais previstas na LGL. E, também, verificar se a utilização do RDC implica modificações no que concerne à celeridade processual; se gera impactos na competitividade e nos descontos oferecidos à Administração; entre outros aspectos relevantes em licitações.

Para tanto, a coleta de dados teve origem secundária por meio de pesquisa quali-quantitativa junto a fontes bibliográficas (artigo acadêmico e relatórios oficiais emitidos por órgãos da União, todos disponíveis em sítios eletrônicos), com vistas a obter informações sensíveis no contexto de licitações públicas, a saber: celeridade processual, competitividade dos certames, descontos auferidos, entre outros aspectos. Os dados foram compilados e estruturados em tabelas e gráficos de modo a exprimir os resultados da aplicação do RDC em licitações de obras desenvolvidas em diversos anos por órgãos da Administração Pública Federal. As principais fontes de pesquisa foram o trabalho desenvolvido por Souza (2013) e os relatórios de auditoria da CGU (2015) e do TCU (2016).

Aplicabilidade do RDC

A Lei Federal nº 12.462/2011 estabeleceu o RDC para ter aplicação a situações específicas e de duração limitada à conclusão dos eventos esportivos que seriam desenvolvidos no Brasil entre 2013 e 2016 (Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol – Fifa 2013; Copa do Mundo Fifa 2014; e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016).

Entretanto, ainda no ano de 2012, mediante alterações legislativas, o RDC teve suas hipóteses de aplicação ampliadas para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento (Lei nº 12.688/2012) e para obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de

⁴⁴ Disponível em: http://177.201.114.167/portal_licitacao/. Os dados refletem a totalidade de licitações, inclusive aquelas revogadas, anuladas ou adiadas. Os “pregões” não foram computados.

Saúde (Lei nº 12.745/2012). Outros diplomas legais subsequentes provocaram modificações na Lei do RDC e/ou incluíram novas possibilidades de aplicação do regime. Portanto, atualmente, o RDC pode ser empregado para licitar/contratar uma considerável diversidade de objetos, em variadas situações.

Pela relevância social e econômica, cabe especial destaque para a possibilidade de contratação de obras de mobilidade urbana e ampliação de infraestrutura logística, prevista no art. 1º, inc. VIII, da Lei do RDC. Este dispositivo, ao menos em tese, possibilita que órgãos executivos estaduais (tal como a Goinfra) executem boa parte de suas obras de infraestrutura com o regime diferenciado.

De acordo com Baeta (2016, p. 21), “a adoção do regime diferenciado é opcional, e quando adotada deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório”. A Lei do RDC é norma federal e pode ser aplicada por todos os entes federativos para a licitação dos objetos permitidos pela legislação. Altounian e Cavalcante (2014, p. 52) esclarecem que “União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão autorizados a utilizar o RDC em suas contratações, desde que para os objetos específicos previstos em lei”.

No ano de 2015, por decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do Mandado de Segurança nº 33.889/DF, houve a suspensão da eficácia dos incs. VIII e IX do art. 1º da Lei do RDC. Entretanto, Lisboa (2018) esclarece que no ano de 2018 o STF julgou prejudicado o mandado de segurança, fazendo com que os referidos dispositivos legais voltassem a vigorar sem impedimentos.

Algumas das principais inovações do RDC

a) Inversão de fases

Uma das grandes diferenças entre a lógica procedimental do RDC em relação à da Lei Geral de Licitações reside na denominada inversão (ou modificação) de fases. Nas licitações regidas pela LGL, por força do art. 43 desta lei, a fase de habilitação deve ser realizada previamente à avaliação das propostas comerciais. Por outro lado, conforme previsto no art. 12 da Lei Federal nº 12.462/2011, no “rito comum” do RDC a fase de julgamento das propostas (inc. IV) é realizada previamente à fase de habilitação (inc. V). A medida vem em prol da celeridade processual, com o intuito de que somente sejam avaliados os documentos de habilitação da empresa que tenha oferecido a melhor proposta.

b) Caráter sigiloso do orçamento

O art. 6º da Lei do RDC inseriu a figura do “orçamento sigiloso” nas licitações regidas pelo novo regime. Nos termos da lei, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, salvo se ele for publicado junto ao instrumento convocatório (art. 6º, §3º). Entretanto, o art. 9º do Decreto Federal nº 7.581/2011 trouxe a regra geral de que os orçamentos devam ser sigilosos.

A legislação contém outras disposições sobre a matéria: a) os órgãos de controle interno e externo têm acesso permanente ao orçamento, mesmo quando sigiloso (art. 6º, §3º, da Lei do RDC); b) mesmo quando o orçamento for sigiloso, deve haver divulgação do detalhamento dos quantitativos e demais informações necessárias para a elaboração das propostas (art. 6º, *caput*, segunda parte, da Lei do RDC).

Em outros casos o ordenamento impõe a obrigatoriedade de divulgação do orçamento. Vejamos: a) o orçamento não poderá ser sigiloso se o critério de julgamento for por maior desconto (art. 6º, §1º, da Lei do RDC); b) o valor do prêmio ou da remuneração deve ser incluído no instrumento convocatório quando o critério de julgamento for por melhor técnica (art. 6º, §2º,

da Lei do RDC); e c) o preço mínimo da arrematação deve ser divulgado quando o critério de julgamento for por maior oferta (art. 9º, §2º, III, do decreto federal do RDC).

c) Processamento eletrônico

Diferentemente da forma costumeira de processamento das licitações regidas pela LGL (sempre presencial), o art. 13 da Lei do RDC determina que as licitações deste regime sejam realizadas preferencialmente na forma eletrônica. O processamento eletrônico da licitação se justificaria pela redução dos custos para a participação, propiciando reflexos positivos na competitividade e inibindo a formação de conluíus.

d) Novos critérios de julgamento

O art. 18 da Lei do RDC estabelece os seguintes critérios de julgamento: menor preço ou maior desconto; técnica e preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; maior oferta de preço; ou maior retorno econômico. Alguns destes critérios são similares aos estabelecidos pela LGL.

Cabe destaque para o critério de julgamento por “maior desconto” que, quando adotado, obriga os participantes a ofertarem uma taxa de desconto linearmente aplicada aos itens do orçamento-referencial da Administração. Isso evita a ocorrência do “jogo de planilha” e do “jogo de cronograma”, problemas não raramente identificados em contratos de obras de engenharia. Baeta (2016) defende que este critério deve ser usado sempre que possível na licitação de obras e serviços de engenharia.

e) Fase recursal única

O art. 12, inc. VI, da Lei do RDC dispõe que haverá como regra fase recursal única para o julgamento de todos os recursos interpostos pelos participantes do certame. A referida fase ocorrerá após as fases de julgamento de propostas e de habilitação. Ou seja, as questões atinentes às duas fases serão apreciadas em momento único, na fase de recursos que ocorrerá após a habilitação.

Entretanto, nos termos do art. 12, parágrafo único, da referida lei, se o gestor decidir motivadamente por realizar a fase de habilitação anteriormente à de julgamento das propostas (tal como ordinariamente ocorre na LGL), haverá a possibilidade de interposição de recurso em dois momentos distintos, ou seja, após a habilitação e após o julgamento das propostas. Ou seja, adotar a “desinversão de fases” implica duas oportunidades distintas para recurso.

f) Modos de disputa

O art. 16 da Lei do RDC discrimina a possibilidade de utilização de três modos de disputa nas licitações, quais sejam: aberto, fechado ou uma combinação entre eles. Nos termos do art. 17 da lei, no modo de disputa aberto os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. Trata-se de procedimento similar ao do pregão (Lei nº 10.520/2002).

Por outro lado, no modo de disputa fechado as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas. Este modo de disputa é análogo ao comumente adotado na LGL.

O modo de disputa combinado está detalhado no art. 23 do Decreto Federal nº 7.581/2011. A disputa pode se iniciar pelo modo fechado, e, na sequência, prosseguem para o modo aberto apenas os mais bem colocados. Também pode ocorrer o contrário, conforme indicado pelo art. 24 do decreto federal do RDC.

A contratação integrada

A contratação integrada trata-se de um regime de execução instituído pela Lei do RDC equivalente ao *turn key*. Neste tipo de contratação compete ao empreiteiro elaborar o projeto básico/executivo, assim como proceder com a montagem, a realização de testes, a pré-operação e com todas as demais operações necessárias para a entrega final do objeto pronto para utilização.

O RDC pode ser utilizado seguindo dois caminhos distintos: o da contratação integrada; ou o dos demais regimes de execução previstos na lei. Os dois caminhos se diferenciam na medida em que exigem procedimentos e elementos técnicos diferentes para a condução dos certames.

Ao tratar sobre o tema, Baeta (2016) ensina que o RDC aplicado aos regimes tradicionais de execução (tarefa, empreitadas por preço unitário, global e integral) segue procedimentos similares ao dos previstos na LGL, ressalvadas algumas distinções (como a inversão de fases). Nestes casos, a existência de projeto básico de engenharia é requisito para a abertura da licitação.

Por outro lado, quando se utiliza o RDC com regime de contratação integrada, a Administração pode proceder com a licitação sem projeto básico. Demais disso, o instrumento convocatório deve fazer a alocação de responsabilidades entre as partes (Administração e o particular) quanto aos riscos decorrentes da contratação (“matriz de riscos”), conforme será abordado logo a seguir.

De um modo geral, algumas das principais características da contratação integrada podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- a) Necessidade de justificativa para sua escolha: conforme art. 9º da Lei do RDC, a contratação integrada poderá ser utilizada desde que técnica e economicamente justificada, em objetos que se mostrem congruentes com pelo menos uma das seguintes condições: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.
- b) Licitação de obras com anteprojeto: diferentemente da LGL, em que obras de engenharia só podem ser licitadas após a disponibilização do projeto básico (art. 7º, §2º, inc. I, da LGL), na contratação integrada do RDC a licitação poderá ser realizada com amparo em anteprojeto de engenharia (nos termos do art. 9º, §2º, inc. I, da Lei do RDC).
- c) A figura da matriz de riscos: prevista no art. 9º, §5º, da Lei do RDC, trata-se de uma forma de alocação de riscos entre a Administração Pública e o contratado, com a atribuição de contingências às partes em relação aos riscos atinentes à execução do contrato.
- d) Restrição a aditivos contratuais: a Lei do RDC trouxe no art. 9º, §4º, a regra geral de vedação à celebração de termos aditivos aos contratos em que seja adotada a contratação integrada. Cabe ressaltar que o mesmo dispositivo permite a celebração de aditivos nas seguintes hipóteses: para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em alguns casos (inc. I); e por necessidade de alteração do projeto/especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública (inc. II).

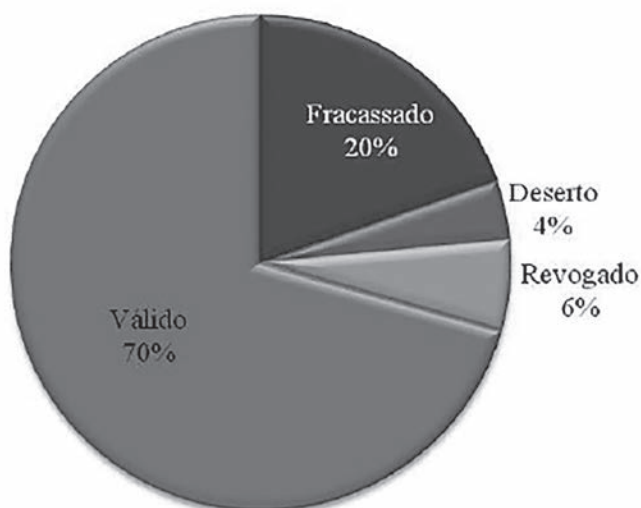
Aplicação do RDC: trabalho de Souza (utilização do RDC pela Infraero)

Souza (2013) avaliou os resultados da aplicação do RDC em licitações desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para a contratação de obras e serviços de engenharia. A amostra estudada abarcou 61 certames conduzidos de 2011 a 2013 via RDC para a contratação de objetos distribuídos por treze estados da Federação. Desses certames: 49% versavam sobre a contratação de “Obras”, 20% de “Apoio à fiscalização”, 18% de “Equipamentos/Sistemas” e 13% de “Projetos”.

Ademais, dos 61 casos estudados: em 60, foi adotado orçamento sigiloso; em 43, o RDC – empreitada por preço global (RDC-EPG), em 16, o RDC – empreitada por preço unitário (RDC-EPU) e, em 2 casos, o RDC – contratação integrada (RDC-CI). Houve 34 certames na forma presencial e 27 na forma eletrônica. Em 59 certames adotou-se o modo de disputa aberto e em 2, o fechado.

A amostra inicial foi dividida em subamostras para análises específicas, inclusive de modo a traçar comparações dos resultados alcançados com o emprego do RDC em relação aos obtidos com as modalidades previstas na LGL, conforme se destacará adiante. Na primeira subamostra, constituída por 52 certames cujos resultados estavam publicados à época, ocorreram elevados números de licitações fracassadas (em 20% dos casos não houve lances/propostas inferiores aos orçamentos referenciais da Infraero) e desertas (em 4% dos casos não compareceram interessados), conforme Figura 3.

Figura 3 – Resultado de 52 certames desenvolvidos via RDC na Infraero



Fonte: Souza (2013, p. 5).

A segunda subamostra avaliada no referido estudo contemplou 16 certames de contratação de obras via RDC. Os resultados foram comparados com 15 concorrências (via LGL) realizadas pela Infraero entre 2011 e 2012. Os valores das obras e os resultados alcançados nas licitações encontram-se detalhados na Tabela 1.

Tabela 1 – Resultados de licitações de obras aeroportuárias – RDC x LGL

Parâmetros de comparação	RDC	LGL (concorrências)
Quantidade de certames	16	15
Total dos orçamentos estimados	R\$1.475.362.488,81	R\$1.037.700.695,73
Valor médio estimado	R\$92.210.155,55	R\$69.180.046,38
Desconto médio	4,84%	10,88%
Variação dos descontos	0,02% a 22,60%	0,00% a 26,70%

Fonte: Elaboração a partir dos dados apresentados por Souza (2013, p. 6).

Uma terceira subamostra foi constituída por 36 certames conduzidos via RDC que já estavam homologados à época. Esta subamostra foi comparada com 18 concorrências regidas pela LGL. Observou-se que no RDC o tempo médio entre a publicação do certame e a homologação foi de 71 dias, enquanto nas licitações via LGL foi de 124 dias. Diante do conjunto de informações apresentadas em face do universo de licitações analisadas, o trabalho alcançou algumas conclusões:

- a) As licitações regidas pelo RDC foram mais ágeis que as conduzidas via LGL, com redução de cerca de 40% do tempo entre a publicação e a homologação dos certames. Esses resultados provavelmente decorrem do fato de o RDC ter prazos de abertura menores que a LGL, assim como pela inversão de fases e pela fase única para recursos.
- b) O índice de fracassos do RDC é relativamente alto. Os descontos alcançados com o RDC (4,84%) foram inferiores aos obtidos com a LGL (10,88%). Estes resultados provavelmente decorrem das características dos orçamentos da Infraero, que contêm serviços sem preços referenciais em tabelas usualmente adotadas para a orçamentação de obras. Infere-se que o orçamento sigiloso (presente na maioria dos certames estudados), combinado com a fixação de prazo exíguo para a formulação das propostas, agregou maiores riscos aos certames, refletindo nas propostas dos particulares.

Aplicação do RDC: relatório da CGU (utilização do RDC pelo DNIT)

O relatório elaborado pela CGU teve por finalidade avaliar o grau de consecução dos objetivos anunciados pelo legislador ao criar a contratação integrada. Entre os parâmetros investigados no estudo estão: prazos médios de licitação; sucesso nas licitações; descontos médios nos certames; competitividade; fase contratual; sigilo do orçamento; e seguros.

O relatório estudou um universo de 155 certames desenvolvidos via RDC pelo DNIT-Sede entre os anos de 2012 e 2014 para a contratação de obras de engenharia com as seguintes naturezas: Crema 2ª Etapa; duplicação; edificações; implantação; obras de arte; pavimentação; pesagem; portos; restauração; e travessia urbana.

Cada lote foi considerado um certame isolado. Em 86 casos o DNIT adotou o RDC-CI, em 39, o RDC-EPU e em 30, o RDC-EPG. Os orçamentos dessas licitações totalizaram R\$13.506.157.979,39 e resultaram na celebração de 90 contratos que somavam o valor de R\$12.478.029.049,08.

A seguir apresentam-se os resultados observados nas licitações.

- a) Taxa de sucesso e redução do prazo dos certames.

Primeiramente, o relatório demonstrou a taxa de sucesso⁴⁵ obtida nos diferentes regimes do RDC. Entre os 155 certames avaliados, detectou-se que o RDC-CI teve taxa de sucesso igual a 70,6%, ou seja, inferior às taxas de sucesso alcançadas no RDC-EPG (71,4%) e no RDC-EPU (93,1%). Diante desses dados, inferiu-se que um edital RDC-EPU logra maiores chances de resultar na celebração de contrato do que nos outros dois regimes.

A vantagem do RDC-EPU provavelmente decorre do fato de haver maiores garantias e menores riscos transferidos aos particulares. De outro modo, o pior desempenho do RDC-CI pode estar relacionado a dois fatores: maior transferência de riscos ao particular; orçamentação a partir de anteprojetos (com maior imprecisão que nos outros dois regimes), o que pode gerar preços de referência equivocados para obras.

Outro aspecto estudado pela Controladoria diz respeito à duração média dos certames (prazo entre a primeira publicação e a homologação). O parâmetro foi avaliado para uma subamostra

⁴⁵ Conforme CGU (2015, p. 14): Taxa de Sucesso = Lotes Homologados/[Lotes Publicados – (Anulados + Revogados)].

de 90 editais que estavam homologados à época. A título de comparação, o relatório também apresentou resultados de licitações regidas pela LGL, conforme ilustrado na Tabela 2.

Tabela 2 – Duração média dos certames – RDC x LGL

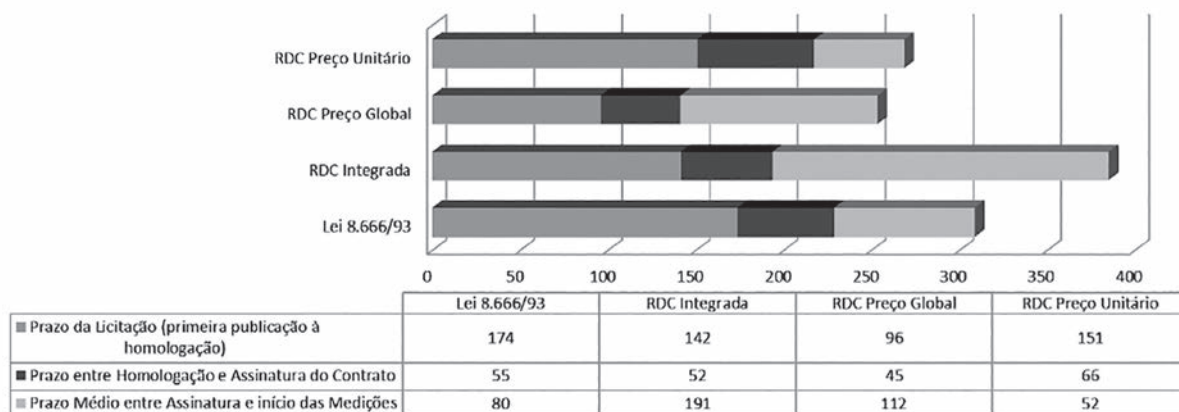
Regime licitatório	Duração média
RDC Fonte: 90 certames homologados (CGU, 2015, p. 18)	137 dias
RDC – Contratação integrada (RDC-CI)	142 dias
RDC – Empreitada por preço global (RDC-EPG)	96 dias
RDC – Empreitada por preço unitário (RDC-EPU)	151 dias
Lei Federal nº 8.666/93 Fonte: Tarcísio de Freitas (<i>apud</i> CGU, 2015, p. 18)	174 dias
Lei Federal nº 8.666/93 Fonte: Nota Técnica nº 21/2015 de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (<i>apud</i> CGU, 2015, p. 18)	285 dias
Lei Federal nº 8.666/93 Fonte: Marcelo Bruto (<i>apud</i> CGU, 2015, p. 18)	159 dias

Fonte: Elaboração a partir dos dados apresentados pela CGU (2015, p. 18).

A Tabela 2 indica que a duração média da fase externa das licitações desenvolvidas via RDC (137 dias), tanto nas empreitadas globais (96 dias) como nas empreitadas por preço unitário (151 dias), mostrou-se menor do que nos certames conduzidos via LGL (174 dias, conforme Tarcísio de Freitas (*apud* CGU, 2015)). Estes resultados são coerentes com aqueles alcançados por Souza (2013). Novamente, há evidências de maior celeridade do RDC, o que pode decorrer da inversão de fases e da fase recursal única.

O relatório também apresentou dados sobre os tempos médios ocorridos entre a publicação do edital, a homologação do certame, a assinatura do contrato e o início das medições para os diferentes regimes licitatórios (Figura 4).

Figura 4 – Tempo médio entre a licitação e o início das medições – RDC x LGL



Fonte: CGU (2015, p. 22).

O RDC-CI consumiu maior tempo total entre o início da fase externa e o início das obras (medições), denotando maior morosidade na fase externa, inclusive em relação às licitações

regidas pela Lei Geral de Licitações (LGL). Este resultado era esperado, porque no RDC-CI o vencedor do certame fica responsável pelo desenvolvimento do projeto básico/executivo após a assinatura do contrato, o que demanda mais tempo até o início das obras.

Entretanto, isso não significa *a priori* que este regime seja o mais lento em termos absolutos. Segundo Tarcísio de Freitas (*apud* CGU, 2015, p. 21-22), o RDC-CI pode economizar 420 dias na fase interna em relação aos demais regimes licitatórios (LGL, RDC-EPU e RDC-EPG), pois licitações via RDC-CI demandam apenas anteprojeto.

b) Redução do número de aditivos contratuais.

A magnitude dos aditamentos contratuais foi observada a partir de uma subamostra constituída por 73 obras contratadas via RDC em que havia medição à época das análises. Destes contratos, 31 já tinham passado por aditamento com reflexo financeiro. A magnitude destes aditamentos encontra-se indicada na Tabela 3, que também apresenta dados pertinentes à LGL.

Tabela 3 – Magnitude dos aditivos com reflexo financeiro – RDC x LGL

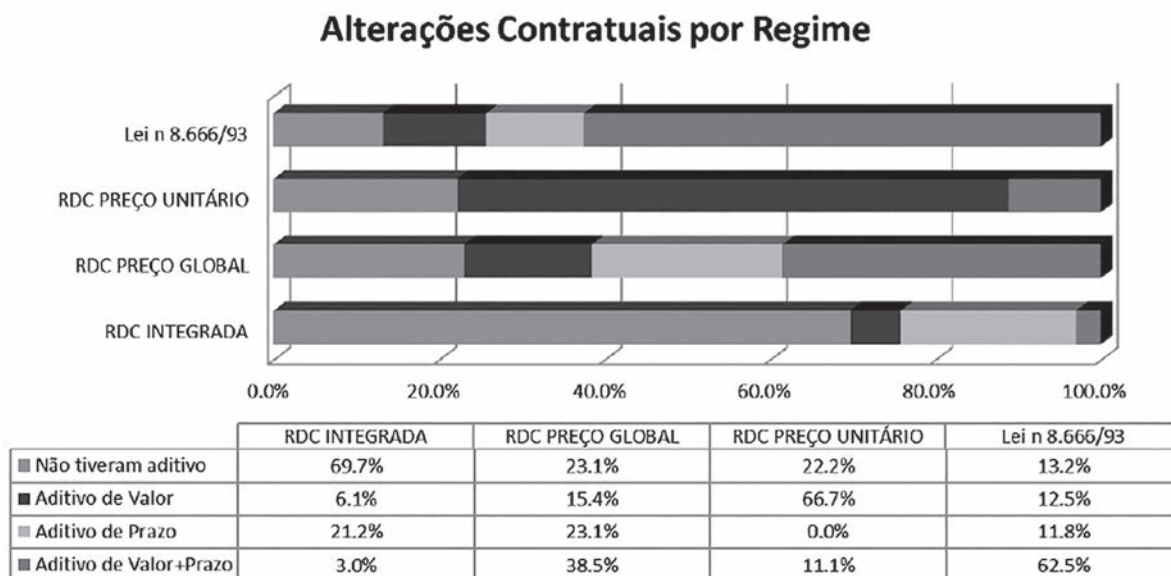
Regime licitatório	Magnitude: aditivos de valor
RDC	
RDC – Contratação integrada (RDC-CI)	3,70%
RDC – Empreitada por preço global (RDC-EPG)	9,99%
RDC – Empreitada por preço unitário (RDC-EPU)	8,37%
Lei Federal nº 8.666/93	
LGL – Concorrências	15,3%

Fonte: Elaboração a partir dos dados apresentados pela CGU (2015, p. 30).

Conforme ressaltado no relatório, os números refletem dados de obras que em sua maioria ainda estavam em andamento no momento de realização das análises. Apesar de tal fato, cumpre notar que os aditamentos nos contratos do RDC se mostraram em média bem inferiores aos das concorrências regidas pela LGL.

Ademais, a CGU (2015) apresentou dados de alterações contratuais por regime, conforme ilustrado na Figura 5. Observe-se que a contratação integrada logrou melhor desempenho, reduzindo a magnitude de aditamentos de valor e de prazo ante os demais regimes, mas não eliminou a celebração de termos aditivos. A maior frequência de contratos com alterações (de valor, de prazo, ou ambos) ocorreu nos ajustes regidos pela LGL.

Figura 5 – Alterações contratuais nos diferentes regimes – RDC x LGL



Fonte: CGU (2015, p. 35)

c) Economia financeira.

O relatório da Controladoria também testou os graus de competitividade e de descontos ofertados nos diferentes regimes do RDC, a partir de uma subamostra composta por 90 licitações que já haviam sido homologadas (Tabela 4). Observe-se que houve menor competitividade e menor desconto médio nas licitações levadas a efeito com uso do RDC-CI.

Tabela 4 – Competitividade e descontos nos diferentes regimes do RDC

Regime licitatório	Participantes/edital	Desconto médio/edital
RDC – Contratação integrada	4,29	4,04%
RDC – Empreitada por preço global	4,47	10,49%
RDC – Empreitada por preço unitário	6,33	12,36%

Fonte: Elaboração a partir dos dados apresentados pela CGU (2015, p. 30).

Ademais, o relatório também apontou que houve maior número de participantes e maiores descontos nas licitações regidas na forma eletrônica (5,23 participantes/lote e 5,69% de desconto médio) do que na forma presencial (4,81 participantes/lote e 3,05% de desconto médio).

Também foi apresentado um estudo quanto aos custos associados à utilização dos diferentes regimes licitatórios. Pode-se depreender do relatório da CGU (2015) que o RDC-CI, em tese, encarece os contratos em 7,5% em relação ao RDC-EPU, e em 6,9% em relação ao RDC-EPG, mas pode reduzir o cronograma total (fases interna, externa e execução) e os custos com análise de aditivos e fiscalização.

d) Orçamento sigiloso.

Após a análise de 155 editais, a CGU (2015) identificou que nos certames em que se adotou orçamento sigiloso o número médio de licitantes foi de 4,88 por lote, com desconto médio de 7,3%. Por outro lado, nas licitações em que houve divulgação do orçamento, participaram em média 6,0 licitantes por lote, resultando desconto médio de 14,34% (dados a serem avaliados com ressalva, pois 96,1% dos 155 editais adotaram preços ocultos).

e) Ponderações finais do relatório.

O relatório da CGU (2016) permitiu a formação de outras importantes conclusões em face das amostras de licitações avaliadas. Pode-se indicar, em síntese, que:

- A utilização do RDC (nos três regimes) agregou redução de prazos às licitações em relação à LGL. Entretanto, houve maior taxa de insucesso, principalmente nas contratações integradas.
- As licitações desenvolvidas via RDC na forma eletrônica proporcionaram, em média, maior concorrência e maior desconto que as desenvolvidas na forma presencial.
- É salutar divulgar os orçamentos referenciais, principalmente nos casos de obras mais complexas, para aumentar a concorrência e as chances de sucesso dos certames.
- Há indícios de que a utilização da contratação integrada reduza o número de aditivos de valor e de prazo, mas não é capaz de eliminá-los.
- Em tese, a opção pelo RDC-CI acresce em 7,5% o custo dos empreendimentos em relação ao RDC-EPU e em 6,9% em relação ao RDC-EPG, mas pode agregar benefícios (redução de cronograma e menor esforço na fiscalização).
- A contratação integrada possui vantagens (redução de aditivos), mas acarreta riscos à Administração, como o de se estimar inadequadamente os custos dos empreendimentos com base em anteprojeto.
- Segundo a CGU (2015, p. 105), a contratação integrada “deve ser utilizada por instituições com nível de desenvolvimento institucional e capacidade técnica suficiente a mitigar os riscos [...]”. A contratação integrada tende a aumentar os custos à Administração, devendo ser utilizada em obras para as quais existam tecnologias de domínio restrito ou em que haja espaço para apresentação de metodologias construtivas diferentes das usualmente adotadas pela Administração.

Aplicação do RDC: relatório do TCU (utilização do RDC pelo DNIT)

O trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) teve por objetivo investigar o resultado da introdução do RDC, especialmente da contratação integrada, no ordenamento jurídico. As avaliações se deram especificamente no contexto de contratações de obras públicas levadas a efeito pelo DNIT.

O relatório comparou os resultados obtidos por meio de uma amostra significativa de contratações levadas a efeito mediante o RDC-CI em relação a outra amostra de certames desenvolvidos com outros regimes, quais sejam: LGL (concorrências) e RDC – parte geral (RDC-PG) – que abrange o RDC – empreitada por preço global (RDC-EPG), o RDC – empreitada por preço unitário (RDC-EPU), o RDC – empreitada integral (RDC-EI) e o RDC – empreitada por tarefa (RDC-ET).

A amostra englobou contratos de obras rodoviárias de implantação, duplicação, restauração e aqueles atinentes ao Programa Crema 2ª Etapa. Análises complementares foram realizadas tomando por base contratos relativos ao Programa BR-Legal, com serviços de sinalização rodoviária.

O universo de contratos integrantes da amostra contemplou 376 editais levados a efeito pelo DNIT. Desses: 50 foram desenvolvidos via RDC-CI, 75 via RDC-PG e 251 via LGL. Os contratos resultantes dessas licitações foram assinados entre janeiro/2009 e dezembro/2015. Quando não havia todas as informações necessárias para análises específicas, formaram-se subamostras (derivadas da principal) para possibilitar as comparações.

Diante dos dados, análises e propostas de encaminhamento dispostas no relatório de auditoria do TCU, faz-se pertinente sintetizar algumas das principais conclusões alcançadas com o trabalho.

Primeiramente, cabe apresentar os dados de competitividade e de descontos auferidos pela Administração com os diferentes regimes, conforme Tabela 5. Observa-se que o número de participantes e o desconto médio ofertado nos procedimentos licitatórios regidos pelo RDC-CI se mostraram inferiores aos alcançados nos certames regidos pelo RDC-PG e pela LGL.

Tabela 5 – Descontos médios – RDC x LGL

Regime licitatório	Número médio de licitantes	Desconto médio	Número de licitações
RDC-CI	5,7	4,41%	50
RDC-PG	6,7	9,84%	74
LGL	6,8	5,87%	236

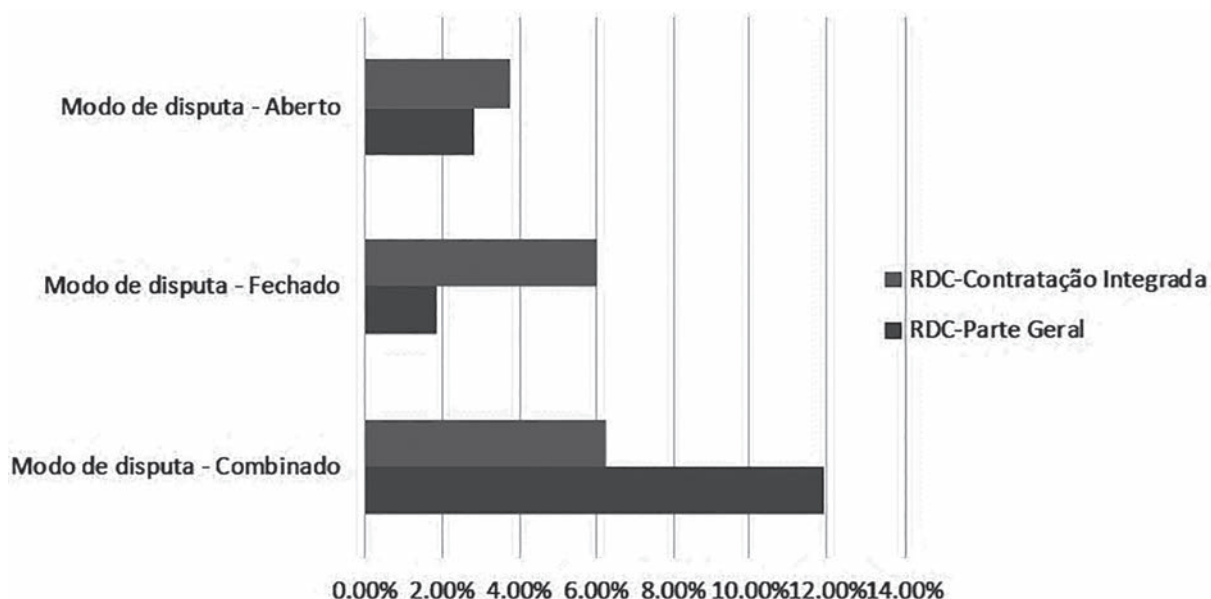
Fonte: Elaboração a partir dos dados apresentados pelo TCU (2016, p. 21).

Estas informações se fazem ainda mais relevantes quando avaliadas conjuntamente com os resultados oriundos da utilização de diferentes modos de disputa (conforme Figura 6).

De uma forma geral, o modo de disputa combinado se mostrou mais vantajoso, pois a Administração auferiu maiores descontos, sendo o maior acréscimo percebido no caso do RDC-PG. O emprego do RDC-PG com modo de disputa combinado propiciou um desconto médio de 11,89%, valor sensivelmente superior ao obtido com o emprego da LGL (5,87%, conforme Tabela 5). Tal fato pode indicar que uma das vantagens introduzidas pela Lei do RDC seja a faculdade de adoção de diferentes modos de disputa nas licitações, enquanto a LGL adota em regra o modo de disputa fechado.

O TCU (2016) também apresentou uma comparação entre os descontos médios obtidos nos certames, segregando-se as diferentes formas de disputa utilizadas (eletrônica e presencial). No caso do RDC-CI, observaram-se os seguintes descontos médios: 3,27%, na forma presencial; 7,13%, na forma eletrônica. A seu turno, no caso de RDC-PG, verificou-se: 1,36%, na forma presencial; e 3,54%, na forma eletrônica.

Figura 6 – Descontos médios x modos de disputa no RDC



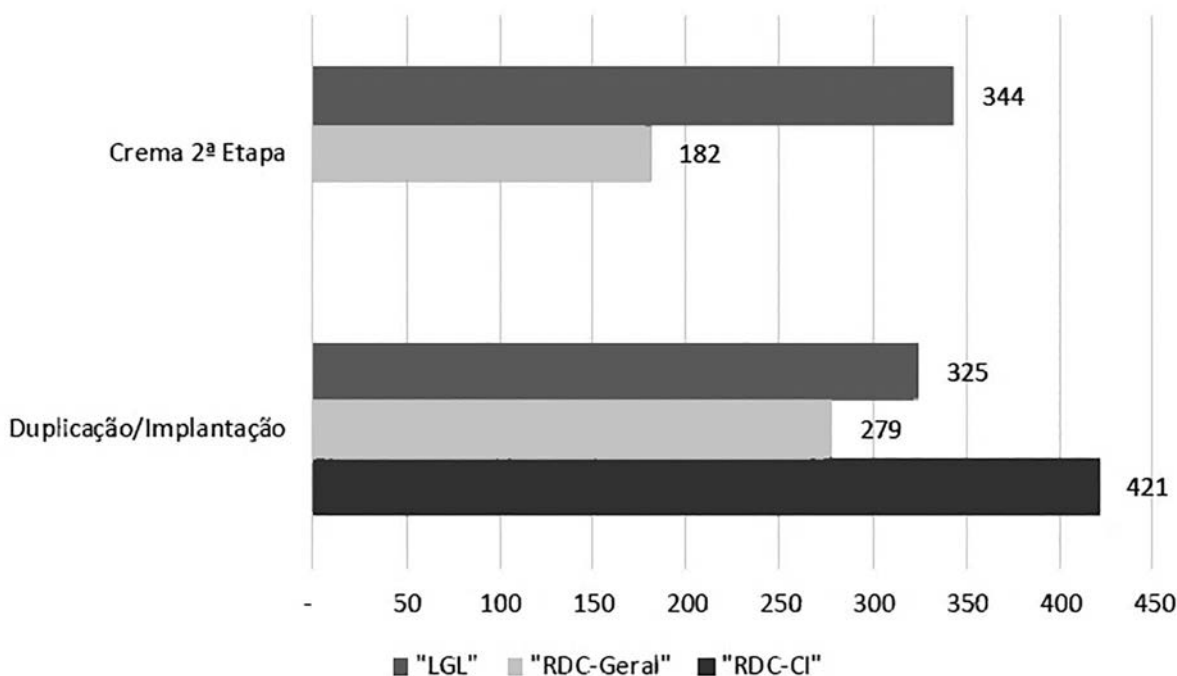
Fonte: TCU (2016, p. 22).

Diante deste panorama, o TCU (2016, p. 2) concluiu que os descontos médios obtidos pela Administração a partir da utilização do modo de disputa combinado e da forma eletrônica apresentaram vantajosidade em relação ao “modo de disputa aberto e fechado e forma presencial”.

Em relação ao desempenho de adoção de orçamento sigiloso (em relação ao não sigiloso), o TCU (2016) apresentou as seguintes informações: no caso do RDC-CI, o desconto médio foi de 4,61% no caso de adoção de orçamento sigiloso e de 3,62% com orçamento não sigiloso. No caso de RDC-PG, o desconto médio foi de 10,82% quando adotado orçamento sigiloso e de 4,62% no caso de orçamento divulgado. Desta feita, o TCU (2016) destacou haver indícios de que o sigilo do orçamento implica descontos maiores no RDC-PG.

Também foi objeto de estudo o tempo consumido no procedimento licitatório para a contratação de obras. Os dados apresentados pelo TCU (2016) estão dispostos na Figura 7. Os prazos assinalados referem-se à soma do número de dias consumidos nas fases interna e externa, ou seja, desde a instauração do processo administrativo para a contratação da obra até a adjudicação do objeto. Estes números não abarcam o tempo consumido para a elaboração de anteprojetos/projetos (ou seja: anteprojeto no RDC-CI; e projeto básico nos demais casos). Verificou-se uma maior celeridade do RDC-PG em relação ao RDC-CI e à LGL. Nas obras de duplicação/implantação, o RDC-CI consumiu maior tempo.

Figura 7 – Tempo (dias) das fases interna e externa nos diferentes regimes



Fonte: TCU (2016, p. 35).

No que concerne ao fracasso das licitações, o TCU apresentou dados que restaram compilados na Tabela 6. Observe-se haver similaridade entre os índices de fracasso nas licitações levadas a efeito com a LGL e com o RDC-PG. O TCU (2016, p. 3) alegou que as licitações regidas pelo LGL e pelo RDC-PG “apresentaram percentuais da ordem de 25%”, enquanto no RDC-CI “esse índice alcança 40%”. Os certames regidos pelo RDC-CI apresentaram índice de fracasso superior, o que pode estar associado à licitação amparada por anteprojeto de engenharia.

Tabela 6 – Licitações malsucedidas – RDC x LGL

Lei aplicável	Anulada	Deserta	Revogada	Suspensa	Número de licitações
RDC-CI	7,4%	1,1%	31,6%	0,0%	95
RDC-PG	5,6%	0,9%	20,4%	0,0%	108
LGL	4,1%	0,9%	21,3%	0,3%	342

Fonte: TCU (2016, p. 36).

Em relação à utilização do RDC-CI, o TCU (2016, p. 33) pontuou haver indícios de que o possível benefício de celeridade deste regime, com eventual redução dos prazos totais, especificamente “no que se refere à contratação conjunta da execução de obras e dos projetos de engenharia correspondentes”, possa não estar ocorrendo. Eventual “celeridade na etapa inicial da obra pode não estar conduzindo para ganhos de eficiência na fase pós-licitatória”. A suposta redução dos prazos totais não estaria sendo concretizada, na medida em que se faz necessário elaborar e aprovar o projeto-básico antes do início das obras, processo que estaria sendo moroso no âmbito do DNIT.

Considerações finais

A partir da coleta de dados oriundos de três trabalhos foi possível identificar e compilar alguns resultados práticos até aqui alcançados com a aplicação do regime diferenciado de contratações em licitações de obras federais.

No que concerne à celeridade processual, os resultados obtidos por Souza (2013) indicaram que as licitações de obras aeroportuárias regidas pelo RDC foram mais ágeis do que aquelas regidas pela LGL, com redução média de 40% do tempo compreendido entre a publicação e a homologação dos certames. Em contrapartida, detectou-se um índice de fracassos relativamente alto no RDC, o que pode estar associado à adoção de orçamento sigiloso e às características dos orçamentos das obras aeroportuárias.

Na mesma esteira, dados extraídos do relatório da CGU (2015) apontaram que o prazo médio entre a primeira publicação e a homologação dos certames foi menor nas licitações regidas pelo RDC-EPG e RDC-EPU em relação àquelas regidas pela LGL. Os mencionados regimes também propiciaram a redução de prazos entre o início da fase externa e a primeira medição dos contratos. Conforme se depreende do relatório, o RDC-CI pode reduzir o prazo total das contratações (projeto, fase interna e externa), mas sua utilização encontra-se associada a uma maior taxa de insucesso (mais licitações desertas ou fracassadas).

Dados apresentados no relatório do TCU (2016) indicaram que o tempo consumido no procedimento licitatório como um todo foi menor no RDC-PG do que na LGL. No caso de obras de duplicação/implantação houve redução média do tempo em 46 dias (14,15%), e nas obras Crema 2ª Etapa esta redução foi de 162 dias (47,1%).

Portanto, as três fontes bibliográficas pesquisadas apresentaram fortes indícios de que a utilização do RDC (RDC-PG) provoca impactos positivos no que concerne à celeridade processual das licitações. Tal fato provavelmente decorre das inovações inerentes ao regime, especialmente a inversão de fases e a fase recursal única. Também há indicações de que a contratação integrada pode reduzir os prazos absolutos do conjunto de procedimentos que antecedem o início da execução de obras (elaboração de anteprojeto, fase interna, fase externa, elaboração/aprovação de projeto). Entretanto, no caso do RDC-CI, há registros de um maior número de licitações malsucedidas (fracassadas, desertas, anuladas, revogadas etc.).

Outro aspecto estudado foi o panorama da competitividade observada nos certames e os descontos auferidos pela Administração Pública nos diferentes regimes licitatórios.

No contexto de licitações de obras aeroportuárias (levadas a efeito preponderantemente com o modo de disputa aberto), o trabalho de Souza (2013) indicou que o emprego do RDC (RDC-EPG e RDC-EPU) conduziu à redução dos descontos médios auferidos pela Administração (desconto médio de 4,84% com o RDC e de 10,88% com a LGL). Conforme discussões apresentadas, estes resultados podem decorrer da complexidade dos orçamentos das obras aeroportuárias, da adoção de orçamento sigiloso e da concessão de prazo exíguo aos interessados para a formulação de suas propostas.

Por seu turno, o relatório da CGU (2015) apresentou uma comparação entre estes parâmetros para três regimes de execução da Lei do RDC (RDC-EPU, RDC-EPG e RDC-CI). Os dados apontam que o RDC-EPU resultou em maior competitividade (6,33 participantes por edital) e maiores descontos (12,36%, em média). O uso do RDC-EPG implicou resultados intermediários (4,47 participantes por edital e 10,49% de desconto, em média), enquanto o RDC-CI atraiu apenas 4,29 participantes por edital e resultou em 4,04% de desconto médio. Insta notar que na contratação integrada o particular assume maiores responsabilidades e riscos que nos demais regimes, pois se incumbem de elaborar o projeto básico e de executar a obra com restrições de aditivos. Desta feita, aparentemente, quanto maiores os riscos transferidos ao contratado, menores os níveis de participação nos certames e dos descontos ofertados pelos interessados.

Ainda em relação ao tema, os dados carreados no relatório do TCU (2016) permitem ponderar que: no contexto de obras rodoviárias, o RDC-PG e a LGL apresentaram competitividade média similar, mas os descontos foram maiores no primeiro caso. Tal comportamento provavelmente decorre de outra inovação presente no RDC, qual seja: a faculdade de escolha entre diferentes modos de disputa nos certames. Segundo as informações apresentadas pelo referido relatório, o modo de disputa combinado se mostrou mais vantajoso que os demais.

Desta feita, no que concerne aos aspectos da competitividade e de descontos auferidos pela Administração, os dados sugerem que, a depender do tipo de obra e do modo de disputa adotado, o RDC-PG pode agregar benefícios em relação à aplicação da LGL. Como visto, o RDC permite que se opte por diferentes modos de disputa nos certames e que melhores resultados foram obtidos com o modo de disputa combinado, situação que não é possível em licitações regidas pela LGL (cujo modo de disputa ordinário é o fechado).

Outros pontos merecem destaque. Em relação à adoção de orçamento sigiloso, não foi possível chegar a uma conclusão definitiva: Souza (2013) apontou este fator como potencialmente prejudicial no caso de obras com orçamentos complexos (de obras aeroportuárias), enquanto o TCU (2016) destacou que o orçamento sigiloso pode ter contribuído para a obtenção de maiores descontos para a Administração Federal no caso de obras rodoviárias, principalmente no RDC-PG.

No que concerne às diferentes formas de disputa do RDC (eletrônica ou presencial), tanto o relatório da CGU (2015) quanto o relatório do TCU (2016) apresentaram dados favoráveis à utilização da forma eletrônica. O número médio de participantes e os descontos médios alcançados com a forma eletrônica se mostraram superiores aos atingidos na forma presencial. Portanto, esta pode ser outra vantagem efetiva do RDC em relação à LGL, já que neste regime somente está prevista a participação presencial.

Especificamente no caso da contratação integrada, o relatório da CGU (2016) apontou que o novo regime de execução implicou a redução de aditamentos nos contratos de obras em relação aos demais regimes.

De todo o exposto, com base nas experiências vivenciadas pela Administração Federal oriundas da utilização do RDC, é possível concluir que alguns dos mecanismos inerentes ao regime diferenciado vêm trazendo benefícios concretos ao Poder Público. O acréscimo da

celeridade processual, a possibilidade de se adotar diferentes modos de disputa (tal como o combinado) e a faculdade de realização dos certames na forma eletrônica, o que pode implicar maior competitividade, representam fortes razões para que se cogite a adoção do RDC. Desta feita, não havendo óbices legais, mostra-se recomendável que a Administração Pública dos estados e municípios percebam o RDC como uma opção viável para licitar suas obras.

Por outro lado, insta salientar que a contratação integrada exige cuidados adicionais, que se iniciam desde a formulação do instrumento convocatório (com a estimativa de custos com base em anteprojeto e a elaboração de matriz de riscos). Ademais, os dados apresentados indicaram que a utilização do RDC-CI tem implicado decréscimo de competitividade e de descontos. Destarte, é recomendável que esta forma de contratação seja utilizada para tipologias muito específicas de objetos e por órgãos com grande maturidade técnica, que consigam estimar adequadamente os custos dos empreendimentos com base em anteprojeto e que tenha capacidade para aprovar projetos apresentados pelas empreiteiras (após a contratação), sem que sejam gerados maiores riscos à Administração.

No caso específico do estado de Goiás, entende-se recomendável que o órgão executivo rodoviário (Goinfra) busque estudar a viabilidade de implantação progressiva do RDC em suas licitações de obras, iniciando tal procedimento com os regimes mais simples (RDC-EPU e RPG-EPG). Esta medida pode gerar benefícios imediatos à Administração, como os observados em licitações federais (maior celeridade processual, assim como potencial acréscimo de economicidade). A contratação integrada pode ser aplicada em momento futuro, para objetos específicos, quando o órgão atingir um maior grau de *expertise* na utilização do RDC.

Abstract: This article analyzes the Brazilian legislation to prevent bidding cartels and the civil, administrative and criminal penalties to which companies are subject. It demonstrates the possibility of cumulating administrative penalties according to the penalties provided in the General Law of Bidding and Contracts, the Auction Law, the law for Differentiated Regime of Public Procurement (known as DRC Law), the State Companies Law, the law for Administrative

Council for Economic Defense (known, as the CADE Law) and the Anti-Corruption Law. The various apparent conflicts of rules that arise from the concomitant application of these rules are identified and resolved.

Keywords: Cartel. Penalties. Conflicts of rules. Brazilian legislation cartels.

Referências

- ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática*: 250 questões fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BAETA, André Pachioni. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Pini, 2016.
- BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU. *Relatório de Auditoria OS: 201505075*. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>. Acesso em: nov. 2019.
- BRASIL. Planalto. *Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011*. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: nov. 2019.
- BRASIL. Planalto. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: nov. 2019.
- BRASIL. Planalto. *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: nov. 2019.
- BRASIL. Planalto. *Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012*. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: nov. 2019.
- BRASIL. Planalto. *Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012*. Altera as Leis nº s 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. – CEITEC; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: nov. 2019.

BRASIL. Planalto. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. Planalto. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Fiscalização n. 149/2016*. Relator: Ministro Bruno Dantas. 30 de agosto de 2016. TC n. 033.102/2015-5. 2016.

LISBOA, Alveni. *RDC volta a valer para obras de mobilidade e infraestrutura logística*. 2018. Disponível em: <https://jacobyfernandesreolon.adv.br/noticias/rdc-volta-valer-para-obras-de-mobilidade-e-infraestrutura-logistica/>. Acesso em: nov. 2019.

SOUZA, Luiz Fernando Ururahy de. *A utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) pela Infraero*. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf. Acesso em: nov. 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TRALDI, Marco Antonio Borges; ALVES, Patrícia Laye. RDC: regime alternativo para licitação e contratação de obras pelas administrações públicas estaduais. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 103-120, jan./jun. 2020.

A delegação de competência em cascata do ordenador de despesa e a responsabilidade administrativa pelas contas públicas perante o Tribunal de Contas

Karla Marques Pamplona

Doutora em Desenvolvimento Sustentável pelo Programa de Desenvolvimento do Trópico Úmido do Núcleo de Altos Estudos da Amazônia (Naea) da UFPA. Mestra em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Analista de Direito do Ministério Público de Contas dos Municípios do Pará. Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Pará (Cesupa).

Monica Martini Souza da Silva

Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará.

Resumo: Este artigo investigou o fenômeno da delegação de competência administrativa em cascata e a delimitação da responsabilidade da autoridade delegante e dos agentes delegados perante o Tribunal de Contas. Primeiramente, explanou-se sobre o conceito de ordenador de despesa e a sua diferenciação em relação aos conceitos de autoridade responsável e gestor fiscal, assim como se apresentou os tipos de ordenadores de despesas, com base em Kops (1962) e Mileski (2003). Após, pesquisaram-se os limites da delegação de competência no atual sistema jurídico brasileiro e o fenômeno da delegação em cascata, com arrimo em Pondé (1980). Por fim, investigou-se a responsabilidade administrativa perante as delegações de competência, conforme julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal de Contas da União (TCU) e de alguns tribunais de contas dos estados (TCEs), concluindo pela possibilidade de responsabilizar solidariamente o agente delegado e a

autoridade delegante, caso haja comprovação de culpa *in vigilando* ou culpa *in legendo*.

Palavras-chave: Delegação de competência. Ordenador de despesa. Responsabilidade. Culpa. Tribunal de contas.

Sumário: Introdução – Os conceitos de autoridade responsável, gestor fiscal e ordenador de despesa originário e secundário na atual ordem jurídica brasileira – Os limites da delegação de competência de ordenador de despesas na atual ordem jurídica – A responsabilidade administrativa das autoridades delegante e delegada pelas irregularidades nas contas perante o Tribunal de Contas – A análise da responsabilidade administrativa do delegante e do delegado no STF e no STJ – A análise da responsabilidade administrativa do delegante e do delegado no TCU e em alguns tribunais de contas dos estados – Considerações finais – Referências

Introdução

Atualmente, observa-se um fenômeno que vem ocorrendo nas esferas governamentais do Brasil que consiste na delegação de competência “em cascata” do ordenador de despesas, o que vem provocando a necessidade de investigação quanto às consequências jurídicas e a responsabilidade administrativa do delegante e do delegado pelas irregularidades nas contas públicas perante o Tribunal de Contas.

Desse modo, abordou-se o conceito de ordenador de despesas e a sua diferenciação em relação aos conceitos de autoridade responsável e gestor fiscal, introduzidos, respectivamente, pela Constituição de 1988 e pela Lei Complementar nº 101/2000, assim como os limites para a delegação da competência em cascata do ordenador de despesas na atual ordem jurídica brasileira, no intuito de diferenciar as consequências jurídicas e responsabilidades dos administradores públicos.

Por fim, realizou-se uma pesquisa sobre a responsabilidade administrativa dos ordenadores de despesas, considerando o delegante e o delegado, pelas irregularidades das contas de gestão perante o Tribunal de Contas, com base na jurisprudência dos tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), e em algumas decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) e dos tribunais de contas do estado (TCEs), como o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

(TCE/SC), o Tribunal de Contas do Mato Grosso (TCE/MT), o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) e o Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

Os conceitos de autoridade responsável, gestor fiscal e ordenador de despesa originário e secundário na atual ordem jurídica brasileira

Segundo Kops (1962, p. 32), a figura do ordenador de despesa “remonta às fontes mesmas da criação do Tribunal de Contas. Em essência, não deixa de interferir com sua própria *ultima ratio*”. Isso porque o ordenador de despesa é a peça importante quando se fala em prestação das contas públicas, visto que “todas as contas públicas resultam de uma ordenação ou autorização, vale dizer, de um fato material que tem alguém como autor e responsável” (KOPS, 1962, p. 31).

Neste sentido, Kops em 1962 já informava sobre a necessidade de a legislação detalhar a matéria relativa ao ordenador de despesa, para facilitar e não criar óbices na fiscalização pelo Tribunal de Contas (KOPS, 1962, p. 32).

O conceito de “ordenador de despesas” surgiu no sistema financeiro brasileiro de 1967, com o advento do Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967, que regulamenta a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências.

O Decreto-Lei nº 200/67, apesar de ter sido instituído na vigência da Constituição Federal de 1967, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim, o Decreto-Lei nº 200/67 até hoje é uma importante lei que regula o sistema financeiro-administrativo atual do Brasil, tornando-se um parâmetro para a definição do conceito de “ordenador de despesas” no art. 80, §1º, que assim dispõe: “Ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio” (BRASIL, Decreto-Lei nº 200, 1967).

Ademais, é importante definir o conceito de “ordenador de despesas”, a partir da definição legal do art. 80, §1º, do Decreto-Lei nº 200/67, sem esquecer a consonância com as diretrizes da Carta Política de 1988. É válido esclarecer que o atual sistema jurídico financeiro brasileiro possui duas normas gerais de direito financeiro, quais sejam: a Lei nº 4.320/64 e a Lei Complementar nº 101/2000. Ambas não se reportam ao conceito de “ordenador de despesas”, no entanto, a Constituição Federal de 1988 menciona o termo “autoridade responsável” e a LC nº 101/2000 introduziu o conceito de “gestor fiscal”.

Deste modo, é fundamental distinguir o conceito de “ordenador de despesas”, dos conceitos de “autoridade responsável” e “gestor fiscal”, e identificar claramente as respectivas consequências jurídicas e responsabilidades administrativas.

Nesse sentido, Mileski (2003) dispõe que a “autoridade responsável” é o gênero, por se tratar de uma responsabilidade ampla que pode abranger quaisquer ações administrativo-financeiras, relativas à administração ou gerência de dinheiro e bens públicos, como a arrecadação de receitas, a realização de despesas, a realização de processos licitatórios, submetendo-se também à obrigação constitucional de prestação de contas perante o Tribunal de Contas.

A Constituição Federal de 1988 criou esse termo amplo, que se pode dizer que consiste no gênero, para que qualquer pessoa física, jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde ou administre dinheiros ou bens públicos possa sofrer controle interno e externo, no intuito de assegurar o interesse público, conforme art. 70, *caput* e parágrafo único, da Constituição de 1988. Desse modo, amplia-se o universo de sujeitos passivos do controle interno e do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, na atual ordem jurídica, incluindo uma pessoa física de direito privado que recebe recursos públicos por meio de uma bolsa de pesquisa científica, por exemplo.

Assim, a autoridade responsável é um gênero, previsto na Carta Política de 1988, todavia, a legislação infraconstitucional se refere, ainda, a dois termos, “ordenador de despesas” e “gestor fiscal”, sendo fundamental distingui-los.

O conceito “gestor fiscal” foi introduzido pela LC nº 101, de 4.5.2000, que, com o objetivo de acompanhamento da gestão fiscal, determinou à figura do “gestor fiscal” a responsabilidade para elaboração dos relatórios quadrimestrais durante a execução orçamentária e prestação de contas ao final do exercício financeiro quanto ao cumprimento das normas da LRF (MILESKI, 2003, p. 127). Assim, compreende-se que o gestor fiscal é uma espécie de autoridade responsável que possui a competência de demonstrar o cumprimento das normas da LRF, nos termos do art. 59 da LC nº 101/00.

Mileski (2003, p. 130) elucida:

o responsável pela gestão fiscal se fixa na pessoa do dirigente máximo dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, sem admitir delegação de poderes, submetendo-se a uma fiscalização quanto ao cumprimento das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Enquanto o “ordenador de despesas” não é sinônimo de autoridade responsável, apesar de comumente ser confundido, trata-se da função do responsável pelo empenho, pagamento e liquidação, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda, nos termos do art. 80, §1º, do Decreto-Lei nº 200/67. No mesmo sentido, Kops (1962) define o ordenador de despesas como o autorizador da despesa pública, o qual responderá perante o Tribunal de Contas.

Ressalta-se que o ordenador de despesas não pode ser o agente subordinado que apenas assina o empenho ou servidor que realiza a liquidação ou o pagamento, trata-se de “autoridade administrativa”, com poderes e competência para “determinar a ou não a realização da despesa, de cujo ato gerencial surge a obrigação de justificar o bom e regular uso dos dinheiros públicos” (MILESKI, 2003, p. 121).

Neste ponto, entende-se que não se tem como interpretar o conceito de ordenador de despesas por meio da literalidade do art. 80, §1º, do Decreto-Lei nº 200/67. Faz-se mister lembrar das diretrizes da Constituição Federal de 1988, que traz o conceito de “autoridade responsável” como gênero, logo, o ordenador de despesas é, sobretudo, uma “autoridade responsável” que possui a competência de ordenar despesas. Ademais, não se pode desconsiderar as consequências jurídicas e as responsabilidades administrativas do ordenador de despesas, visto que responderá pelas contas do órgão público ou poder perante o Tribunal de Contas, assim, não pode ser um subordinado qualquer, mas uma “autoridade responsável”, que possui legalmente a competência de administrar o dinheiro público ou bens públicos e, por consequência, assinar e se responsabilizar pelas fases da execução da despesa pública.

Mileski (2003) sustenta que os chefes do Poder Executivo não são chamados de ordenadores de despesas, pois são agentes políticos submetidos, constitucionalmente, ao julgamento do Poder Legislativo, com exceção dos prefeitos municipais que se responsabilizam pelos atos de execução orçamentária, quando atuam como verdadeiros ordenadores de despesas, conforme vêm atuado alguns tribunais de contas, a exemplo do TCE/RS. Cumpre dispor que o STF, em julgamento do RE nº 848.826, em 10.8.2016, fixou a tese de que a Câmara Municipal é a responsável pelo julgamento das contas do prefeito, sejam elas contas de governo ou de gestão, e que cabe ao Tribunal de Contas auxiliar o julgamento a partir da emissão do parecer prévio (PAMPLONA; SOUSA, 2018). Em 22.10.2019, transitou este julgado no STF, logo, acredita-se que a partir deste momento os tribunais de contas não vão mais realizar o julgamento das contas

de gestão dos prefeitos, mas apenas emitir o parecer prévio, assim como já fazem nas contas de governo, cabendo ao Poder Legislativo o julgamento.

Ademais, Mileski (2003), partindo da definição legal de ordenador de despesas, faz uma classificação, distinguindo dois tipos de ordenadores de despesas: o “ordenador de despesas originário ou principal” e o “ordenador de despesas secundário”. Isso porque o art. 80, §2º, do Decreto-Lei nº 200/67 menciona a circunstância de “agente subordinado que exorbita as ordens recebidas”.

Assim, pode existir o ordenador de despesas originário, aquele que possui pela lei ou regulamento a competência ou poder para ordenar as despesas orçamentárias alocadas ao órgão ou poder, em face da competência inerente ao seu cargo ou função de autoridade responsável pelos dinheiros públicos e bens públicos. Por exemplo: presidentes dos poderes Legislativo e Judiciário, os ministros e secretários do estado e dirigentes de autarquias públicas. Enquanto o ordenador de despesas secundário ou derivado consiste naquele que possui competência ou atribuição derivada do ordenador originário, assim, exerce a função delegada pelo ordenador originário, respondendo no caso de exorbitar a função delegada, nos termos do art. 80, §2º, do Decreto-Lei nº 200/67. Por exemplo, o contador ou o diretor financeiro de uma secretaria do estado ou do município que possui a função de ordenador de despesas por meio de decreto de delegação de competência instituído pelo secretário estadual ou municipal.

Vale lembrar que Kops, em 1962, já distinguia os ordenadores de despesas também, classificando-os em 2 tipos, com base na doutrina do jurista Rui Cirne Lima: (1) os condutores políticos e (2) os funcionários profissionais; sendo que os condutores políticos são “todos quantos, isoladamente ou em grupo, exercem o poder de orientar e dirigir as atividades do Estado, dividir a tarefa estatal, determinar funções, ordenar serviços, fixar competências” (KOPS, 1962, p. 34); enquanto os funcionários profissionais possuíam as seguintes características:

- a) a natureza técnica ou prática do serviço prestado; b) a retribuição, de cunho profissional; c) a vinculação jurídica à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município; d) o caráter permanente dessa vinculação, segundo uma disciplina legal específica. (KOPS, 1962, p. 34)

Os condutores políticos seriam os ordenadores de despesa originários, cuja função incumbe o manejo do dinheiro público, enquanto os funcionários públicos profissionais são os ordenadores de despesa secundários, que recebem a função de ordenar despesas por delegação de competência (KOPS, 1962). Tal distinção realizada entre os ordenadores de despesas é fundamental para estabelecer as responsabilidades administrativas.

Kops (1962), com base na obra de Gilbert Devaux, *La comptabilité publique* (Paris, 1957), informa que este autor ainda distinguia os “subordenadores secundários”, os “autorizadores” e os “agentes de execução”:

Os subordenadores secundários não estão em relação direta com os ordenadores primários, e sim, com um outro ordenador secundário que lhes subdelega parte de poderes. Os autorizadores são os colaboradores imediatos dos ordenadores (principais e secundários), que lhes conferem, aos autorizadores, por ato expresso de delegação de assinatura, o direito de os substituírem dentro de certos limites. Conumeram-se dentre os autorizadores, os diretores e chefes de serviço, os chefes de gabinete, secretários gerais, etc. Os agentes de execução são os demais funcionários em geral [...]. (DEVAUX, 1957 *apud* KOPS, 1962, p. 35)

Não obstante a existência jurídica dos subordenadores, autorizadores e agentes de execução no sistema jurídico francês, Kops (1962) entendeu que no sistema jurídico brasileiro seria preferível equiparar juridicamente os autorizadores aos ordenadores secundários.

Cumprir lembrar que o artigo de Kops (1962) foi anterior ao advento da Lei nº 4.320, de 17.3.1964 e do Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967, que trouxeram parâmetros legais para identificar o ordenador de despesas, sendo fundamental considerar também as diretrizes da atual Constituição Federal de 1988.

Portanto, apresentadas algumas ideias sobre o conceito de ordenador de despesa e a distinção em relação à autoridade responsável e o gestor fiscal, faz-se mister investigar os limites da delegação de competência do ordenador de despesa no atual sistema jurídico pátrio.

Os limites da delegação de competência de ordenador de despesas na atual ordem jurídica

É possível a delegação de competência administrativa, nos limites da Constituição Federal de 1988 e das normas infraconstitucionais, sendo fundamentais as diretrizes legais do Decreto-Lei nº 200/67 e da Lei nº 9.784/99.

Para Medauar (2011), a delegação da competência tem como objetivo a continuidade do serviço público mediante a descentralização administrativa, haja vista a sobrecarga de serviço atribuída ao agente competente. Neste sentido, Carvalho Filho (2003, p. 89) aduz que a delegação de competência pode ocorrer quando “uma norma autorizar que um agente transfira a outro, normalmente de plano hierárquico inferior, funções que originalmente lhe são atribuídas”.

O Decreto-Lei nº 200/67, no art. 11, dispõe que o objetivo da delegação da competência deve ser a descentralização administrativa e, por consequência, a eficiência da Administração Pública, sendo um limite essencial e até mesmo algo a ser avaliado pela autoridade delegante se mantém ou não a delegação de competência, lembrando que ela é temporária. Ademais, o art. 12 do Decreto-Lei nº 200/67 estabelece que o ato de delegação deve deixar bem claros alguns elementos mínimos, quais sejam: (1) a autoridade delegante; (2) a autoridade delegada; e (3) as atribuições objeto de delegação.

Os arts. 12 e 13 da Lei nº 9.784/99 também dispõem sobre algumas diretrizes legais para o ato de delegação de competência administrativa, destacando-se o que não pode ser objeto de delegação: “I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; e III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade” (BRASIL, Lei Nº 9.784, 1999).

Assim, com base no Decreto-Lei nº 200/67 e na Lei nº 9.784/99, o ato de delegação tem que definir claramente: a autoridade delegante, a autoridade delegada e o objeto da delegação; sendo que a autoridade delegante consiste em órgão, poder ou titular que possui competência originária e não pode estar impedido legalmente; a autoridade delegada é agente, hierarquicamente subordinado, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial; e não pode ser objeto de delegação: a edição de atos de caráter normativo, a decisão de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Quanto ao objeto de delegação da competência, cumpre elucidar que a Constituição Federal de 1988, no art. 84, parágrafo único, regula que não pode ser objeto de delegação a competência exclusiva e a competência privativa, no entanto, quanto a esta última, salvo em algumas hipóteses excepcionais, o presidente da República pode delegar as atribuições privativas a seguir elencadas:

- (1) organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- (2) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

- (3) concessão de indulto e comutação de penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; e
- (4) provimento e extinção dos cargos públicos federais, na forma da lei.

Logo, por meio de decreto, o presidente da República pode delegar a competência para organização e funcionamento da Administração federal, desde que tal atribuição não implique aumento de despesa ou criação e extinção de órgão público.

Tal permissão constitucional de delegação de competência administrativa é aplicável também aos demais chefes do Poder Executivo pelo princípio da simetria, inclusive, ao chefe do Poder Executivo Municipal, conforme decisão no RE nº 633.009 AgR/GO do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2011).

A Súmula nº 510 do STF elucida que a delegação de competência, desde que se refira a objeto passível de delegação, acarreta à autoridade delegada a possibilidade de ser sujeito passivo de mandado de segurança ou outra medida judicial: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial” (BRASIL, STF, 1969).

O texto constitucional permitiu a delegação de competência que tenha como objeto a organização administrativa, assim, entende-se que não há óbices para a delegação de competência de ordenador de despesa. Em que pese alguns autores não defendam neste sentido, conforme dispõem Dias e Reis (2015, p. 172): “um agente subordinado não pode ser reconhecido como ordenador de despesas, por não ter poderes nem competência para isso, além do dever de prestação de contas ser do superior”.

Todavia, é importante lembrar que “o ato de delegação de competência não retira a competência da autoridade delegante, que continua cumulativamente com a autoridade delegada”, conforme expõe Carvalho Filho (2003, p. 89), com base na doutrina de Marcelo Caetano. O ato de delegação de competência consiste em uma extensão da competência a outros agentes públicos, pois o poder originário continua dispondo dela, por ser algo irrenunciável ao ente delegante, conforme fundamenta o art. 11 da Lei nº 9.784/99. Tanto que existe o fenômeno da “avocação”, pois a qualquer momento a autoridade delegante pode atrair para a sua esfera a atribuição delegada.

Daí questiona-se se o prefeito municipal pode delegar a competência de ordenador de despesa ao secretário de secretaria municipal, e o secretário pode delegar a competência ao diretor financeiro, ou seja, a qualquer agente público do seu órgão.

Entende-se que sim, desde que respeitados os limites constitucionais e legais acima expostos. Ressalta-se que o art. 80, §2º, do Decreto-Lei nº 200/67, não deixa dúvida quanto à possibilidade de se ter um ordenador de despesa originário e um ordenador de despesa secundário. Daí porque Kops (1962), Lima (2007) e Mileski (2003) defendem a figura do “ordenador de despesa secundário”, que consiste no agente público que recebe do ordenador de despesa originário a responsabilidade de ordenar despesas, respondendo no caso de exorbitar a função delegada; sendo o ordenador de despesa originário a autoridade responsável pelos dinheiros públicos e bens públicos, conforme a lei ou a CF/88.

Ademais, Kops (1962), com base na doutrina francesa, esclarece que pode existir, ainda, a figura dos subordenadores secundários ou dos autorizadores, que são aqueles que passam a ter autorização para ordenar despesas por estar mais próximo do ordenador de despesa secundário. É o caso, por exemplo, do secretário municipal, que recebe do prefeito municipal a função de ordenador de despesa da secretaria e este secretário delega por decreto a competência de ordenador de despesa ao contador ou diretor financeiro da secretaria.

Lafayette Pondé (1980, p. 2-3) já se preocupava com essa situação de delegações em cascata, por meio de decreto, e as consequências jurídicas da multiplicação desse fenômeno, ocasionando a desordem e o desvirtuamento do texto legal que designa a autoridade que possui competência para certa atribuição.

No mesmo sentido, pondera-se, no caso dos ordenadores de despesas, o receio de as delegações em cascata acabarem acarretando uma responsabilidade administrativa pelas contas públicas a um agente subordinado, que sequer possui poder de decisão de fato, a não ser formalmente assegurado por um decreto, assim, eximindo a responsabilidade da autoridade máxima, que é quem de fato tem poder para decidir no órgão, em relação à gestão das contas públicas perante os órgãos fiscalizadores, a exemplo do Tribunal de Contas.

Assim, diante do fenômeno da delegação de competência em cascata de ordenadores de despesa, cumpre investigar como fica a responsabilidade administrativa perante o Tribunal de Contas.

A responsabilidade administrativa das autoridades delegante e delegada pelas irregularidades nas contas perante o Tribunal de Contas

As cortes de contas, por força constitucional (arts. 70 e 71, da CRFB/88), foram legitimadas a cumprir funções de controle externo das contas públicas no Brasil, por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

Nesse sentido, os tribunais de contas têm como regra geral a verificação da correta aplicação dos recursos públicos pelos seus responsáveis. Apuradas as responsabilidades, em caso de qualquer ato que cause prejuízo ao erário, este deverá ser recomposto; e, independentemente da existência de dano, a ofensa a alguma regra ou princípio pode ocasionar a responsabilização de agentes públicos e demais responsáveis por bens e dinheiros públicos.

Decorre daí a necessidade de se investigar as condutas antijurídicas, bem como identificar as responsabilidades dos agentes acerca das normas sobre a gestão pública e considerar, com base no art. 22, da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), os obstáculos e as reais dificuldades que os gestores enfrentam e levar em consideração as exigências das políticas públicas.

Assim, necessário se faz avaliar a(s) conduta(s) de cada agente envolvido, delegado e delegante, vez que muitos são os atos praticados por agentes designados pela autoridade máxima do órgão público (ordenador de despesa originário).

Deve-se deixar claro que, pelos prejuízos causados ao erário por agentes subordinados que exorbitem as ordens recebidas, não é responsável o ordenador de despesa originário, exceto quando este for conivente com aquele (ordenador de despesa secundário), com base no art. 80, §2º, do Decreto-Lei nº 200/67. Tal matéria está ainda presente na Súmula nº 510, do STF, alhures citada.

Quanto à responsabilidade administrativa, afirma o art. 90 do Decreto-Lei nº 200/67 que “responderão pelos prejuízos que causarem à Fazenda Pública o ordenador de despesas e o responsável pela guarda de dinheiros, valores e bens”. No entanto, devem ser utilizados alguns critérios para a avaliação de culpa do superior hierárquico, como a falha na supervisão hierárquica e a má escolha do subordinado, podendo ser responsabilizado por culpa *in vigilando*, sempre que verificada a deficiência na fiscalização dos atos delegados ou por culpa *in eligendo*, que decorre da má escolha do agente delegado.

Assim, o ordenador de despesa originário que tem a competência de prestar contas e delega a outrem quaisquer responsabilidades que possam impactar essas contas deve fiscalizar os atos do agente delegado, sob pena de responder por *culpa in vigilando*, podendo ainda responder por *culpa in eligendo*, quando a escolha for por subordinado não qualificado para o exercício das tarefas inerentes ao cargo que ocupa (DIAS; REIS, 2015).

Desse modo, conclui-se que o ordenador de despesa originário (autoridade delegante) não poderá ser eximido da responsabilidade por dano que reflita na sua prestação de contas, pela simples delegação de competência de ordenar despesa a outro agente subordinado.

Tal entendimento se torna primordial diante do fenômeno das delegações em cascata das atribuições de ordenador de despesa, a exemplo da esfera municipal, quando o prefeito municipal delega a competência de ordenador de despesa ao secretário municipal de uma secretaria e este delega a competência de ordenador de despesa ao diretor financeiro da secretaria. Neste caso, caso haja irregularidade grave nas contas da secretaria municipal, somente o diretor financeiro (agente subordinado delegado) será responsabilizado?

Entende-se que isso vai depender do caso, visto que se deve analisar se houve abuso de poder por parte do agente delegado ou se houve culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo* do agente delegante (secretário) e, ainda, dependendo da gravidade do dano ao erário, o prefeito municipal também poderá ser responsabilizado por ser o ordenador de despesa originário desde que comprovado o dolo ou a culpa, conforme jurisprudência do STF e do STJ, a seguir elencada. Também se faz mister verificar se o TCU e os TCEs estão aplicando ou não a jurisprudência dos tribunais superiores, observando como estes vêm responsabilizando os agentes diante da delegação das atribuições de ordenador de despesa.

A análise da responsabilidade administrativa do delegante e do delegado no STF e no STJ

Como visto acima, o STF reconhece a delegação de competência administrativa, tanto que existe a Súmula nº 510 que dispõe que quando há delegação de competência administrativa considera-se a autoridade delegada para fins de estabelecer a competência para julgamento no STF. Tal súmula é aplicada na atualidade, conforme se observa na decisão do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 24.732/DF do STF (2014).

Ademais, verifica-se que no caso de terceirização de serviço, a Administração Pública pode ser responsabilizada por culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*, a qual não é automática, vai depender da comprovação, conforme se expõe na decisão no Terceiros Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, com repercussão geral, do STF (BRASIL, STF, 2019).

Quanto à delegação de competência administrativa, observa-se esta discussão no Recurso Extraordinário nº 1.029.836/SC, STF, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento de 16.3.2017, quanto à possibilidade de responsabilizar o prefeito municipal por ato de improbidade administrativa, praticado pelo presidente do Fundo Municipal de Esporte, visto que o ato tinha repercutido na esfera de interesses da autoridade nomeante, sendo objeto de debate a aplicação da culpa *in vigilando* e da culpa *in eligendo*, todavia, a análise ensejava o reexame de fatos e provas, ante a ausência de prova cabal da ciência do prefeito municipal, assim como se compreendeu que se questionava a aplicação de norma infraconstitucional, motivo pelo qual foi negado o provimento ao recurso (BRASIL, STF, 2017).

Da mesma forma, no Agravo de Instrumento nº 631.841/SP, Rel. Min. Celso de Melo, julgamento de 24.4.2009, do STF, verifica-se que também foi levantada a discussão quanto à apuração da responsabilidade do prefeito municipal por culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*, todavia, decidiu-se que houve ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, não sendo cabível o exame por recurso extraordinário (BRASIL, STF, 2009).

Já no Superior Tribunal de Justiça (STJ) existem decisões no sentido de atribuir responsabilidade solidária à autoridade delegante e agente subordinado por improbidade administrativa, em virtude de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* aos agentes, como as decisões no Agravo Interno em Recurso Especial nº 941.061/MG (2018) e no Recurso Especial nº 1.721.025/SE (BRASIL, STF, 2018).

No Recurso Especial nº 1.721.025/SE (BRASIL, STF, 2018), o prefeito municipal foi responsabilizado solidariamente por ato de improbidade administrativa realizado por secretário, causador de dano ao Erário, em razão da ocorrência de irregularidades em processos licitatórios e na execução dos respectivos objetos, envolvendo verba pública federal repassada por meio de convênio ao município de São Cristóvão/SE pelo Ministério da Educação, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), nos anos de 2003 e 2004, destacando-se:

É inegável que as atividades do Poder Executivo municipal são de responsabilidade, direta ou indireta, do Prefeito, seja pelo desempenho de suas funções, seja pela responsabilidade na indicação e no dever de direção ou supervisão de seus subordinados, ou seja, *in eligendo* e *in vigilando*. Portanto, quando as decisões dos subordinados resultarem em movimentações financeiras desautorizadas por lei ou em descumprimento de obrigações decorrentes do repasse de recursos repassados por outro ente federativo, qualifica-se a negligência do superior hierárquico, no caso, o réu/prefeito. Entretanto, a responsabilidade do *ex-prefeito* não deriva apenas da culpa pela indicação da Secretária de Educação, mas decorre do compromisso assumido diretamente com os fins programa PNAE. 55. Conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal; [...]

13. Recurso Especial não conhecido. (STJ. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. REsp nº 1.721.025/SE, j. 15.5.2018. *DJe*, 2 ago. 2018)

Assim, entende-se que o STJ aceita a doutrina pátria que não afasta totalmente a responsabilidade da autoridade delegante e avalia a culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*, cabendo o dever de fiscalização diante da gestão do agente delegado.

A análise da responsabilidade administrativa do delegante e do delegando no TCU e em alguns tribunais de contas dos estados

A jurisprudência do TCU reconhece a responsabilidade dos gestores públicos como de natureza subjetiva, conforme Acórdão nº 249/2010 – Plenário. Assim, ao ocorrer a delegação de competência administrativa, nos limites constitucionais e legais, cumpre esclarecer que o delegante não se exime totalmente da responsabilidade, conforme a jurisprudência do TCU, em Acórdão nº 6.934/2015 – 1ª Câmara, também sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler, cujo voto proferido na sessão do dia 3.11.2015, foi no sentido de que:

[...] A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A autoridade delegante pode ser responsabilizada sempre que verificada a fiscalização deficiente dos atos delegados (culpa *in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa *in eligendo*). (BRASIL, TCU, Acórdão nº 6.934, 2015)

Vale mencionar o Acórdão nº 1.529/2019 do Plenário do TCU, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que trata de pedidos de reexame em desfavor do Acórdão nº 772/2017 – Plenário, cuja decisão aplicou multa de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) aos três gestores de ministérios – do Turismo e do Esporte – signatários de convênios celebrados. Ao analisar os três apelos, a Secretaria de Recursos do TCU propôs dar provimento a todos, tornando sem efeito as multas por diversas razões, entre elas, a de maior importância para este artigo, a ausência do nexo de causalidade entre as condutas e as irregularidades. Ocorre que, em seu voto, o ministro

relator divergiu deste entendimento, provendo o apelo de apenas um deles e a negativa dos demais (BRASIL, TCU, Acórdão nº 1.529, 2019).

O apelo provido se deu com base no art. 22, da LINDB, que levou em consideração as dificuldades reais do gestor. E, nesse ponto, o ministro entendeu não ser razoável, em regra, exigir dos ocupantes destes cargos a completa revisão de todas as etapas até a celebração do convênio (BRASIL, TCU, Acórdão nº 1.529, 2019).

Por outro lado, os apelos negados foram dos gestores vinculados ao Ministério do Turismo, por terem sido, suas condutas, consideradas pelo ministro relator “práticas disseminadas”, vez que os recorrentes respondem por diversos processos de tomada de contas em trâmite no TCU. Tal decisão foi fundamentada no §2º, do art. 22, da LINDB, dadas as circunstâncias agravantes e os antecedentes dos agentes (BRASIL, TCU, Acórdão nº 1.529, 2019).

Por fim, o Ministro Benjamin Zymler encerrou seu voto:

[...] entendo que, em regra, não é razoável exigir do secretário executivo que reexaminasse minuciosamente o teor de todos os documentos analisados e chancelados pelas áreas técnica e jurídica. Esse entendimento não se aplica evidentemente quando a falha é grosseira ou quando, ao se analisar o conjunto da gestão, se identificar a recorrência da impropriedade (caso do Ministério do Turismo, por exemplo). (BRASIL, TCU, Acórdão nº 1.529, 2019)

Desse modo, a jurisprudência do TCU consolidou-se no sentido de que os superiores hierárquicos têm como obrigação acompanhar, controlar e fiscalizar a execução dos atos de seus subordinados e ainda de escolhê-los com esmero, sob pena de responder por culpa *in vigilando* e culpa *in elegendo*.

No entanto, há julgados desta Corte, por exemplo, o Acórdão nº 1.971/2013 – Plenário, que eximem de responsabilidade as autoridades máximas e seus substitutos quando for necessária uma revisão minuciosa dos atos praticados pelos subordinados. Segundo o Acórdão nº 8.028/2016-TCU – 2ª Câmara, de relatoria da Ministra Ana Arraes, não é automática ou absoluta a responsabilidade da autoridade delegante, visto que é imprescindível a análise dos fatos que envolvem o caso concreto para ensejar a responsabilização daquela autoridade, caso haja comprovação.

Portanto, percebe-se que a matéria é delicada, repleta de pormenores, sendo necessária uma minuciosa análise das condutas realizadas por delegantes e delegados, no intuito de estabelecer a responsabilidade pela gestão das contas públicas.

No nível estadual, alguns tribunais de contas dos estados do Brasil vêm analisando a culpa *in vigilando* e a culpa *in elegendo* no caso de delegação de competência administrativa, inclusive nas atribuições de ordenação de despesas, conforme se visualiza nos casos a seguir.

No Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC), a possibilidade de atribuir responsabilidade solidária ao prefeito municipal (autoridade delegante) por ato praticado por seus auxiliares e até por particulares (agentes delegados), encontra-se pacificada. Veja-se nesse sentido o Acórdão nº 1.154/2006, exarado no Processo nº TCE/SC-03/06954494, de relatoria do Conselheiro José Carlos Pacheco, que responsabilizou o prefeito municipal e os secretários municipais por atos praticados por comissões permanentes de licitação subordinadas às secretarias descentralizadas, quais sejam, a Secretaria de Educação e a Secretaria de Desenvolvimento Social.

Também se observa que o TCE/MG, no processo de Tomada de Contas Especial nº 851.308, que apurou prática ilegal na inclusão irregular de beneficiários em folha de pagamento de pessoal, avaliou a culpa *in vigilando* e esclareceu que para sua configuração e consequente responsabilização do agente público hierarquicamente superior pelos atos de seus subordinados “é necessária a comprovação da inobservância dos deveres inerentes à fiscalização” (MG, TCE/MG, 2019).

Da mesma forma, o Tribunal de Contas de Mato Grosso (TCE/MT) em decisão que negou provimento ao Recurso Ordinário nº 15.114-9/2017, em 29.4.2019, e manteve a decisão recorrida (Acórdão nº 174/2018 – TP), responsabilizou o prefeito municipal e a Secretária Municipal de Saúde por irregularidades na realização do Processo Seletivo Simplificado nº 01/2017, por culpa *in vigilando*. Assim ocorre também no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), conforme decisão no Recurso Ordinário sobre o Acórdão no TC-800455/358/12, Segunda Câmara, sessão de 24.7.2018.

Por fim, observa-se, ainda, que o Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA) também segue essa linha de análise, conforme ocorreu no Acórdão nº 55.277 de 2015, que aplicou responsabilidade solidária e multas à autoridade delegante e aos agentes delegados em processo de tomada de contas de convênio, por culpa *in vigilando* (PARÁ, TCE/PA, Processo nº 2007/53921-8, 2015).

Mais recente e na mesma esteira, existe a decisão de 12.2.2019, de relatoria da Conselheira Maria de Lourdes Lima de Oliveira do TCE/PA no Acórdão nº 58.511: “[...] a omissão na fiscalização atrai a solidariedade, em função da culpa *in vigilando* do cumprimento do objeto, nos termos do que dispõe o art. 2º da Resolução n.º 13.989/95-TCE/PA”.

Ante o exposto, observa-se que o TCU e alguns TCEs do Brasil vêm aplicando a tese do dever de eleição adequada e fiscalização pela autoridade delegante, no caso de delegação de competência administrativa, o que inclui a ordenação de despesa, podendo a autoridade delegante (ordenador de despesa originário) ser responsabilizada solidariamente por culpa *in vigilando* e culpa *in elegendo* perante a gestão das contas públicas do agente delegado, dependendo da comprovação dos fatos em cada caso concreto.

Considerações finais

O atual sistema jurídico brasileiro permite o fenômeno da delegação de competência administrativa, inclusive, das atribuições do ordenador de despesa, sobretudo, com base no art. 80, §2º, do Decreto-Lei nº 200/67, todavia, dentro dos pressupostos constitucionais e legais espostos.

Neste passo, o ordenador de despesas, nos termos da Lei nº 4.320/64, responde pela prestação de contas e pela tomada de contas perante o Tribunal de Contas, todavia, a Carta Política de 1988 ampliou o sujeito passivo do controle externo das contas públicas, mencionando a figura da autoridade responsável. Assim, o ordenador de despesa é uma autoridade responsável que passa a ter a atribuição de ordenar despesas e responder pela prestação de contas e tomada de contas perante o Tribunal de Contas.

Aprofundando o estudo sobre o conceito de ordenador de despesa, verifica-se que é possível existir o ordenador de despesa originário e o ordenador de despesa secundário, sendo muito comum, atualmente, a delegação de competência do ordenador de despesa em cascata. Neste sentido, a doutrina vem admitindo avaliar a responsabilidade não somente do agente delegado no caso de irregularidade nas contas públicas, mas também da autoridade delegante, a qual pode responder solidariamente por culpa *in vigilando* ou culpa *in elegendo*, conforme vem atuando também o STJ, o TCU e alguns TCEs.

Compreende-se fundamental esta análise da conduta não somente do agente delegado (ordenador de despesa secundário), como também da autoridade delegante (ordenador de despesa originário), perante as irregularidades na conta pública, considerando que muitas das vezes pode ser uma forma de eximir a autoridade máxima de sua responsabilidade. Assim, o ordenador de despesa originário possui o dever de escolher adequadamente o agente delegado, assim como de fiscalizar as ações deste, sob pena de responsabilidade solidária, por culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*.

Abstract: This article investigated the phenomenon of cascading delegation of administrative competence and the delimitation of the responsibility of the delegating authority and delegated agents before the Court of Auditors. Firstly, it explained about the concept of expense authorizer and its differentiation in relation to the concepts of responsible authority and tax manager, as well as the types of expense authorizers, based on Kops (1962) and Mileski (2003). Afterwards, the limits of delegation of competence in the current Brazilian legal system and the phenomenon of cascading delegation were investigated, with support in

Pondé (1980). Finally, were investigated the administrative responsibility before the delegations of jurisdiction, as judged by the Supreme Federal Court (STF), the Superior Court of Justice (STJ), the Federal Court of Accounts (TCU) and some Courts of Accounts of the States (TCE's), concluding by the possibility of jointly and severally liable the delegated agent and the delegating authority, if there is evidence of guilt.

Keywords: Delegation of competence. Expense orderer. Responsibility. Guilt. Audit office.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. STF. *Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 24.732/DF*. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 11.03.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5519477>. Acesso em: jan. 2020.
- BRASIL. STF. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 631.841-9/SP*. Rel. Min. Celso de Melo, julgamento de 19.05.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=596203>. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. STF. RE nº 633009 AgR/GO. Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, decisão de 13/09/2011. *DJ*, 27 set. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627982>. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. STF. RE nº 848826/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Relator para o Acórdão Ricardo Lewandowski, decisão em 10/08/2016. *DJ*, 17 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>. Acesso em: jan. 2020.
- BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 1029836/SC. Rel. Min. Edson Fachin, julgamento de 16.03.2017. *DJe*, 054, 21 mar. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5141727>. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. STF. Súmula nº 510. *DJ*, 12 dez. 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2671>. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. STF. *Terceiros Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 760.931/DF*. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Rel. do Acórdão Min. Edson Fachin, data da decisão 01/08/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750743943>. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. STJ. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 941061/MG*. Rel. Min. Sérgio Kukina, julgamento 05.06.2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719004&num_registro=201601655300&data=20180608&formato=PDF. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. STJ. REsp nº 1721025/SE. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, data de julgamento 15.05.2018. *DJe*, 2 ago. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1710922&num_registro=201703278625&data=20180802&formato=PDF. Acesso em: mar. 2020.
- BRASIL. TCU. *Acórdão nº 1529/2019*. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler, sessão 13.07.2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/*NUMACORDAO:1529%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: mar. 2020.
- BRASIL. TCU. *Acórdão nº 1971/2013*. Plenário. Rel. Marcos Bemquerer, sessão de 31.07.2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1971%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=b8fd8fb0-6940-11ea-843d-e7f7bb655cc5>. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. TCU. *Acórdão nº 249/2010*. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, sessão 24.02.2010. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2010-02-24;249>. Acesso em: fev. 2020.
- BRASIL. TCU. *Acórdão nº 6.934/2015*. Primeira Câmara. Rel. Benjamin Zymler, sessão 03.11.2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/6934%252F2015/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue?uid=52df70e0-6940-11ea-85cc-2df46536052b>. Acesso em: mar. 2020.
- BRASIL. TCU. *Acórdão nº 8.028/2016*. Segunda Câmara. Rel. Min. Ana Arraes, sessão de 05.07.2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/8028%252F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=b8fd8fb0-6940-11ea-843d-e7f7bb655cc5>. Acesso em: mar. 2020.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; REIS, Rafaella Viana. A responsabilidade dos prefeitos na delegação de competências a agentes públicos por culpa na jurisprudência brasileira. In: BIER, Clerilei Aparecida; BADR, Eid; XIMENES, Julia Maurmann (Coord.); CONPEDI/UFS (Org.). *XXIV Encontro Nacional do Conpedi – UFS*. Direitos sociais e políticas públicas: Florianópolis: Conpedi, 2015. ISBN: 978-85-5505-053-4. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/c178h0tg/rma2ey1m/G44Qr958MM54L8WW.pdf>. Acesso em: nov. 2019.
- KOPS, Guido J. *Os ordenadores da despesa pública e a apuração de sua responsabilidade*. Tese apresentada ao III Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em Porto Alegre, em novembro de 1962. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/24166/22941>. Acesso em: fev. 2020.
- MATO GROSSO. TCE/MT. *Recurso Ordinário nº 15.114-9/2017 sobre o Acórdão nº174/2018-TP, de 29.04.2019*. Disponível em: <file:///C:/Users/karla/Downloads/DOE-TCEMT-1608.pdf>. Disponível em: fev. 2020.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MINAS GERAIS. TCE/MG. *Tomada de Contas Especial nº 851308/2019*. Rel. Cons. Subst. Victor Meyer, publicação em 24/5/2019. p. 8-53. Disponível em: file:///C:/Users/karla/Downloads/Documento_1873763.pdf. Acesso em: fev. 2020.
- PAMPLONA, Karla Marques; SOUSA, Poline Cristine Aragão de Araújo. O controle externo sobre as contas do prefeito e a responsabilidade decorrente como gestor público e ordenador de despesas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 136, n. 26, p. 229-251, jul. 2018. Disponível em: <http://rtrib.abdt.org.br/index.php/rtfp/article/view/33>. Acesso em: fev. 2020.
- PARÁ. TCE/PA. *Acórdão nº 55.277/2015*. Relator Conselheiro Nelson Luiz Teixeira Chaves, de 10.12.2015. Disponível em: <http://www.tce.pa.gov.br/busca/Forms/FileViewAcordao.aspx?NumeroAcordao=55277>. Acesso em: mar. 2020.
- PARÁ. TCE/PA. *Acórdão nº 58.511/2019*. Relatoria da Conselheira Maria de Lourdes Lima de Oliveira, 12.02.2019. Disponível em: <http://www.tce.pa.gov.br/busca/Forms/FileViewAcordao.aspx?NumeroAcordao=58511>. Acesso em: mar. 2020.
- PARÁ. TCE/PA. *Processo nº 2007/53921-8*. Relator: Conselheiro Nelson Luiz Teixeira Chaves, 2015.
- PONDÉ, Lafayette. Da delegação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 140, p. 1-15, abr./jun. 1980.
- SANTA CATARINA. TCE/SC. *Acórdão nº 1154/2006, exarado no Processo nº TCE/SC-03/06954494*. Relator Conselheiro José Carlos Pacheco. Disponível em: https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/Decisao/600429580_2785299.htm. Acesso em: fev. 2020.
- SANTOS, Cleber Mesquita dos. Qual a responsabilidade do prefeito municipal por ato administrativo praticado por secretário municipal que receba daquele, expressamente, via ato jurídico-normativo positivo, delegação de competência para ordenar despesas públicas autonomamente? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2758, 19 jan. 2011. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18303>. Acesso em: jun. 2019.
- SÃO PAULO. TCE/SP. *Recurso Ordinário sobre o Acórdão no TC-800455/358/12*. Segunda Câmara, sessão de 24.07.2018. Disponível em: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/671981.pdf. Acesso em: mar. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PAMPLONA, Karla Marques; SILVA, Monica Martini Souza da. A delegação de competência em cascata do ordenador de despesa e a responsabilidade administrativa pelas contas públicas perante o Tribunal de Contas. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 121-133, jan./jun. 2020.

O ser humano e suas decisões: algumas lições da economia para o direito

Ana Cristina Moraes Warpechowski

Conselheira Substituta no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões na Ulbra, Direito Processual Civil na Ulbra, Direito do Estado na Uniritter e Direito do Trabalho na Unisinos. Atualmente faz Pós-Graduação em Neurociências e Comportamento pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. *E-mail:* ana.warp@hotmail.com.

Resumo: O artigo traz as características da concepção de *homo economicus* e algumas comparações com abordagens econômicas em que se utiliza o conhecimento multidisciplinar para compreender as idiosincrasias do ser humano contemporâneo, sujeito às constantes mutações culturais, sociais e ambientais. Como estas peculiaridades interferem nos processos de tomada de decisões, tendências comportamentais e incentivos vem sendo objeto de estudos da economia, tanto na seara teórica, quanto na empírica, em que estão sendo avaliadas ações governamentais com experimentos randomizados e controlados que podem fornecer evidências e melhorar algumas políticas públicas. Este caminho poderia ser

seguido pelo direito, uma vez que é necessário se adaptar às mudanças do século XXI para a formação de “boas leis”, que sejam efetivamente cumpridas por estarem mais adequadas às condutas humanas.

Palavras-chave: Homem econômico. *Homo sapiens*. Interação social. Políticas públicas.

Sumário: Introdução – O ser humano contemporâneo – O homem econômico – Ainda somos *Homo sapiens (sapiens)* – A interação social dos indivíduos – Um novo olhar para a construção de políticas públicas – Considerações finais – Referências

Introdução

Os seres humanos são movidos por decisões, desde os atos mais singulares até os mais refinados, de forma consciente ou inconsciente. Algumas delas podem ser acertadas e outras nem tanto; algumas são passíveis de correção e outras não. Este é o ciclo da vida pelo qual, entre erros e acertos, a existência é construída em uma constante evolução, pois todas as causas geram efeitos e todas as ações implicam reações, podendo haver resultados positivos ou negativos.

A história da humanidade é repleta de exemplos de avanços e retrocessos; por isso, inúmeros estudiosos se dedicaram, e continuam se dedicando, à compreensão do intrincado fenômeno do processo de tomada de decisão, na tentativa de entender as idiosincrasias da individualidade, que influenciam a introspecção reflexiva e repercutem nas relações coletivas.

No direito brasileiro, há diversas teorias que se dedicam a entender os fenômenos que levam à produção de atos, fatos e contratos com os consequentes desdobramentos no meio social. Porém, poucas pesquisas jurídicas procuram desvendar ou testar as influências e as características biológicas, fisiológicas, culturais ou ambientais dos indivíduos nos processos de tomada de decisões. Decidir é algo complexo, em que é necessário escolher uma entre diversas

alternativas para a resolução de um problema, podendo esta escolha ser induzida, enviesada ou agilizada por intuições, hábitos, emoções ou sentimentos, entre outros fatores, em ambientes dinâmicos, adversos e nem sempre perfeitos.

Revela-se, portanto, a necessidade de se buscar, em outras áreas do conhecimento, os subsídios teóricos e práticos que evidenciem alternativas mais viáveis de promover a reflexão sobre as adversidades contemporâneas e as possíveis soluções, como a formulação de normas reguladoras de condutas e/ou a implementação de políticas públicas mais assertivas e menos dispendiosas em virtude de estarem mais próximas dessas peculiaridades humanas intrínsecas.

A partir disso, o presente artigo dará um destaque especial a algumas das abordagens multidisciplinares da economia, demonstrando que é possível, senão recomendável, perquirir a renovação de paradigmas, mas sem qualquer pretensão de suplantar as limitações decorrentes de uma formação marcadamente jurídica.¹ Assim, de forma introdutória, exploratória e com uma exposição meramente panorâmica, divide-se o estudo em cinco capítulos, além desta introdução e de algumas ponderações finais: O ser humano contemporâneo; O homem econômico; Ainda somos *Homo sapiens (sapiens)*; A interação social dos indivíduos; e Um novo olhar para a construção de políticas públicas.

O ser humano contemporâneo

Roberto da Matta (1986, p. 97) afirmou que um sistema social é dividido, ou até mesmo equilibrado, entre duas unidades básicas: a pessoa é o “sujeito das relações sociais, que conduz ao polo tradicional do sistema”; e o indivíduo, o “sujeito das leis universais que modernizam a sociedade”. O autor disse que, no Brasil, existe um universo social dualista, composto de características tanto de pessoa quanto de indivíduo, que se misturam e justificam a existência de zonas de conflitos e zonas de passagens em que se mesclam a casa e a rua, o privado e o público, a vertente personalista (tudo) e a vertente individualizante (lei), as relações de compadrio e as relações impessoais (DA MATTA, 1987, p. 227-259).

À vista disso, um fenômeno pode ser percebido:

[...] a total desconfiança em relação a regras e decretos universalizantes. Essa desconfiança, entretanto, gera sua própria antítese, que é a esperança permanente de vermos as leis serem finalmente implementadas e cumpridas. Julgamos, deste modo, que a sociedade pode ser modificada pelas boas leis que algum governo venha finalmente estabelecer e fazer cumprir. (DA MATTA, 1987, p. 247)

Há longa data, estudiosos tentam compreender a complexidade do ser humano e suas práticas sociais,² como demonstra Pedro Demo (2005, p. 36):

De um lado, cada ser humano é irrepetível, único; de outro, entra em cena sempre o mesmo procedimento geracional. Como a evolução mostra, nada é intocável na natureza, também as ditas estruturas. Esta criatividade imprevisível é a marca maior da complexidade não linear e que obriga a rever paradigmas positivistas da ciência.

Desde o desenvolvimento da economia como disciplina autônoma, teorias têm sido formuladas sobre o comportamento dos indivíduos, havendo diversas concepções sobre o que vem a ser

¹ Agradecimentos a Henrique Sitjá, doutorando em Economia da UFRGS, cujos diálogos têm auxiliado na compreensão dos conceitos, algo que não é fácil em virtude da diversidade e amplitude das teorias e correntes econômicas.

² Na filosofia, tentava-se compreender a mente humana desde os gregos antigos, como em Platão (virtudes), Aristóteles (experiência empírica), René Descartes (racionalismo), John Locke e David Hume (empirismo), e Kant (combinação de experiência com capacidades mentais inatas), conforme citado por Paul Thagard (2005). Na atualidade, são relativamente recentes as pesquisas científicas e empíricas que se dedicam ao estudo dos aspectos subjetivos das decisões humanas, com a análise dos interesses, motivos, desejos, padrões morais e as experiências psíquicas.

o *homo economicus*, partindo, em regra, do modelo cartesiano dualista de racionalidade. Para John Davis (2002, p. 2-4), René Descartes (1596-1650) acreditava que o conceito de indivíduo se relacionava com a separação da subjetividade e da natureza humana, pois os sentidos distorceriam a natureza real das coisas e o mundo só poderia ser compreendido se houvesse a desconexão da realidade por meio da introspecção.

Todavia, alguns economistas começaram a apresentar críticas a este modelo, trazendo visões diferenciadas de outras áreas de conhecimento a fim de identificar formas alternativas de análise do comportamento individual. Dependendo, portanto, da abordagem interdisciplinar adotada, diversos qualificativos ao *homo* começaram a ser introduzidos pela doutrina.³

No direito, não foram realizados tantos estudos ou distinções sobre a pessoa e o indivíduo, mas o *homo burocraticus* (PICARDI, 2008, p. 65) assenta que os juristas desempenham atividades de forma previsível, fungível e controlável, com uma racionalidade subjetiva, formal e calculista, aproximando-se, portanto, da ideia de *homo economicus*.

O homem econômico

Inicialmente, entende-se importante registrar que existem diferenças de pensamentos entre os teóricos da área econômica.⁴ A economia, tradicionalmente, é conhecida como uma ciência positiva e objetiva, que se abstém de emitir juízos de valor. Porém, esta concepção implica a separação entre fatos e valores, posicionamento cada vez mais criticado porque, na verdade, os dois conceitos estão interligados.

De acordo com Mankiw (2016), os economistas divergem, em regra, quanto ao julgamento científico em torno da busca da compreensão do mundo que nos cerca (concepção ideal descritiva de como o mundo é); mas também quanto a valores, por apresentarem visões normativas distintas sobre quais políticas públicas devem ser realizadas (concepção ideal normativa de como o mundo deve ser). Dessa maneira, com o intuito de contextualizar a matéria, indica-se, na sequência, algumas das posições econômicas que se destacaram na história, mostrando a conexão dos dois pontos de vista.

O primeiro trabalho de Adam Smith (1723-1790) foi o livro *Teoria dos sentimentos morais* (SMITH, 2015),⁵ publicado no ano de 1759, com uma abordagem sobre a motivação humana e a necessidade de haver simpatia (o que hoje se chama de empatia) nas interações entre os indivíduos, possibilitando a criação de juízos morais, apesar da natural tendência autointeressada. O autor registrou que a consciência surge das relações sociais por meio da “observação imparcial” (SMITH, 2015) e que, por esse motivo, são necessários os sentimentos de humanismo e solidariedade, baseados na importância de se reconhecer como iguais (representação mental da situação alheia) e de se colocar no lugar do outro (atitude emocional e imaginativa), com o intuito de ampliar a moralidade do comportamento.

Dezessete anos depois (1776), a obra *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações* tornou-se conhecida por introduzir a ideia do que viria a ser reconhecido, posteriormente, como o *homo economicus*: o indivíduo autointeressado e maximizador das suas utilidades, com uma mistura de propensões, talentos, instintos e características individuais

³ Por exemplo: *Homo Behavioralis* – estudos comportamentais do ser humano (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979); *Homo Reciprocans* – modelo econômico em que o egoísmo não é parte central da explicação (BOWLES; BOYD; FEHR; GINTIS, 2002); *Homo Heuristicus* – estudos da psicologia evolucionária, com as regras de bolso (heurísticas) para a tomada de decisão (GIGERENZER; BRIGHTON, 2009); *Homo Bioeconomicus* – com forte inspiração na biologia, neurociência e psicologia evolucionária (WANG, 2001) (entre outros).

⁴ Na economia, existe a distinção entre aqueles que adotam ou não o individualismo metodológico. Em relação às diversas abordagens institucionalistas, Octávio Conceição afirmou que existe um núcleo teórico definido e nem sempre convergente. As distinções são reveladas na própria definição de instituição, que pode significar tanto normas de comportamento, quanto normas institucionais ou padrão de organização da firma ou direito de propriedade. As escolas institucionalistas, seja de influência ortodoxa, seja heterodoxa, contribuem para avançar os estudos da abordagem tradicional da economia, indo em direção à construção de uma “teoria dinâmica das instituições” (CONCEIÇÃO, 2001).

⁵ O aprofundamento das ideias de Adam Smith foi extensivamente trabalhado por Fernando Araújo (2001) na sua tese de doutorado.

(SMITH *apud* MORGAN, 2006). Smith idealizou a emergência de uma economia complexa e de motivações e preferências, assim como propôs a noção de equilíbrio do sistema econômico para se chegar a uma situação de máxima eficiência, partindo do pressuposto de que os mercados atuariam livremente e seriam regidos por uma “mão invisível” (CARVALHO, 2013, p. 33). Em consequência, os indivíduos tomariam melhores decisões porque poderiam agir por conta própria, sem a mão opressiva do governo para conduzir suas ações (MANKIW, 2016, p. 12).

Na mesma época, já dentro do pensamento utilitarista, Jeremy Bentham (1748-1832) se destacou por entender que o indivíduo tenderia a buscar o prazer e fugir da dor por meio de uma revisão das regras da moralidade dos costumes, devendo ser realizados cálculos para se chegar à razão. Assim, pelo princípio da utilidade, o sujeito calculador avaliaria a justeza de uma ação conforme a produção de maior prazer e tomaria a decisão.⁶

Em que pese a concepção de homem econômico⁷ ainda seja a predominante no *mainstream*, especialmente por não ter sido criada uma teoria em substituição às correntes clássica e neoclássica, houve o despertar de críticos a este modelo, utilizando, de modo precípua, o argumento de que a obsessão pelo interesse individual acabaria por privar o indivíduo da liberdade de conduta. Thorstein Veblen (1857-1929) por exemplo, opôs-se ao conceito canônico com o argumento de que o ser humano deste modelo se assemelhava a um autômato, sem ser dotado de personalidade ou vontade própria, agindo de forma previsível e constante, mas que falharia em situações de imperfeição (CONCEIÇÃO, 2007).

Desta forma, Veblen introduziu as intuições e os hábitos como aspectos institucionalistas⁸ para a análise do comportamento humano, pois entendia que o indivíduo, ao pertencer a uma sociedade que interage com as instituições, não poderia ser considerado isoladamente. Baseou-se no fato de que as escolhas humanas não são realizadas de modo estável ou mecânico, mesmo quando inspiradas por propensões e hábitos individuais, porque, para isto, deveria ser analisado o ambiente social em que estariam inseridos (VEBLEN, 1898).

Como fundamentos do seu pensar evolucionário, Veblen (1919, p. 238) diferenciou “razão suficiente” de “causa eficiente”. A razão suficiente se refere, de forma geral, aos agentes racionais que se comportam no presente visando a eventos futuros, sendo que a ação econômica é vista como teleológica. De outro lado, a causa eficiente considera as relações processuais de causa e efeito que se modificam com o passar do tempo, sobretudo em virtude dos hábitos e das preferências dos indivíduos, que possuem um caráter cumulativo. Apesar de distintos os conceitos e de haver um foco maior na causa eficiente, a abordagem institucionalista de Veblen considerou os dois aspectos no exame comportamental, em virtude de os indivíduos serem influenciados por fatores racionais e habituais, de forma conjunta.

Nesse sentido, o processo de causa e efeito, conforme Octávio Conceição, passa pela compreensão de que “o desenvolvimento da atividade econômica não pode ser entendido como algo preestabelecido, esperado ou resultado ‘ideal’ da convergência ao equilíbrio”. A sucessão de causas e efeitos leva a um processo histórico de mudança, que pode ter resultado positivo (avanço) ou negativo (retrocesso), já que evolução é mais do que uma mera melhora da situação (CONCEIÇÃO, 2002, p. 96).

⁶ Embora também utilitarista, John Stuart Mill (1806-1873) modelou o seu indivíduo de uma forma mais complexa do que Bentham, pois acreditava que o princípio da utilidade deveria ser derivado da natureza humana, havendo espaço para a elaboração de regras morais, pois o ser humano não poderia ser um robô dos cálculos no momento em que é dotado das leis da mente e da capacidade de agir por hábito em razão de princípios secundários da moral (DIAS, 2012).

⁷ Mais informações sobre as origens da concepção de homem econômico, com abordagens antropológicas, filosóficas e históricas, ver Luz e Fracalanza (2013, p. 191).

⁸ Thorstein Veblen (1857-1929) é o fundador do pensamento institucionalista (Antigo Institucionalismo), seguido de John Rogers Commons (1862-1945) e Wesley Clair Mitchell (1874-1948). Posteriormente, o institucionalismo foi retomado por outros economistas, que trouxeram novas concepções, a exemplo da Nova Economia Institucional e do Neoinstitucionalismo. Conceição argumentou que o institucionalismo moderno tem reforçado suas origens nas ideias de Veblen, rompendo com os cânones da economia neoclássica e reiterando o caráter evolucionário da Economia (CONCEIÇÃO, 2007a).

Em contraposição ao modelo ideal, também se sobressaiu John Bryan Davis (2003, p. 9-10)⁹ com uma concepção heterodoxa, afirmando que os indivíduos não podem ser vistos como átomos fora de um contexto social, com atuação passiva e preferências fixas relativamente aos bens e suas características. A estrutura social e a ação dos indivíduos influenciam-se mutuamente e cada agente é considerado um ser ativo, socialmente integrado (*socially embedded*), o que permite descrever e distinguir os indivíduos entre si. O seu conceito de “identidades sociais” permite conciliar os aspectos cognitivos e institucionais porque considera a união das identidades pessoais (aspectos particulares de cada indivíduo, na primeira pessoa do singular, “eu”) e individuais (aspectos individualizados de cada um, agindo em sociedade, na terceira pessoa do singular, “ele”). Portanto, as identidades sociais baseiam-se na primeira pessoa do plural, “nós”, uma vez que não há como isolar os indivíduos do contexto social (ZULIAN, 2015).

A partir de meados do século XX, outras ferramentas foram trazidas das ciências cognitivas¹⁰ e começaram a ser introduzidas na economia a fim de auxiliar na construção teórica sobre o comportamento dos indivíduos. Com efeito, Claudia Dias Soares (2007) afirmou que “o indivíduo tenta maximizar o seu comportamento relativamente a uma ordem de preferências estável e consistente, mas está limitado por restrições cognitivas, por uma informação incompleta, e pela dificuldade em assegurar o cumprimento dos contratos”.¹¹

Assim, os questionamentos em relação ao modelo de *homo economicus* ganharam força. Na seara teórica, Herbert Simon (1916-2001)¹² se evidenciou ao defender a existência de limitações cognitivas inerentes aos indivíduos, que os levam a buscar estratégias para fazer escolhas satisfatórias. No campo empírico, Daniel Kahneman¹³ e Amos Tversky (1937-1996) identificaram dois processos cognitivos que formam o pensamento, chamados de “sistema 1” (rápido, automático, fácil e associativo – intuição) e “sistema 2” (devagar, deliberativo, trabalhoso, serial e ponderado – reflexão). Gerd Gigerenzer,¹⁴ por sua vez, aliou as limitações à racionalidade aos aspectos evolutivos do ser humano, concluindo que as decisões devem ser tomadas com menor esforço mental possível, mediante a utilização de heurísticas rápidas e frugais e em conformidade com as mutações do meio ambiente.

Nesta mesma linha crítica, Richard Thaler, no ano de 2000, fez uma previsão de que o *homo economicus* iria evoluir para o *Homo sapiens*,¹⁵ tornando-se mais emocional. Thaler afirmou que os economistas resistiriam à ideia porque seria muito mais difícil e imprevisível estabelecer modelos comportamentais de humanos emocionais do que os modelos tradicionais (em que os agentes vivem em um mundo ideal de padrões medianos). Na sua concepção, como cada geração de cientistas se baseia nos estudos das gerações precedentes, os teoremas comportamentais que estavam sendo desenvolvidos (por ele e outros cientistas) tornariam a economia mais sofisticada, com a incorporação de descobertas úteis e teorias interdisciplinares (THALER, 2000).

⁹ Entre outros, com críticas ao modelo canônico.

¹⁰ Krecké e Krecké (2007) aduzem que, apesar de as ciências cognitivas possuírem diferentes métodos de investigação, todas se preocupam com a análise e a tentativa de descrição sobre o que se passa na mente dos indivíduos com o estudo da memória, raciocínio, linguagem, aprendizagem e percepção. Na mesma linha: Thagard (2005).

¹¹ Ortografia original.

¹² Laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 1978 por sua pesquisa pioneira no processo de tomada de decisões no âmbito das organizações.

¹³ Laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 2002 por introduzir *insights* da psicologia para a compreensão dos processos decisórios humanos em condições de incerteza.

¹⁴ Registramos que Daniel Kahneman possui divergências em relação às teorias de Gerd Gigerenzer, e vice-versa. O primeiro possui relevantíssima importância no estudo seminal da economia comportamental ao identificar duas formas de pensar – rápida e devagar –, que lhe conferiu, inclusive, o Prêmio Nobel. O segundo, por sua vez, desenvolveu as suas pesquisas com influência na teoria da racionalidade limitada de Herbert Simon e na psicologia evolutiva, no sentido de que a mente também é suscetível ao processo de evolução, sendo alvo de adaptações no meio ambiente. Os principais estudos jurídicos encontrados partem da primeira teoria; porém, entende-se necessário o aprofundamento das considerações evolucionistas feitas por Gerd Gigerenzer acerca da necessidade de simplificarmos os processos decisórios com a interrupção das buscas para evitar gastos desnecessários de energia.

¹⁵ A espécie *Homo sapiens* possui outras subespécies. O *Homo sapiens idaltu* e o *Homo sapiens neanderthalensis* foram extintos, remanescendo a subespécie *Homo sapiens sapiens*, que significa “o homem que sabe o que sabe” (Disponível em: <https://www.significados.com.br/homo-sapiens/>).

Ainda, Thaler e Sunstein (2008, p. 6-7) diferenciaram os *Econs* dos *Humans*, salientando as diferenças entre o indivíduo da economia, preso aos axiomas de racionalidade perfeita e maximização, e o indivíduo da psicologia, movido por diferentes sentimentos e emoções. No ano de 2017, Richard Thaler foi laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel por suas prospeções envolvendo elementos psicológicos.

Em seguida, no ano de 2019, Abhijit Banerjee, Esther Duflo e Michael Kremer também foram premiados com esse mesmo Nobel ao estabeleceram um marco para o estudo da economia do desenvolvimento. Com vasto trabalho teórico e empírico, ajudaram a embasar políticas públicas nas áreas de educação, saúde e finanças em diversos países, lastreadas em evidências extraídas da utilização de métodos inovadores de experiências randomizadas, tradicionalmente usadas na pesquisa médica, com o escopo de vislumbrar soluções mais viáveis para superar a pobreza.¹⁶ Como, também, outros economistas de renome destacaram-se no desenvolvimento de teorias institucionalistas,¹⁷ traçando evidências empíricas de suas hipóteses sobre o comportamento humano, com a mudança do método analítico para além da mera introspecção.

Nessa mesma linha multidisciplinar, Alain Supiot, no direito, também havia reconhecido a influência das outras ciências para interpretar o comportamento humano, que não pode ser tratado de modo puramente quantitativo (unidade) e qualitativo (unicidade), como uma simples unidade de conta:

Fazer de cada um de nós um *homo juridicus* é a maneira ocidental de vincular as dimensões biológica e simbólica constitutivas do ser humano. O Direito liga a infinitude de nosso universo mental à finitude de nossa experiência física, cumprindo em nós uma função antropológica de instituição da razão. A loucura esperta, tão logo se negue uma ou outra das duas dimensões do ser humano, quer para tratá-lo como um animal, quer para tratá-lo como um puro espírito, livre de qualquer limite afora os que ele confere a si mesmo. [...]. Olhar o homem como um puro objeto ou olhá-lo como um puro espírito são as duas faces de um mesmo delírio. (SUPIOT, 2007, p. X-XI)

Desta maneira, no tópico que segue, serão descritas as principais características do *Homo sapiens* em obras seminais da economia e da neurociência, aprofundando o conhecimento sobre a conduta humana.

Ainda somos *Homo sapiens* (*sapiens*)

O animal humano é um ser complexo que, para além dos aspectos racionais dos seus processos decisórios, também está sujeito às interferências dos hábitos e intuições (Thorstein Veblen) e das emoções e sentimentos (António Damásio).

Veblen¹⁸ realizou um trabalho pioneiro no pensamento econômico ao identificar o modo como os seres humanos se comportam em sociedade. Os dois pilares citados pelo autor são os hábitos e as intuições, processos anteriores à ação e que estão sob o contexto histórico do ambiente.

Os hábitos¹⁹ resultam de fatores passados e podem gerar padrões de vida em sociedade. Como os indivíduos são resistentes às alterações no seu modo de viver que, em regra, está pautado pelas raízes culturais, é difícil abandonar um padrão estabelecido. Não é fácil quebrar um hábito já formado, pois isto requer esforço mental e energia pessoal, sendo preferível o

¹⁶ Mais informações: Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2019/popular-information/>.

¹⁷ Como Gary Stanley Becker e Vernon Lomax Smith, entre outros.

¹⁸ Veblen (1983) concebeu duas expressões: a “classe ociosa” e o “consumo conspícuo”. A chamada “classe ociosa” surge na passagem da selvageria primitiva para o estágio da barbárie, quando é instituída a propriedade. Este segmento social é compreendido como ligado às atividades “dignas”, que são desvinculadas do aspecto produtivo das atividades rotineiras e industriais. O “consumo conspícuo” representa o comportamento de aquisição de bens, mesmo que sejam caros ou inúteis, com a utilização de recursos de herança ou oriundos de esforço próprio, para demonstrar poder pecuniário aos demais. A “emulação”, portanto, caracteriza a busca pela riqueza por meio da imitação de condutas, mas com o intuito de superar os demais indivíduos para se ter respeito e *status* na sociedade.

¹⁹ Contemporâneo a Thorstein Veblen, William James (1890, p. 218) traçou os aspectos psicológicos do ser humano.

conservadorismo e a inércia social a fim de manter a regularidade de comportamentos, como demonstrado na seguinte passagem:

[...] Em geral, quanto mais antigo o hábito, tanto mais inquebrantável; e quanto mais um determinado hábito coincidir com os costumes, tanto maior a persistência com que se fixará. O hábito será mais firme se as tendências especiais da natureza humana que a sua prática abranger, ou as aptidões particulares que nele encontrem a sua expressão, forem tendências ou disposições já larga e profundamente envolvidas no processo vital, ou intimamente ligadas à história da vida de um determinado grupo racial. (VEBLEN, 1983, p. 51) (Ortografia original)

Apesar de os hábitos estarem condicionados aos pensamentos já existentes, é possível que a estrutura social mude ou se adapte a uma situação que implique modificação nos hábitos mentais de várias classes da comunidade ou dos indivíduos que a compõem (VEBLEN, 1983, p. 88), como ocorre, por exemplo, quando há alterações de ordem econômica. No momento em que é aceito um novo padrão de vida, os indivíduos passam a ter hábitos de pensamento convergentes, propiciando a evolução social e o surgimento de novas instituições, com a vigilância daqueles que apresentem desvios de conduta (VEBLEN, 1983, p. 97).

Em relação aos instintos, Veblen (1989, p. 3-4) admitiu a dificuldade em conceituá-los, mas apresentou a sua percepção no sentido de que eles possuem características fisiológicas agregadas a aspectos conscientes e teleológicos, com um propósito de atingir um fim determinado. Desta maneira, os instintos humanos, mesmo aqueles que não exijam um grande esforço mental, passam por um processo reflexivo de pensar e agir para alcançar a finalidade desejada, porque:

[...] toda ação instintiva é inteligente em algum grau; embora o grau de envolvimento da inteligência possa variar amplamente de uma disposição instintiva para outra, e pode até cair em uma forma extremamente automática no caso de alguns instintos mais simples, cujo conteúdo funcional é de caráter patentemente fisiológico. (VEBLEN, 1989, p. 30)

Ou seja, os instintos não possuem somente elementos inconscientes ou biológicos porque os seres humanos estão imersos em contextos sociais e históricos formados pelos hábitos culturais. Assim, a racionalidade não é dissipada por inteiro porque alguns instintos são universais, como exemplo, o paternal, o da curiosidade ociosa, o da produção e o predatório (SILVA, 2010, p. 294-295).

O instinto paternal está ligado à autopreservação e à proteção dos descendentes, com os atributos básicos de reprodução, manutenção e previdência, destinados a preservar os interesses comuns do grupo e tutelar as gerações futuras (VEBLEN, 1989, p. 44), como no caso da preservação do meio ambiente e da administração de recursos financeiros. Por sua vez, o instinto da curiosidade ociosa empurra o homem para o conhecimento de si mesmo e do meio em que vive, sem relação monetária direta, mas com uma propensão inata que o diferencia dos animais não humanos (VEBLEN, 1989, p. 86).

Já os instintos da produção e predatório figuram em polos opostos e em conflito permanente porque “a eles se associa o comportamento humano ao longo da história, quer como agente da dinâmica da realização, do empreendimento, da conquista ou da organização ou como instrumento da destruição, da exploração ou do atraso” (SILVA, 2010, p. 295), isto é, podem ser condutas individuais ou coletivas.

O instinto da produção existe desde as sociedades mais primitivas, que se ocupavam em sobreviver criando “expedientes práticos, caminhos e meios, invenções e instrumentos de eficiência e economia, habilidades, trabalho criativo e tecnologia” (VEBLEN, 1989, p. 33), para melhorar as condições de vida da humanidade, em constantes processos adaptativos e de cooperação.

E, por fim, o instinto predatório possui o relevante papel de fomentar o conflito dentro dos grupos sociais por meio de:

aspectos constitutivos: a agressividade, a competição dos indivíduos pelas posições hierárquicas vantajosas, a guerra entre grupos, a formação de segmentos sociais com poder de exploração, o domínio de natureza sexual ou econômico e demais práticas que demandam o poder de mando e a capacidade de coerção. (SILVA, 2010, p. 296)

Ou seja, este instinto promove, entre indivíduos, a rivalidade e a busca por vantagens sociais com o escopo de sabotar o sistema produtivo.

Em suma, os hábitos e as intuições dos seres humanos precisam ser compreendidos para explicar os comportamentos.²⁰ A ação de um indivíduo, por mais simples que pareça e ainda que não exija grande esforço mental, pode ser aceita pela cultura ou até mesmo normatizada pela sociedade (VEBLEN, 1989, p. 9).

Mais recentemente, outra abordagem sobre o ser humano foi suscitada por António Damásio (1996), que aprofundou o estudo sobre a emoção, a razão e o cérebro sob a ótica da neurobiologia, ramo da neurociência que reúne disciplinas biológicas e estuda o sistema nervoso, com especial destaque para a anatomia, a fisiologia e a evolução.

Damásio²¹ passou a analisar cérebros e emoções de pessoas vivas, sãs ou doentes, com aparelhos modernos, a fim de entender os desafios da racionalidade. A abordagem de examinar a interação do corpo e da mente enquanto o indivíduo está vivo foi revolucionária, pois, até aquele momento, os estudos científicos eram realizados somente em cérebros de pessoas mortas, como o famoso caso de Phineas Gage.²²

Com efeito, o sistema afetivo possui dois componentes: a “reação emocional” e a “consciência emocional”, correspondentes às emoções e aos sentimentos, respectivamente. Apesar de serem muitas vezes utilizados como sinônimos, emoções e sentimentos não podem ser assim definidos ou enquadrados porque acionam circuitos cerebrais diferentes (DAMÁSIO, 2015, p. 109-111).

A emoção é uma espécie de programa que existe no nosso cérebro e faz o corpo reagir de uma forma eficiente, sem perder tempo, ante uma necessidade imediata de sobrevivência, de “forma objetiva” (DAMÁSIO, 2011, p. 156-172). Por causa de estímulos externos, em átomos de segundo, o nosso organismo libera certos hormônios, sinapses neurais são desencadeadas e há a movimentação dos músculos, coração, pulmões e outros órgãos ou membros, de forma involuntária (DAMÁSIO, 2011, p. 109-111). Essas reações emocionais são percebidas pelos outros porque são comportamentais e estão no plano factual, como no caso da lágrima, que pode ser a materialização física de um sentimento de tristeza, raiva ou felicidade intensa.

Além disso, a emoção não gera interpretação do objeto sentido, como o medo, que provoca reações físicas imediatas e perceptíveis aos outros. É um processo automático que ocorre com a ativação das “amígdalas corticais” e é fisiológico e experimentável, sendo objeto de estudo das ciências que buscam entender o comportamento humano e o “sistema límbico”.²³ Não se

²⁰ Hodgson (1998) citou a importância de reintroduzir os hábitos e instintos de Veblen para a criação de uma “teoria do comportamento humano”.

²¹ A obra referida é o trabalho seminal de António Damásio, pelo que é recomendável a leitura de outros livros de sua autoria: Damásio (2015; 2011), entre outros.

²² Phineas Gage era capataz de uma construção civil, sendo considerado o homem mais eficiente e capaz. Aos 25 anos, no ano de 1848, sofreu um acidente do trabalho em razão de uma detonação mal executada, que projetou uma barra de ferro pela face esquerda, trespassando a base do crânio e saindo pelo topo da cabeça. Depois da sua recuperação, passou a apresentar problemas de personalidade em virtude da lesão cerebral, levando-o à perda do emprego. Trabalhou em diversos locais, virou atração de circo, mostrando a ferida e a barra de ferro, e veio a falecer em 1861, com 38 anos de idade, após uma série de convulsões. O crânio e a barra foram guardados em um museu e diversos cientistas atribuíram a sua mudança de comportamento à região afetada no cérebro (*Ibidem*, p. 31-32).

²³ Damásio (1996, p. 45) afirmou que, embora alguns neurocientistas resistam em reconhecer o “sistema límbico”, o termo é usado para designar diversas estruturas evolutivas antigas, sendo as principais “a circunvolução cingulada (no córtex cerebral), a amígdala (cortical) e o prosencéfalo basal (dois conjuntos de núcleos)”.

pode controlar ou racionalizar as emoções porque as reações poderão ocorrer abaixo da linha de percepção, independentemente de o estímulo ser real ou mental. Conforme Harari (2016, p. 91), emoções são “algoritmos bioquímicos vitais” para a sobrevivência e reprodução e “não se trata de uma qualidade exclusivamente humana, pois são comuns a todos os mamíferos, assim como a todas as aves e provavelmente a alguns répteis e peixes”.

Os sentimentos, por sua vez, possuem “caráter subjetivo” porque só o indivíduo sabe o que, de fato, está sentindo. Sentir é um processo psicologicamente complexo de se perceber e está relacionado com a interpretação consciente das emoções, que se desenvolve no “córtex cerebral” (DAMÁSIO, 1996, p. 172-185). Daí que os sentimentos podem ser racionalizados, pois são “algoritmos mais complexos e proveem significado não somente a nossas vidas privadas, mas também a processos sociais e políticos” (HARARI, 2016, p. 233).

As emoções e os sentimentos são características intrínsecas a todos humanos e estão alocados em dispositivos cerebrais distintos, mas que influenciam o funcionamento de todo o organismo, inclusive nos processos de tomada de decisão. Ou seja, as emoções ligam o ser humano ao passado evolutivo porque outras espécies também têm medo, alegria, tristeza, surpresa, nojo ou ira; enquanto os sentimentos o diferenciam por sentir, por exemplo, culpa, vergonha ou orgulho, algo mais complexo e influenciado pela cultura e meio ambiente.

Diante destas características, Antônio Damásio (1996, p. 278-283) criticou a noção dualista de René Descartes de que a mente estaria separada do cérebro e do corpo, porquanto os seres humanos, com a evolução, tornaram-se cada vez mais complicados, vindo a possibilidade de pensar e de usar símbolos e linguagens para se comunicar e expressar os pensamentos.

O erro de Descartes, por conseguinte, estaria na cisão entre mente (*res cogitans*, coisa pensante, espírito, operações mais refinadas da mente) e corpo (*res extensa*, coisa extensa, matéria, estrutura e funcionamento do organismo biológico). No entender de Damásio, a mente é especial, mas não pode ser separada do corpo²⁴ porque os fenômenos mentais só podem ser compreendidos se estiverem em conexão com o organismo e sua enorme variedade de circuitos cerebrais, em constante interação com o ambiente que o circunda.

As descobertas da neurociência são recentes e diversos autores começaram a fazer conexões com o direito.²⁵ Freitas (2013, p. 223-224), por exemplo, afirmou que “os achados sobre o funcionamento do cérebro precisam, o mais cedo possível, ser incorporados pela hermenêutica jurídica, de molde a lucidamente escrutinar aquelas predisposições conducentes a erros sistemáticos de julgamento”. Enquanto Taruffo (2013, p. 15-24), ao evidenciar a importância destes estudos, salientou que “pode-se dizer, em essência, que é necessário ter o cérebro para pensar e querer, assim como é necessário ter um cérebro para andar, mas evidentemente não é o cérebro que caminha, e não é o cérebro, ele sozinho, que pensa ou deseja”.

De certa forma, o direito é um reflexo dos processos mentais humanos, uma vez que as leis fazem parte do arcabouço jurídico-constitucional criado por determinados indivíduos para ser aplicada pela coletividade em dada ordem social. Assim, para exercer a sua função primordial de regular adequadamente o convívio social e gerar confiança, o direito deve estar aberto à introdução de novos conceitos, uma vez que “as revoluções científicas dos últimos tempos implicam em consequências sociais importantes e um significativo passo na História da humanidade”.²⁶

²⁴ Entendimento citado por Juarez Freitas (2013, p. 227) na seguinte passagem: “[...] não retomo, nem de longe, o menor vestígio do dualismo cartesiano. Reconheço, sem hesitar, que os sistemas interagem o tempo todo, entre si e com o ambiente, descartando qualquer ‘localizacionismo’ estrito. Mais: a velha disputa filosófica entre razão e emoção não faz sentido, nos dias que correm, em face da constatação insofismável de integração de ambas, sobremodo em zonas pré-frontais do cérebro”.

²⁵ Por exemplo: Britto (2016); Carlos (2016); Fernandez e Fernandez (2008); Pardo e Patterson (2013); Taruffo e Fenoll (2013b) e Wolkart (2018).

²⁶ Por isso, Galicia (2013, p. 43; 63) defendeu que deve haver uma mudança nos programas e planos de estudos para a formação de juristas, pois devem ser dotados de uma visão mais ampla e integral dos papéis que lhes correspondem no mundo atual.

Os estudos interdisciplinares, por conseguinte, resgatam características intrínsecas do *Homo sapiens*, como uma forma mais complexa de se comunicar e de se relacionar socialmente, e são de extrema relevância para que se possa compreender as bases do pensamento humano (FREITAS, 2013, p. 170).

A interação social dos indivíduos

A sociedade, conforme a teoria neoclássica da economia, pode ser representada como um conjunto de unidades atomísticas, indivíduos e empresas, que buscam maximizar a utilidade e o lucro, respectivamente, em um mercado que tende ao equilíbrio entre a oferta e a demanda.

Canotilho (2013, p. 1347) afirmou que “as sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma Constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades”. E isso porque a assunção antecipada de uma série de restrições futuras aos comportamentos individuais se transforma em um meio em que são incorporadas considerações de longo prazo às decisões feitas no presente. A ideia de autovinculação também está presente na teoria sistêmica no momento em que se considera que a escolha de restrições conduz a um “sistema social organizado que pode transcender as racionalidades parciais dos vários subsistemas conducentes a resultados danosos ou perturbadores para esses sistemas” (CANOTILHO, 2013, p. 1348-1349).

Vicente Ráo (1999, p. 53) referiu o fato de que o ser humano exterioriza as suas atividades por meio das relações desenvolvidas com os seus semelhantes ou com bens, materiais ou imateriais, proporcionando meios de conservação e sobrevivência, o que não significa indiferença quanto à existência de preferências individuais,²⁷ desde que não destoem por completo da realidade social.

A manutenção da ordem social, portanto, depende da existência de regras que possibilitem o respeito aos direitos e imponham o cumprimento dos respectivos deveres; e, para isto, o direito tutela a vida do homem desde antes de nascer e até depois da sua morte, formando-se as bases para o viver social:

Embora não se defina como a simples soma dos indivíduos que a formam, e, sim, como um todo orgânico dotado de ações e reações próprias, a sociedade não é um ser em sentido biológico, nem é capaz de sobreviver totalmente indiferente à sorte de seus membros, que não são seus meros instrumentos, mas a sua própria finalidade, pois a vida social é uma decorrência da natureza do homem. (RÁO, 1999, p. 53)

Harari (2016) aduziu que é difícil a compreensão de “ordens imaginadas” porque as pessoas presumem que há apenas dois tipos de realidade: a objetiva e a subjetiva. Como “realidade objetiva”, o ar e a gravidade podem ser citados como exemplos, já que irão existir independentemente da crença ou do sentimento das pessoas. Por outro lado, a “realidade subjetiva” representa aquilo que se sente, é a forma como se interpreta aquilo que chega até nós por meio dos cinco sentidos (tato, visão, olfato, paladar e audição) e é considerado real, embora testes objetivos possam contradizer, pois os seres humanos podem ocultar o que estão sentindo (HARARI, 2016, p. 150).

E isso porque, além dos saltos evolutivos decorrentes do bipedantismo e do desenvolvimento da gestualidade, linguagem e da vida em grupos complexos, a capacidade de enganar (a si mesmo ou aos outros, por ação ou omissão) também é considerada uma habilidade cognitiva dentro dessa realidade subjetiva. Saber mentir envolve representações mentais, havendo a possibilidade de se dizer algo diferente do pensado para alcançar algum objetivo (positivo ou

²⁷ Sunstein (2009) argumentou que uma democracia contemporânea não deveria cuidar conscientemente, de maneira geral e compreensiva, das almas dos seus cidadãos, suprimindo todas as preferências e crenças.

negativo); como também, torna possível o distanciamento do mundo como ele é, pois os outros também podem pensar ou ter crenças diferentes (FILGUERAS, 2009).

Contudo, essa habilidade é extremamente prejudicial em sociedades com disfuncionalidades educacionais e morais, como a brasileira, em que existem desde os pequenos atos de corrupção do cotidiano, a exemplo do jeitinho ou da malandragem em se obter vantagens (p. ex., colar em provas, devolver o troco errado, adquirir produtos pirateados, fazer instalações clandestinas de energia elétrica ou TV a cabo etc.), aos grandes, atingindo parcelas expressivas da população, direta ou indiretamente (p. ex., operações envolvendo os anões do orçamento, obra de construção do TRT/SP, fundos de pensão, mensalão, petroleoduto etc.).

Por isso, Harari (2016, p. 152) salientou a existência de um terceiro nível de realidade, a “intersubjetiva”, que não depende das crenças e dos sentimentos individuais dos humanos, mas da comunicação entre eles para estabelecer instituições, valores e regras, sendo uma “rede comum de histórias” que faz sentido para as pessoas e que, por isso, passam a acreditar nelas. Daí a importância das ciências humanas e sociais, que tentam compreender essas realidades intersubjetivas, presentes nas imaginações compartilhadas de todos que fazem parte de dada sociedade (HARARI, 2016, p. 156).

O movimento desta realidade intersubjetiva pode ser constante, a depender do contexto e da manutenção-perda da credibilidade. Por exemplo, a democracia, a forma de Estado e a separação de poderes são opções políticas estabelecidas,²⁸ em regra, em textos constitucionais, que variam ao longo do tempo, seja em decorrência da vontade dos governantes, seja por causa de mudanças nos costumes e comportamentos das pessoas. Isto é, as instituições são o coletivo de experiências comuns de um grupo e servem para balizar as ações dos indivíduos no meio social, visto que:

O delineamento da história de uma comunidade tem por referência toda a gama de valoração instituída, sem a qual não se realiza o jogo da interação social. As expectativas e soluções, que porventura brotam dos conflitos internos à coletividade, constituem apenas o resultado daquelas condições instituídas. A biografia de uma sociedade está inequivocamente amarrada ao conjunto institucional por ela produzida ao longo do tempo. (SILVA, 2010, p. 303-304)

Assim, a dinâmica das instituições está relacionada com a coercitividade das suas regras e do seu poder de adaptação. Caso as instituições não estejam funcionando adequadamente, haverá a substituição por outras que, novamente, irão requerer a adaptabilidade dos indivíduos e, por conseguinte, da sociedade, pois o “reajustamento institucional é produto que se relaciona intrinsecamente à pressão exercida pelo ambiente social” (SILVA, 2010, p. 307-308).

Destarte, é necessário considerar que os seres humanos decidem de forma automática, enviesada ou influenciada pelas emoções, têm uma visão parcial do mundo por causa da indisponibilidade de todas as informações e são seres que interagem socialmente, com experiências e aprendizagens que mudam em consonância com os novos e diferentes cenários ambientais.

Logo, a ideia de indivíduo como um ser isolado, ensimesmado e onipotente está evoluindo para um modelo que reconhece a necessidade de serem agregadas outras características, com uma análise mais sistêmica, na qual os seres são mais integrados ao meio ambiente, empáticos e limitados, chegando a um resultado muito mais próximo da previsão de Richard Thaler (2000, p. 133-141) de que é preciso considerar as peculiaridades do *Homo sapiens* nos diversos aspectos do seu convívio social.

²⁸ De acordo com Acemoglu e Robinson (2012): “A política é o processo pelo qual uma sociedade escolhe as regras que vão governá-la. [...] Sempre que houver conflito em torno das instituições, o que acontecerá vai depender das pessoas ou grupos que vencerem o jogo político – quem conseguir mais apoio, obtiver mais recursos e formar mais alianças eficazes. Em suma, o vencedor será determinado pela distribuição de poder político na sociedade”.

Um novo olhar para a construção de políticas públicas

A vida humana é uma continuidade de tomadas de decisões, das mais simples às mais complexas. Porém, como foi visto nos capítulos anteriores, não é possível que o tempo todo se decida de maneira racional porque isso envolveria um custo mental e energético muito grande. No processo educacional, gastam-se recursos cognitivos para aprender dados e fórmulas (“sistema 2” – reflexivo), que depois são utilizados por meio de atalhos mentais, sem ser necessário questionar a origem dessas convenções, passando a ser simplesmente usadas de forma instantânea (“sistema 1” – rápido/instintivo) como algo verdadeiro, até que sejam superadas por novos fatos ou teorias.

Não obstante, sem ter o conhecimento prévio de uma verdade, o cérebro também interpreta de forma imediata em situações de sobrevivência ou de pertencimento a um grupo social. No primeiro caso, a mente atua rapidamente para que o corpo reaja no sentido de enfrentar ou fugir do perigo, já que o tempo para se buscar uma resposta mais reflexiva poderia gerar maior risco à manutenção da vida. E, no segundo, vieses mentais são criados, sendo possível às pessoas ignorar evidências a partir da narrativa de alguém que, simplesmente, pense de forma similar, como uma forma de convalidar crenças ou de condicionar o modo de pensar, decidir e sentir.

Com efeito, os estudos a partir de Herbert Simon, que cunhou a expressão “racionalidade limitada” (*bounded rationality*), trouxeram elementos extraordinários nos processos de tomada de decisão, com as contribuições, passadas e atuais, de outras áreas científicas, pois o ser humano pode não ter todas as informações para decidir ou, mesmo que as tenha, é possível ignorá-las para agir conforme as restrições pessoais (marcadas por intuições, hábitos ou emoções), culturais (derivadas dos convívios sociais) ou ambientais (decorrentes das características do entorno).

Portanto, as políticas públicas precisariam ser desenhadas considerando essas particularidades, algo que vem sendo sugerido por Abhijit Banerjee, Esther Duflo e Michael Kremer, cujas pesquisas partem do embasamento econômico teórico e avançam com a utilização de técnicas empíricas de mensuração de ações governamentais para testar a sua efetividade e impacto, agregando-se aferições randomizadas e controladas com o uso de incentivos diversificados (como os *nudges* de Richard Thaler e Cass Sunstein) para observar as respostas comportamentais (THALER; SUNSTEIN, 2008).

Cardona Arias (2020), em artigo de revisão desse trabalho, afirmou que o tipo de análise ainda é escasso na América Latina. Apesar disso, salientou a necessidade de fomentar essa modalidade de investigação nas populações potencialmente beneficiárias dos programas sociais, visto que podem fornecer um rumo para a avaliação dos seus potenciais efeitos em função de características básicas de cada população; como também, podem permitir o aprofundamento de questões adicionais de reavaliação, como o fator motivacional das pessoas em rejeitar ou aderir às políticas públicas, com o exame das peculiaridades das ações e reações.

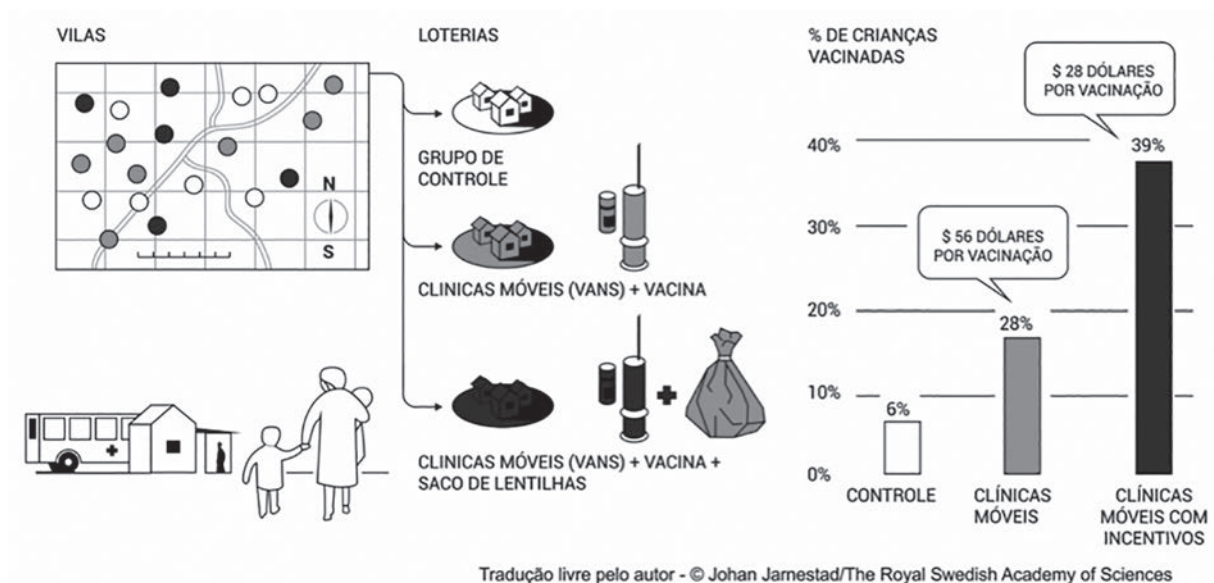
Das 34 avaliações randomizadas selecionadas pelo autor, preponderaram investigações na área da educação (41,2%), seguidas da saúde (20,6%), microcréditos (8,8%), participação política das mulheres (8,8%) e transferências diretas às populações carentes (5,9%) (CARDONA ARIAS, 2020, p. 1-4). Desse total, 16 foram feitas na Índia, 10, no Quênia, 4, no Marrocos, 1, na África do Sul, 1, nos Estados Unidos e 1 realizado em sete países ao mesmo tempo. Os resultados obtidos permitiram estabelecer novas diretrizes para a formulação de políticas públicas voltadas à redução da pobreza e desigualdades sociais, havendo uma maior qualificação do uso de recursos econômicos.

Devido à riqueza de detalhes e ao objetivo do presente artigo, serão destacadas apenas algumas linhas das pesquisas realizadas na educação e na saúde, mais recorrentes por envolverem custos de formação do capital humano. Cabe salientar que nem todos os programas foram eficazes, tendo sido verificados problemas no seu desenvolvimento face à desinformação, corrupção ou

outros fenômenos sociais que só podem ser identificados quando se faz uma avaliação local, de acordo com as características de cada região e as evidências comportamentais detectadas.

Na educação, diversas intervenções foram feitas, muitas delas multifatoriais, como por exemplo: o treinamento de duas horas por semana de crianças com jogos em computadores melhorou habilidades de matemática e linguagem (LINDEN; BANERJEE; DUFLO, 2003); a contratação de professores e a redução do número de alunos em cada turma proporcionaram melhores pontuações em testes de matemática e linguagem, com a produção de efeitos para todos os grupos por até um ano depois do encerramento do programa (DUFLO; DUPAS; KREMER, 2009); o monitoramento e o incentivo financeiro aos professores reduziu o absenteísmo e melhorou as notas das crianças em provas (DUFLO; DUPAS; KREMER, 2012); e, ainda, a combinação da utilização de apoio em informática e auxílio de mulheres jovens da comunidade teve retorno positivo em relação ao custo-benefício, incluindo o efeito contágio (*spillover*) em não estudantes e a duração de mais de um ano na Índia (BANERJEE *et al.*, 2007).

Na saúde, um dos estudos randomizados que ocorreu na Índia (BANERJEE *et al.*, 2010) foi representado na seguinte figura, traduzida por Flávia Ávila:²⁹



Na pesquisa, participaram 1.640 crianças entre um a três anos de idade em 134 aldeias pobres, divididas em três grupos, com avaliação durante dezoito meses: (i) grupo controle, sem intervenção, 860 crianças em 74 aldeias, imunizadas em postos de saúde; (ii) grupo de intervenção A, 379 crianças em 30 aldeias, imunizadas em clínicas móveis (vans); e (iii) grupo de intervenção B, 382 crianças em 30 aldeias, imunizadas em clínicas móveis e com pequenos incentivos: um pacote de lentilhas e, se completado o calendário de vacinas, pratos de metal (BANERJEE *et al.*, 2010, p. 1-4).

E os resultados foram os seguintes: (i) no grupo controle, com o método tradicional, apenas 6% das crianças foram vacinadas (50/860); (ii) na intervenção A, somente com a modificação do local de vacinação, 18% das crianças foram imunizadas (68/379), o que resultou no custo de U\$56 por vacina; e (iii) na intervenção B, com as clínicas móveis e incentivos, 39% das crianças receberam as doses (148/382), baixando o custo para US\$28. Ou seja, houve um aumento de vacinação com a melhora da oferta e de acesso ao serem disponibilizadas clínicas móveis (intervenção A), mas 81% das crianças não foram vacinadas; enquanto que, mediante a concessão

²⁹ Disponível em: <http://www.economicomportamental.org/nacionais/nobel-2019-flavia-avila/>. No *site* original: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2019/popular-information/>.

de incentivos (intervenção B), ainda que mínimos, houve impactos mais positivos, embora 61% das crianças também tenham ficado sem imunização (BANERJEE *et al.*, 2010, p. 1-4).

Esses resultados revelam a necessidade de se avaliar as tendências comportamentais nas políticas públicas porque as decisões são marcadas por questões pessoais, culturais ou ambientais. Algumas das conclusões dos pesquisadores foram no sentido de que os pais não tinham fortes objeções ou receios sobre as vacinações; porém, não haviam sido suficientemente persuadidos dos benefícios de superar a tendência natural de adiar a atividade de ter que gastar tempo e esforço de levar as crianças até os postos de saúde ou de ter que lidar com eventual febre após as vacinas. Mesmo assim, conceder módicos incentivos teve melhores resultados na superação da procrastinação e na melhoria dos percentuais de mudança comportamental na prevenção da saúde, permitindo a completude dos ciclos de imunização e fornecendo evidências mais precisas para auxiliar a reformulação das ações governamentais (BANERJEE *et al.*, 2010, p. 8).

Outras intervenções na saúde podem ser assim exemplificadas: o subsídio para melhorar o estado nutricional das crianças foi mais efetivo quando recebido pelas mães (África do Sul, 2003); apesar do aumento dos custos, o abastecimento de água encanada em uma zona urbana causou maior bem-estar, mas não melhorou a qualidade da água consumida ou reduziu doenças por ela transmitidas (Marrocos, 2011); a produção própria de grãos para consumo, fortificados com ferro e ácido fólico foi eficaz, simples, viável e factível para reduzir a anemia (Índia, 2011) (DUFLO, 2000; DUFLO *et al.* 2011; BANERJEE; DUFLO; GLENNERSTER, 2011).

Estes estudos demonstram que o arcabouço teórico e as medições randomizadas poderão gerar políticas públicas com maior acurácia, mas as soluções devem ser customizadas de acordo com as peculiaridades intrínsecas de cada povo ou localidade, não bastando simplesmente importar um modelo que deu certo em outro país, já que as intervenções precisam ser identificadas, testadas e acompanhadas durante certo período para se ter indicadores e resultados mais precisos.

No Brasil, Claudio Ferraz tem desenvolvido pesquisas com essa abordagem empírica e interdisciplinar objetivando testar teorias, analisar fenômenos sociais e examinar políticas públicas mediante avaliações das causas e consequências, a fim de apontar diretrizes para o combate ao crime organizado (FERRAZ; OTTONI, 2013), a diminuição da corrupção e a concessão de incentivos políticos eleitorais (FERRAZ; FINAN, 2009; 2011; FERRAZ; FINAN; MOREIRA, 2012), entre outras.³⁰

Na educação pública, Ferraz e Bruns (2012) identificaram resultados preliminares da política do Governo estadual de Pernambuco no ano de 2008 quando foi estabelecido um sistema de pagamento por desempenho para os professores. Em síntese, constatou-se que o incentivo reduziu o abandono escolar e aumentou a taxa de aprovação de alunos do 5º ao 9º ano (1,3 milhões) em provas de matemática e português; mas também, em relação aos professores (em torno de 50.000), houve a redução do absenteísmo e, conseqüentemente, teve um aumento no número de atividades pedagógicas semanais e na cobertura das matérias durante o ano. Todavia, os efeitos positivos foram mais concentrados em escolas menores, onde é mais fácil a coordenação.

Outros estudos vêm sendo desenvolvidos,³¹ fato que revela ser necessário compreender essa nova abordagem, pois os resultados baseados em evidências poderão ser muito mais eficazes do que as formas tradicionais de se proporcionar as prestações sociais mínimas, alcançando um número maior de beneficiários e reduzindo os gastos públicos.

³⁰ Por exemplo, Bursztyn (2016).

³¹ Por exemplo: Bruns, Costa e Cunha (2018) e Cornéjols *et al.* (2013).

Logo, não são poucos os desafios, mas existem muitos esforços destinados a encontrar novas maneiras de solucionar problemas sociais recorrentes que partem, muitas vezes, de uma forma limitada de se ver as ações e reações do ser humano contemporâneo. Por isso, o direito, que possui o relevante papel de formar e reformular as regras sociais, precisa ampliar seus horizontes com o objetivo de compreender e incorporar estudos multidisciplinares, a fim de permitir que a sua concepção de *homo burocraticus* evolua para a de *Homo sapiens*, de modo a se encaixar no atual contexto dos seres humanos e das sociedades do século XXI.

Considerações finais

Nas últimas décadas, a economia se aproximou de outras áreas do conhecimento. Hoje, as sociedades estão cada vez mais complexas e as características intrínsecas do ser humano estão sendo reveladas com o intuito de se buscar alternativas mais viáveis de melhorar a qualidade de vida e o bem-estar de uma parcela maior da população e, ao mesmo tempo, reduzir os desperdícios de dinheiro público. Neste sentido, a avaliação de experimentos baseados na observação comportamental e nas intervenções em situações do cotidiano para entender as tendências decisórias poderá promover variações na forma de fazer governança, pois há a sinalização de que, a partir de evidências empíricas, tem-se maior efetividade nos objetivos sociais das políticas públicas.

Esse é o caminho a ser seguido pelo direito: adaptar-se às mudanças do novo século e contribuir com a formação de “boas leis” para que sejam, de fato, aplicadas, sem tantas variações hermenêuticas geradoras de desigualdades e inseguranças jurídicas. E essa é a esperança dos brasileiros, revelada por Roberto da Matta (citação no primeiro capítulo): “veremos as leis serem finalmente implementadas e cumpridas”.

Abstract: The article brings the characteristics of the concept of *homo economicus* and some comparisons with economic approaches in which multidisciplinary knowledge is used to understand the idiosyncrasies of the contemporary human being, subject to constant cultural, social and environmental changes. As these peculiarities interfere in the decision-making processes, behavior tendencies and incentives have been the subject of studies in Economics, both in theoretical and empirical fields, where government actions are being evaluated with

randomized and controlled experiments that can provide evidence and improve some public policies. This path could be followed by Law, since it is necessary to be adapted to the changes of the 21st Century in order to form “good laws”, which are effectively fulfilled by means more appropriated to human conduct.

Keywords: Economic man. *Homo sapiens*. Social interaction. Public policies.

Referências

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Tradução de Cristiana Serra. 5. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Edição Kindle.
- ARAÚJO, Fernando. *Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade*. Coimbra: Almedina, 2001.
- ATHEY, Susan; IMBEMS, Guido W. The state of applied econometrics: causality and policy evaluation. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 31, n. 2, p. 3-32, 2017.
- BANERJEE, Abhijit *et al.* Improving immunization coverage in rural India: clustered randomized controlled evaluation of immunization campaigns with and without incentives. *BMJ*, 2010, 340: c2220. DOI: <https://doi.org/10.1136/bmj.c2220>.
- BANERJEE, Abhijit *et al.* Remedying education: evidence from two randomized experiments in India. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 122, Issue 3, p. 1235-1264, August 2007.
- BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther; GLENNERSTER, Rachel. Is decentralized iron fortification a feasible option to height anemia among the poorest? *Massachusetts Institute of Technology*, 2011. Disponível em: <https://economics.mit.edu/files/11412>.
- BOWLES, Samuel; BOYD, Robert; FEHR, Ernst; GINTIS, Herbert. Behavioural science: homo reciprocans. *Nature*, United Kingdom, v. 415, n. 6868, p. 125-128, jan. 2002.

- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRUNS, Barbara; COSTA, Leandro; CUNHA, Nina. Through the looking glass: can classroom observation and coaching improve teacher performance in Brazil? *Economics of Education Review*, March 2018. DOI: 10.1016/j.econedurev.2018.03.0.
- BRUNS, Barbara; FERRAZ, Claudio. Paying teachers to perform: the impact of bonus pay in Pernambuco, Brazil. *SREE Spring*, Conference Abstract Template, 2012. Disponível em: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED530173.pdf>.
- BURSZTYN, Leonardo. Poverty and the political economy of public education spending: evidence from Brazil. *Journal of the European Economic Association*, v. 14, Issue 5, p. 1101-1128, 1 October 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/jeea.12174>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A revisão das funções da constituição e os desafios da governance. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sônia (Org.). *Direito penal: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais*. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.
- CARDONA ARIAS, Jaiberth Antonio. Evaluación del impacto económico de programas sociales contra la pobreza: una revisión de estudios aleatorizados en la obra de Esther Duflo. *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*, 2020. e338856. DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.rfnsp.e338856>.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os evolucionários e pós-keynesianos. *Economia*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 621-642, set./dez. 2007a.
- CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista. *Teses FEE*, Porto Alegre, n. 1, 2002. Disponível em: http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf.
- CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? *Revista Análise Econômica*, Porto Alegre, ano 19, n. 36, p. 25-45, set. 2001.
- CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Thorstein Veblen: nota introdutória. *Oikos*, Rio de Janeiro, n. 8, ano VI, p. 181-187, 2007b.
- CORNÉOJS, Chloé et al. Increasing student learning: teacher bonus program in Rio de Janeiro, Brazil. *UCLA Luskin School of Public Affairs*, Applied Policy Report, May 2013. Disponível em: https://luskin.ucla.edu/sites/default/files/11%20-%20Teacher%20Bonus%20Brazil_0.pdf.
- COSGEL, Metin M. Consumption institutions. *Review of Social Economy*, United Kingdom, v. 55, n. 2, p. 153-171, 1997. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/tafrsocec/v_3a55_3ay_3a1997_3ai_3a2_3ap_3a153-171.htm.
- DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DA MATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- DAMÁSIO, António Rosa. *E o cérebro criou o homem*. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- DAMÁSIO, António Rosa. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DAMÁSIO, António Rosa. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica de Luiz Henrique Martins Castro. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- DAVIS, John Bryan. *The theory of the individual in economics: identity and value*. New York: Routledge, 2003.
- DEMO, Pedro. *Autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- DEVOTO, Florencia et al. Happiness on tap: Piped water adoption in urban Morocco. *National Bureau of Economic Research – NBER Working Paper*, n. 16933, 2011. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w16933>.
- DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre os conceitos de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: a moralidade como derivada das respectivas noções de natureza humana. *Princípios – Revista de Filosofia*, Natal, v. 19, n. 32, p. 483-506, jul./dez. 2012.
- DUFLO, Esther. Grandmothers and granddaughters: Old age pensions and intra-household allocation in South Africa. *Massachusetts Institute of Technology*, 2000. Disponível em: <http://economics.mit.edu/files/732>.
- DUFLO, Esther; DUPAS, Pascaline; KREMER, Michael. Additional resources versus organizational changes in education: Experimental evidence from Kenya. *Semantic Scholar*, 2009. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Additional-Resources-versus-Organizational-Changes-Duflo-Dupas/def10f0e54458cb1e44b29d15728daa60d846491>.
- DUFLO, Esther; HANNA, Rema; RYAN, Stephen P. Incentives work: getting teachers to come to school. *American Economic Review*, v. 102, n. 4, p. 1241-78, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1257/aer.102.4.1241>.
- FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (Dir.). *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Neuroética, direito e neurociência*. Curitiba: Juruá, 2008.

- FERRAZ, Claudio; FINAN Frederico; MOREIRA, Diana B. Corrupting learning: Evidence from missing federal education funds in Brazil. *Journal of Public Economics*, v. 96, Issues 9-10, p. 712-726, October 2012.
- FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: evidence from the audits of local governments. *American Economic Review*, n. 101, p. 1274-1311, June 2011.
- FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Motivating politicians: the impacts of monetary incentives on quality and performance. *NBER Working Paper*, n. 14906, April 2009. JEL nº D72, D78, J33.
- FERRAZ, Claudio; OTTONI, Bruno. *Os efeitos da pacificação sobre o crime e a violência*. jun. 2013. Disponível em: http://legado.fucape.br/downloads/UPPcrime_port.pdf.
- FILGUERAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e práticas sociais. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009.
- FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.
- GIGERENZER, Gerd; BRIGHTON, Henry. Homo heuristicus: why biased minds make better inferences. *Topics in Cognitive Science*, New York, v. 1, n. 1, p. 107-143, 1º jan. 2009.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HODGSON, Geoffrey Martin. The approach of institutional economics. *Journal of Economic Literature*, New Haven, v. XXXVI, p. 166-192, mar. 1998.
- HODGSON, Geoffrey Martin. Toward an evolutionary and moral science: remarks on receiving the Veblen-Commons award. *Journal of Economic Issues*, Arkansas, p. 1-13, jan. 2012.
- JAMES, William. The principles of Psychology. *Adelaide*, v. I, 1890. Disponível em: <https://ebooks.adelaide.edu.au/j/james/william/principles/>.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometria*, New York, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar. 1979.
- KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ, Carine. Introduction to a cognitive methodology in economics. In: KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ Carine; KOPPL, Roger G. (Ed.). *Cognition and economics*. Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007.
- LINDEN, Leigh; BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. Computer-assisted learning: Evidence from a randomized experiment. *Poverty Action Lab*, Paper n. 5, October 2003.
- LUZ, Manuel Ramon Souza; FRACALANZA, Paulo Sérgio. A gênese do indivíduo e o indivíduo da gênese: uma abordagem multidisciplinar acerca do papel da ideologia cristã nas origens do homem (econômico). *Economia*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 189-210, jan./abr. 2013.
- MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. 3. reimpr. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- MOLINA GALICIA, René. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (Dir.). *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MORGAN, Mary Susanna. Economic man as model man: ideal types, idealization and caricatures. *Journal of the History of Economic Thought*, Cambridge, v. 28, n. 1, p. 1-27, mar. 2006.
- PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. *Minds, brains, and law: the conceptual foundations of law and neuroscience*. New York: Oxford University Press, 2013.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização, Revisão Técnica e Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 9, n. 17, p. 289-323, out. 2010.
- SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de de Lya Luft. Revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. Edição Kindle.
- SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. In: CORDEIRO, Antônio Menezes Cordeiro; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SUNSTEIN, Cass Robert. Preferências e política. Tradução de Plínio Dentzien. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 1, p. 219-254, jan./jun. 2009.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- TARUFFO, Michele. Proceso y neurociencia: aspectos generales. Tradução de Jordi Nieva Fenoll. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (Dir.). *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013a.
- TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (Dir.). *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013b.
- THAGARD, Paul. *Mind: introduction to cognitive science*. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

THALER, Richard H. From homo economicus to Homo sapiens. *Journal of Economic Perspectives*, New Haven, v. 14, n. 1, p. 133-141, 2000.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass Robert. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

VEBLEN, Thorstein Bunde. *A teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições*. Tradução de Olívia Krähenbühl. Apresentação de Maria Hermínia Tavares de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

VEBLEN, Thorstein Bunde. *The instinct of workmanship and the state of the industrial arts*. New York: The Macmillan Company, 1989.

VEBLEN, Thorstein Bunde. *The place of Science in modern civilization*. New York: B. W. Huebsch, 1919.

VEBLEN, Thorstein Bunde. Why is economics not an evolutionary science? *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 12, 1898. Disponível em: http://elegant-technology.com/resource/ECO_SCI.PDF.

WANG, Xiao-tian. Introduction: bounded rationality of economic man: new frontiers in evolutionary Psychology and Bioeconomics. *Journal of Bioeconomics*, New York, v. 3, n. 2-3, p. 83-89, maio 2001.

WOLKART, Erik Navarro. A neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 493-522, ago. 2018.

ZULIAN, Aline. *Indivíduos e comportamento: aspectos cognitivos, institucionais e identidades sociais*. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Economia e Desenvolvimento) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes. O ser humano e suas decisões: algumas lições da economia para o direito. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 135-152, jan./jun. 2020.

Similaridade de textos normativos: um ensaio sobre as leis orçamentárias¹

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

Conselheiro-Substituto do TCE-SP. Aluno do Doutorado do programa de Pós-Graduação em Direito Financeiro da USP, sob orientação do Professor Titular Heleno Taveira Torres. Mestre em Economia pela UnB. É Professor da Escola Brasileira de Administração Pública (Ebac).

Resumo: Este ensaio parte da premissa de que é útil para a ciência do direito aproximar essa técnica de cognição. Dessa forma, o interesse é da ciência jurídica em relação à ciência computacional: a primeira precisa se conformar aos resultados disponíveis na segunda. A abordagem é deliberadamente matemática, aos auspícios de sistemas de computador, aproximando-se do que tem se chamado de “inteligência artificial”. Neste estudo foi analisado um acervo conhecido de documentos a fim de averiguar se a análise que emerge dessas técnicas é capaz de identificar fatos estilizados esperados e se as surpresas

encontradas se correlacionavam a elementos conhecidos do plano jurídico.

Palavras-chave: Diretrizes orçamentárias. Similaridade. Direito. Nuvem de palavras.

Sumário: Introdução – Similaridade de textos – Saco de palavras – Empregos da similaridade – Leis de diretrizes orçamentárias como objeto de estudo – Evidências da análise automática – Nuvens de palavras – *Stemming* e lematização – Comparação entre documentos – Conclusões – Referências

Introdução

Há uma sedimentada doutrina científica em torno do cálculo numérico da similaridade de documentos. Tal apuração é de importância para as buscas pela internet, demanda que precipitou a mencionada teorização. Dessa forma, uma fonte textual “buscada” é comparada computacionalmente com uma relação de textos “buscados”, apontando-se, ao fim e ao cabo, um índice de similaridade ou de proximidade que é empregado para ordenar os resultados. *Mutatis mutandis*, a mesma técnica pode ser empregada a quaisquer textos – entendidos como seqüências ordenadas de vocábulos – inclusive para textos legais.

Tal possibilidade, no entanto, ainda não tem sido explorada. Pretendemos investigar, neste breve ensaio, o cálculo de similaridade textual conhecido como “distância de cosseno”, definido, com apoio nos conceitos da dissertação de mestrado *Agrupamento e categorização de documentos jurídicos* (FURQUIM, 2011).

Similaridade de textos

A similaridade de textos, como advento da moderna ciência da computação, coloca uma oportunidade e um desafio ao tradicional silogismo da lei que tem prevalecido na propedêutica e na prática jurídica. A busca de uma igualdade exata que tem prevalecido na análise dos textos legais, em que mesmo vocábulos considerados pelo vernáculo como sinônimos, uma vez alternados em um dispositivo convencional – seja contratual, seja legal –, dão ensejo a análises que culminam em diferentes implicações ao direito.

É um panorama em que o jargão não importa tanto pela sua carga semântica, mas pela multiplicidade de vênias interpretativas que pode ensejar, assim como de seus desdobramentos.

¹ Este trabalho foi desenvolvido no âmbito da pesquisa desenvolvida pelo Professor Marcos Augusto Perez.

A modernidade tem se pautado, entretanto, por uma cognição expedita e paramétrica dos conteúdos disponíveis, em que o núcleo semântico dos textos recobra a culminância no valor da mensagem transmitida.

O presente estudo parte da premissa de que é útil para a ciência do direito aproximar essa técnica de cognição. Dessa forma, o interesse é da ciência jurídica em relação à ciência computacional: a primeira precisa se conformar aos resultados disponíveis na segunda. A abordagem será deliberadamente matemática, aos auspícios de sistemas de computador, aproximando-se do que tem se chamado de “inteligência artificial”.

Ao informar expressões a um sistema de busca informatizado, esse, via de regra, descartará palavras curtas e usuais e, de outra mão, reforçará a ênfase de palavras menos frequentemente buscadas. Possivelmente a busca pela expressão “definição de Savonarolas” recupere apenas textos que contenham o maior número de referências ao monograma “savonarola”, descartando o plural assim como os demais vocábulos do comando de busca, por presumir sua irrelevância.

Outra diferença reside no fato de que a similaridade passa a constituir uma escala em que o “exatamente igual” e o “exatamente diverso” dão lugar a um contínuo de proximidades. Ordenados segundo essa medida, os textos ficam apresentados como mais similares ou menos similares, devendo assim ser ponderadas as consequências de tal similaridade.

Tal método apresenta vantagens progressivas com a extensão do texto legal a analisar, uma vez que, na pequena escala, pode produzir resultados inconvenientes e incorretos. Como é exemplo, o texto “Não é permitido o homicídio” pode ser classificado como intensamente similar ao texto “É permitido o homicídio”, enquanto a mais despretensiosa análise humana de pronto revela tratar-se de conteúdos semânticos absolutamente opostos.

Constitui, portanto, uma estatística que deve ser aproveitada na medida de sua utilidade, sem a pretensão de cumprir o rigor matemático do silogismo da lei. A igualdade entre o caso de dois documentos ou dois dispositivos legais ou ainda a subsunção de um fato determinado a uma específica norma melhor ficam legadas às tradicionais técnicas de interpretação e integração da norma.

Saco de palavras

Está no centro da técnica desenvolvida, portanto, uma série de simplificações textuais que são aplicadas tanto ao original que será comparado quanto ao conjunto de eventuais fontes paradigmas para comparação. Tais técnicas buscam unicamente a comparabilidade sob os paradigmas de que a ordem dos termos é irrelevante, bem como que o peso das palavras deve ser reconhecido em suas relativas raridades. Por esse motivo:

- a) números são descartados;
- b) há um dicionário de palavras que são ignoradas (*stop words*), a exemplo de artigos, preposições e pronomes;
- c) declinações de tempos verbais podem ser reunidas em um mesmo monograma (“lematização”);
- d) palavras de conteúdo semântico próximo podem ser reunidas em um mesmo anagrama, por exemplo, “grande” e “grandemente” (*stemming*);
- e) as frequências de ocorrência de uma palavra dentro de um documento podem ser corrigidas pela raridade da ocorrência da palavra nos demais documentos do grupo de comparação (*if-idf*);
- f) a ordem em que os monogramas ocorrem é ignorada e cada monograma é simplesmente contado.

As palavras consideradas relevantes – doravante intituladas “monogramas” ou “lematas” – são reunidas para contagem, destruindo a estrutura gramatical original. Essa técnica é conhecida como *bag of words* ou “saco de palavras”, pois remete à desorganização de algo que é reunido em um único recipiente. As classes gramaticais assim como as classes sintáticas são descartadas, de forma que a mensagem original não pode ser recuperada a partir da contagem de monogramas.

O objetivo dessa fase inicial é decompor cada documento em um vetor de monogramas que podem ser totalizados de acordo com o número de ocorrências em cada documento, assim constituindo uma assinatura numérica desse documento, passível de cálculos que podem revelar a sua similaridade.

Figura 1 – Resultado do processo inicial de contagem de monogramas

controle	licitação	entidade	concessão	CF/1988	art. 24 Lei 8.666/93
1	2	1	1	3	4

Fonte: Elaboração própria.

Após tal simplificação, que, como mencionado, é alcançada após o descarte de monogramas considerados irrelevantes, da equiparação de monogramas que significam apenas a flexão uns dos outros (“lematização”) e da equiparação de monogramas que importam carga semântica significativamente parecida (*stemming*), faz-se necessária uma última correção.

Trata-se do inverso da frequência. Independentemente da quantidade de vezes que um monograma surge em um documento, tal aparição ganha importância se ele é raro, quando se considera o universo de documentos que é pesquisado. A quantidade relativa de ocorrência do monograma no documento, $n_{i,j}$, deve ser corrigido por um peso de importância daquele específico monograma:

$$N_{i,j} = n_{i,j} \cdot w_i = n_{i,j} \cdot \log \left(\frac{ND}{ND_i} \right)$$

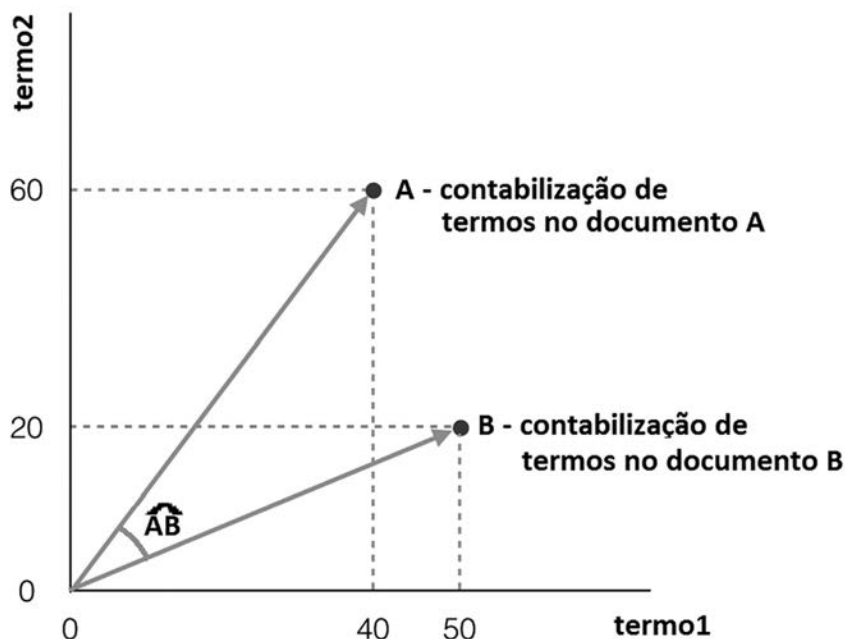
Na fórmula acima, ND representa o número total de documentos e ND_i o número de documentos em que aparece o monograma i . Enfim calculados os pesos de cada monograma, cada documento pode ser transformado em sequências de números. Se, por um lado, perdemos a estrutura e a organização que os tornaria compreensíveis ao intérprete humano, ficam especialmente legíveis pela máquina.

O mecanismo matemático pelo qual dois documentos, transformados em vetores de números, podem ser comparados, A e B , resultando um índice de similaridade que se situa no intervalo entre 0 e 1, sendo o primeiro extremo o menos similar e o outro extremo o mais similar, é chamado distância do cosseno.

$$Similaridade = \cos(\widehat{AB}) = \frac{A \cdot B}{|A| \cdot |B|} = \frac{\sum_{i=1}^T A_i \cdot B_i}{\sqrt{\sum_{i=1}^T A_i^2} \cdot \sqrt{\sum_{i=1}^T B_i^2}}$$

Ou, ainda, em termos gráficos, supondo apenas dois termos, para favorecer a visualização, na forma abaixo, que permite compreender que a “distância de cosseno” representa a tendência dos documentos a “apontarem” em uma direção. A similaridade é a colinearidade, uma vez que essa medida será tão menor (sugerindo documentos mais similares) quanto menor for o ângulo indicado.

Figura 2 – Representação gráfica da similaridade de cosseno



Fonte: Elaboração própria.

Empregos da similaridade

No que segue, tomaremos como verdadeiras premissas graves sobre os documentos analisados que, apesar de imperfeitas, são abstrações que buscam aproximações sucessivas da realidade. Como se mencionou antes, tais aproximações são utilizadas na medida que demonstrarem o quão são úteis.

À pergunta “por que não empregamos simplesmente a análise humana, uma vez que não padece de tais simplificações?”, responde-se que em atestando a validade da análise que resulta da análise computacional, com o mesmo esforço gasto na análise de um ou dois documentos, pode-se analisar centenas ou até mesmo milhares de documentos. Nesse sentido, aceita-se que sob assunções simplificadoras, chegue-se a conclusões mais limitadas.

O presente ensaio constitui uma inquirição acerca da utilidade dessas abstrações. É razoável, portanto, que se estabeleça desde logo a magnitude da simplificação de que tratamos. Para sermos específicos, presumimos que:

- os termos descartados não são determinantes para a compreensão da ideia central do documento analisado;
- a metodologia de contagem de termos, ponderada pela frequência de cada termo no universo de documentos, aproxima de maneira razoável o conteúdo semântico de cada documento;
- a similaridade entre dois documentos calculada pelo cosseno formado entre seus vetores qualificados pela frequência relativa de termos é aproximação razoável da similaridade do conteúdo semântico dos dois.

Para estimar a aptidão da técnica em surtir resultados verossímeis e relevantes, devem-se conduzir estudos controlados, ou seja, executar a técnica para um conjunto conhecido de documentos e com um conjunto conhecido de fatos estilizados que se espera observar, de forma a que se possa cotejar os resultados obtidos pela análise humana com aqueles obtidos pela análise computadorizada.

De plano há que se distinguir entre três grandes orientações da análise, uma vez que o resultado essencial é alternativo, ou seja, ou há similaridade ou não há similaridade.

Em uma primeira abordagem, há poucos documentos – ou mesmo um único – inicial e um conjunto muito grande de documentos com os quais ele é comparado. Essa técnica pode ser chamada de “busca”, pois pretende identificar candidatos. A segunda abordagem é a antípoda da primeira. Tem-se uma quantidade muito grande de documentos sendo analisados e uma quantidade pequena de documentos com os quais aqueles são comparados. Essa técnica pode ser chamada de “classificação”, pois cada documento paradigma pode ser compreendido como um documento típico ou representante ideal de uma categoria.

Essas duas técnicas são as mais usuais. A primeira pode servir, no âmbito jurídico, para identificar julgamentos relevantes para a tese abordada em uma petição inicial. Ao invés de se promover uma busca por termos, compara-se a petição em mãos. A segunda técnica pode servir, no âmbito jurídico, na elaboração automática de ementas ou propor sistematização de jurisprudência.

Há, entretanto, uma terceira abordagem, em que as quantidades de documentos originais e de documentos comparados é muito próxima ou mesmo idêntica. Possivelmente trata-se dos mesmos documentos, que são comparados reciprocamente. Esta é a abordagem adotada no estudo que pode ser subdividida em dois recortes documentais. Ou analisam-se documentos que remetem a um mesmo objeto jurídico, observado em momentos diversos e sucessivos no tempo, ou analisam-se documentos que remetem a diversos objetos jurídicos da mesma natureza, observados no mesmo momento do tempo.

Leis de diretrizes orçamentárias como objeto de estudo

Nos dedicaremos à análise de peças orçamentárias e, em nosso recorte, selecionamos o mesmo ente – a União –, analisando os documentos referentes aos exercícios de 2005 até 2019. Poderíamos ter procedido diversamente, selecionando um mesmo exercício financeiro para comparar leis orçamentárias de todos os municípios de um mesmo estado da Federação, ou mesmo de todos as unidades federativas.

Esses documentos, introduzidos no direito financeiro pela Constituição Federal de 1988, fazem a conexão do plano de longo prazo com a tradicional Lei Orçamentária Anual. Seu conteúdo foi adensado com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que abordou o tema no art. 4º.

Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no §2º do art. 165 da Constituição e:

I - disporá também sobre:

- a) equilíbrio entre receitas e despesas;
- b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do §1º do art. 31; [...]
- e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos;
- f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;

§1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

§2º O Anexo conterá, ainda:

I - avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior;

II - demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional;

III - evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos;

IV - avaliação da situação financeira e atuarial:

a) dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador;

b) dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial;

V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

§3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.

§4º A mensagem que encaminhar o projeto da União apresentará, em anexo específico, os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem como os parâmetros e as projeções para seus principais agregados e variáveis, e ainda as metas de inflação, para o exercício subsequente. (LC nº 101/00)

Seguindo a própria sistematização do art. 4º, a lei periódica subdivide-se usualmente em capítulos similares, com conteúdos determinados pela norma de regência. De uma lei de diretrizes orçamentárias espera-se seções acerca de metas e prioridades, alterações da lei orçamentária, limitação do empenho, transferências para o setor privado e público, endividamento público, controle de despesa com pessoal, política creditícia das agências financeiras oficiais, alterações na legislação orçamentária, transparência e assuntos correlatos.

Os fatos estilizados que esperamos observar são:

a) indução da Presidência da República, ou seja, leis oriundas de um mesmo governo tendem a ser mais similares entre si, haja vista a responsabilidade na elaboração da peça, mesmo que por intermédio de secretaria especializada;

b) indução cronológica, ou seja, leis orçamentárias mais próximas no tempo tendem a ser mais similares entre si;

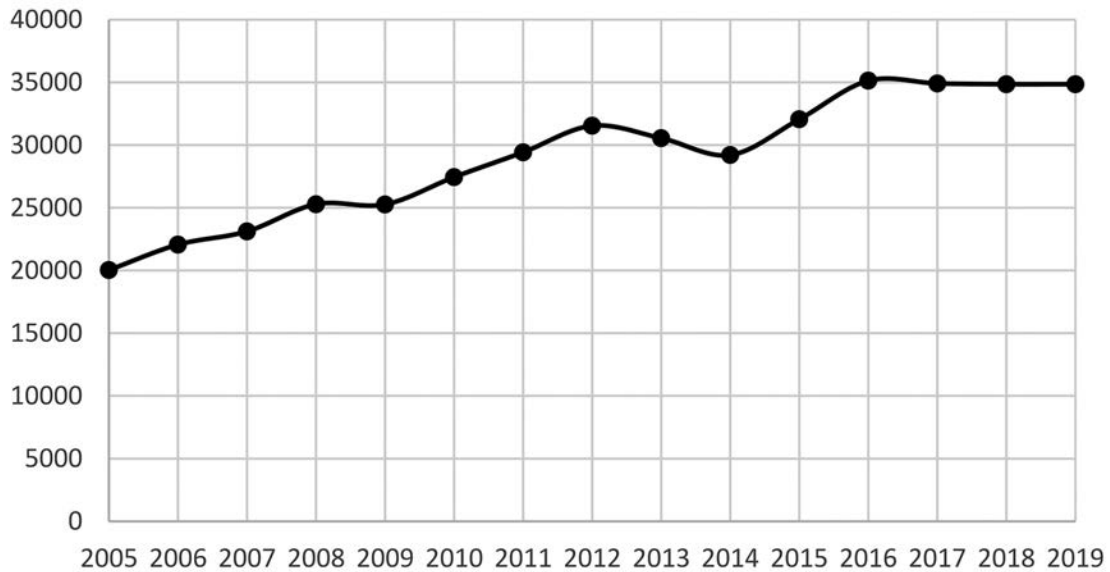
c) flutuação de termos, seguindo um padrão de preocupações do direito financeiro, como obras paralisadas e contingenciamento de dotações.

Como dito antes, o trabalho analítico *a priori* pode identificar se a estratégia de análise digitalizada rende apontamentos relevantes ou mesmo consistentes com o que se espera.

Evidências da análise automática

A primeira análise que pode ser feita é a simples contagem de palavras no projeto. Tal investigação remete à seguinte conclusão:

Figura 3 – Quantidade de palavras na Lei de Diretrizes Orçamentárias
Palavras na LDO

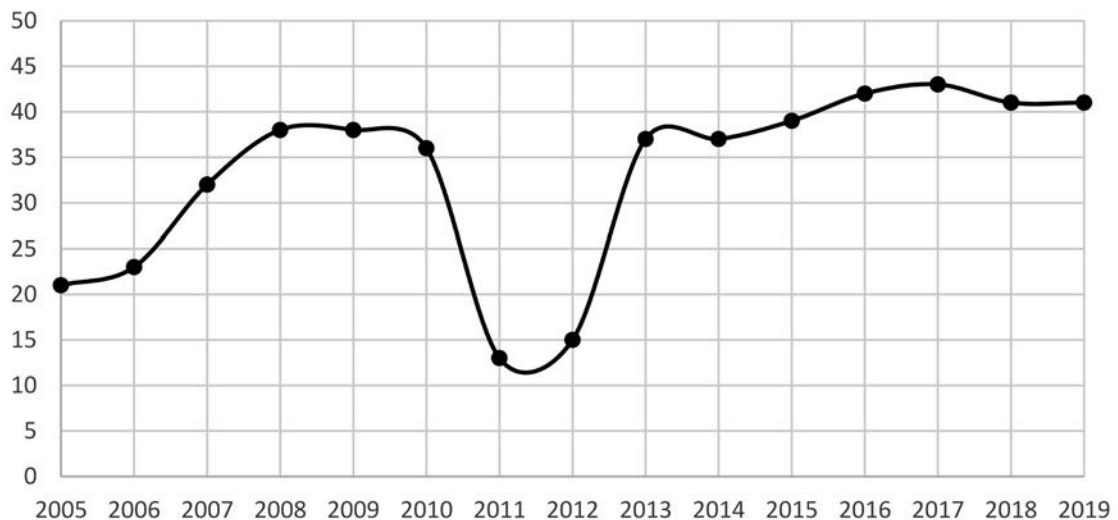


Fonte: Elaboração própria.

Durante o Governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva (2003 a 2011), elaboraram-se as peças até a referente ao exercício de 2012. Percebe-se aumento paulatino de disposições no documento. Possivelmente tal movimento tenha ocorrido concomitantemente com uma valorização do direito financeiro naquele período. Essa tendência se reverte nos documentos de 2013 e 2014, os dois primeiros do Governo da Presidente Dilma Rousseff, mas é retomado no documento elaborado em 2015, exercício este que teve as contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas da União em virtude do que ficou conhecido como “pedaladas fiscais”.

O Governo do Presidente Michel Temer foi responsável pela elaboração dos documentos dos exercícios de 2017, 2018 e 2019, período caracterizado por uma contagem de termos “tribunal de contas”.

Figura 4 – Quantidade de referências à Corte de Contas no texto da LDO
Referências a "Tribunal de Contas" na LDO



Fonte: Elaboração própria.

Percebe-se que nos exercícios de 2011 e 2012 houve uma redução perceptível das remissões a Tribunal de Contas no texto da LDO. Possivelmente tal tenha se dado em virtude da regulamentação, ao longo da década de 2000, da competência de paralisar obras do TCU. Tal capacidade está inserta no art. 71, incs. X e XI, §§1º e 2º.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. [...]. (CF/88)

Com a regulamentação e com a paulatina experiência aplicando-se a tais disposições, instalou-se um conflito entre o Poder Executivo e o Tribunal de Contas por conta de grandes obras que tiveram recomendação de paralisação. É de se perceber pelas manchetes publicadas pela imprensa da época:

- a) “TCU recomenda paralisação de 41 obras federais, sendo 13 do PAC. Relatório será enviado para o Congresso, que dará a palavra final. Ministros reclamam de críticas feitas pelo Poder Executivo ao TCU” (TCU..., 2009).
- b) “Lula contraria TCU e libera verba para obras irregulares. Tribunal recomendou paralisação de quatro projetos da Petrobras por problemas ‘graves’. Pagamentos liberados pelo no Orçamento chegam a R\$ 13,1 bi; presidente do TCU, Ubiratan Aguiar diz que corte ‘cumpriu sua parte’” (SALOMON, 2010).
- c) “Tribunal de Contas da União foi alvo de críticas de Lula. Os critérios para fiscalização de obras do Tribunal de Contas da União (TCU) foram alvo constante de ataques do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva durante o seu governo. O petista criticou o trabalho dos auditores diversas vezes, principalmente quando as decisões do órgão atingiram empreendimentos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)” (TRIBUNAL..., 2011).

Nuvens de palavras

Uma forma de inspecionar visualmente os documentos sob o paradigma que desconsidera o conteúdo sintático e morfológico dos signos é a “nuvem de palavras”. Uma vez imputadas no sistema computacional e preparadas para a análise automática, as palavras podem ser contadas.

O tratamento a que se faz referência consiste na mudança para letras minúsculas, a exclusão de toda a pontuação, a remoção de espaços em branco e a exclusão de palavras que ocorrem com muita frequência, mas quem servem apenas de conexão a outras, não importando valor cognitivo relevante quando observadas individualmente.²

A técnica prontamente revela a similaridade que há entre as leis de diretrizes orçamentárias, como sugerido pela análise realizada anteriormente.

² Por exemplo, “de”, “a”, “art.” ou “legal”.

Figura 5 – Nuvem de palavras da LDO de 2005



Fonte: Elaboração própria.

Figura 6 – Nuvem de palavras da LDO de 2019



Fonte: Elaboração própria.

Stemming e lematização

Essa primeira abordagem mais ingênua esconde uma questão que merece ser debatida. Embora a análise seja deliberadamente simplista e estilizada, o valor morfológico das palavras pode ser utilizado uma vez para aproximar signos que remetem a valores cognitivos similares. Para se tomar um exemplo simples: “graves” e “grave” importam diferença apenas se tomado em conta o contexto em que se inserem. Ora, mas o contexto é perdido e não pode ser recuperado.

A ideia simples que se apresenta é igualar, para fins da análise, as palavras “grave” e o seu plural, “graves”. Há duas soluções que se apresentam. A primeira é chamada *stemming*, do inglês *stem from*, ou seja, “ser oriundo”. A segunda, mais poderosa, é chamada “lematização”, que remete a “lema”, uma redução lógica.

A primeira técnica consiste em reduzir palavras às suas raízes, ignorando sufixos e declinações. Segundo essa técnica, tanto “grave” quanto “graves” se transformam em “grave”, como também “gravidade”, “gravemente” ou “agravado”.

A segunda técnica consiste em obter, a partir de um dicionário de paralelos chamados de “lematas”. Segundo essa técnica, as expressões “é”, “foi”, “será” são todas transformadas em “ser”. Aqui o insumo mais relevante é o dicionário de lematas e, a despeito de fontes de formidável respeitabilidade,³ faz-se necessário testar tais dicionários com o conteúdo jurídico, a fim de aceitá-los.

No trabalho que segue, empregaremos o *stemming* que, por dispor de dicionários mais aceitos pacificamente na comunidade, não suscitarão dúvida quanto à interpretação. Refazendo

³ Veja, por exemplo, o trabalho do Núcleo Interinstitucional de Linguística Computacional da Universidade de São Paulo (<http://nilc.icmc.usp.br>).

as “nuvens de palavras” para as LDOs dos exercícios de 2005 e de 2019, temos a representação que segue.

Figura 7 – Nuvem de palavras da LDO de 2005 com *stemming*



Fonte: Elaboração própria.

Figura 8 – Nuvem de palavras da LDO de 2019 com *stemming*



Fonte: Elaboração própria.

Embora se perceba uma proximidade grande entre os vinte termos mais frequentes nos dois documentos, seu peso relativo difere. Preocupações “federativas” parecem informar grande parte do conteúdo do documento, enquanto preocupações “sociais”, parecem ter perdido algum peso de 2005 para 2019.

Para fins de comparação, é sugestivo realizar a mesma análise para um texto legal presumivelmente muito diferente. Na Figura 7 olhamos o resultado da mesma técnica quando aplicada no Código Civil de 2002.

Figura 9 – Nuvem de palavras do Código Civil de 2002 com *stemming*



Fonte: Elaboração própria.

De fato, os conteúdos são muito diversos, enquanto os conteúdos das LDOs de 2005 e de 2019 são muito próximos, embora não idênticos. A Tabela 1 demonstra numericamente o peso relativo de cada um dos dez termos mais frequentes nos dois diplomas.

Tabela 1 – Participação relativa dos 10 termos mais frequentes nas LDOs de 2005 e de 2019, com lematização

LDO 2005		LDO 2019	
feder	24%	feder	28%
social	21%	fiscal	18%
fiscal	13%	social	15%
inclus	10%	inclus	10%
tribun	9%	tribun	9%
central	6%	data	6%
total	6%	grave	6%
grave	4%	capit	3%
legal	3%	regim	3%
base	3%	anterior	3%
	100%		100%

Fonte: Elaboração própria.

Comparação entre documentos

Na Tabela 1 pode-se verificar uma aproximação entre os documentos de 2005 e de 2019, ainda que não se tenha a igualdade entre eles. Seria possível aquilatar quão diferentes são eles entre si? Empregaremos a análise de diferença de cosseno, como discutido ao início deste trabalho.

Algumas observações são relevantes quanto à metodologia que foi empregada:

- Os exercícios de 2005 e de 2019 foram excluídos da comparação em virtude de se tratar de leis limítrofes, que não seriam comparadas com as anteriores ou posteriores, possivelmente surtindo resultados espúrios.
- O resultado obtido – “distância de cosseno” – por sua própria natureza, é o contrário da “similaridade”. Na Tabela 2 apresentamos a similaridade.
- Quanto mais escura a célula maior a similaridade entre os exercícios, quanto mais clara, mais diversos.
- Empregou-se o corretor de “inverso de frequências”, mencionado ao início deste trabalho.

Tabela 2 – Similaridade entre as LDOs dos diversos exercícios

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
2007	0,93											
2008	0,86	0,91										
2009	0,90	0,94	0,91									
2010	0,88	0,91	0,88	0,95								
2011	0,80	0,83	0,79	0,85	0,85							
2012	0,69	0,72	0,70	0,74	0,74	0,86						
2013	0,88	0,89	0,85	0,91	0,91	0,85	0,76					
2014	0,83	0,85	0,80	0,86	0,86	0,79	0,70	0,90				
2015	0,81	0,83	0,79	0,85	0,84	0,77	0,69	0,89	0,97			
2016	0,80	0,82	0,78	0,83	0,83	0,76	0,68	0,87	0,95	0,97		
2017	0,80	0,81	0,77	0,83	0,82	0,75	0,67	0,86	0,94	0,96	0,97	
2018	0,80	0,81	0,77	0,82	0,82	0,75	0,66	0,86	0,91	0,92	0,93	0,93

Fonte: Elaboração própria.

Os documentos de 2006 a 2012 foram elaborados pelo Governo Lula, os documentos de 2013 a 2017 foram elaborados pelo Governo Dilma e o documento de 2018 foi elaborado pelo Governo Temer. De fato, percebe-se grande similaridade entre os documentos dos exercícios imediatamente subsequentes, mas há quebras, a mais clara delas no documento do exercício de 2012, o mais dissimilar da série, embora o documento do exercício de 2011.

Os documentos elaborados no Governo Dilma são caracterizados por grande consistência, sendo os mais similares entre si na série. Por fim, o documento produzido pelo Governo Temer promove grande alteração, sendo perceptivelmente diferente em relação aos antecessores, embora não tanto quanto o que se observou em 2011 e 2012.

Um cálculo médio revela que o exercício de 2013 teve o documento mais similar aos demais, representando algo como “um ponto médio” em termos normativos, tal como se aprecia na Tabela 3.

Tabela 3 – Similaridade média das LDOs em relação às demais

Exercício	Similaridade
2013	87%
2009	87%
2014	86%
2015	86%
2010	86%
2007	85%
2016	85%
2017	84%
2018	83%
2006	83%
2008	82%
2011	80%
2012	72%

Fonte: Elaboração própria.

Conclusões

As novas técnicas de análise automatizada impõem desafios e nos provocam a realizar experiências em busca de usos apropriados para a tecnologia. Este estudo busca analisar os efeitos da análise automatizada de palavras. Os computadores ainda não são capazes de investigar o conteúdo semântico dos textos jurídicos e, aparentemente, esse panorama ainda está distante.

Nada obstante, há largo repertório de técnicas disponíveis para comparação de textos, desde que se ignorem suas estruturas sintáticas. Essa é a forma que os buscadores de textos utilizam para identificar textos similares. Uma vez que a técnica da hermenêutica jurídica coloca muita ênfase sobre os signos normativos e sobre a cognição contextual das normas, percebe-se que há grande distância entre as duas formas de abordar a investigação de conteúdo de um texto jurídico.

Neste estudo buscamos analisar um acervo conhecido de documentos a fim de averiguar se a análise que emerge dessas técnicas é capaz de identificar fatos estilizados esperados e se as surpresas encontradas na análise se correlacionavam a elementos conhecidos do plano jurídico. Quanto aos fatos estilizados, ponderamos que deveria haver:

- a) indução da presidência da república;
- b) indução cronológica;
- c) flutuação de termos, seguindo um padrão de preocupações do direito financeiro.

Quanto ao primeiro ponto, foi possível identificar regiões de transição entre as mudanças de administração consistentes com uma diferença entre os documentos imediatamente subsequentes. Quanto ao segundo ponto, também foi possível perceber que documentos imediatamente subsequentes são mais similares do que os mais distantes entre si no tempo. Quanto ao terceiro termo, também se apreciou mudanças em termos empregados que, na breve análise que foi possível aqui, pareceram guardar relação com as preocupações do direito financeiro.

O fato inesperado foi a repentina redução de remissões ao Tribunal de Contas nos documentos dos exercícios de 2011 e 2012. Tal fato parece guardar relação com o momento que se observava na época, de crítica do Poder Executivo às paralisações de obras públicas então promovidas pelo TCU.

Esta pesquisa pode ser seguida pela sua repetição para outros documentos orçamentários ou outros recortes, ou ainda expandida para outras categorias de documentos jurídicos. Outro sentido poderia ser a comparação entre o resultado obtido por meio da “stemização” e aquele obtido pela lematização, possivelmente contribuindo para a criação de um dicionário de lematas jurídicos apropriado.

Referências

- FURQUIM, Luis Otávio de Colla. *Agrupamento e categorização de documentos jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Informática) – Faculdade de Informática, PUCRS, Porto Alegre, 2011.
- FURQUIM, Luis Otávio de Colla; LIMA, Vera Lúcia Strube de. Clustering and categorization of Brazilian Portuguese legal documents. In: CASELI, Helena; VILLAVICENCIO, Aline; TEIXEIRA, Antônio; PERDIGÃO, Fernando (Ed.). *Proceedings of the 10th international conference on Computational Processing of the Portuguese Language (PROPOR'12)*. Berlin: Heidelberg Springer-Verlag, 2012.
- GONÇALVES, T.; QUARESMA, P. A preliminary approach to the multilabel classification problem of Portuguese juridical documents. In: PIRES, F. M.; ABREU, S. P. (Ed.). *EPIA 2003. LNCS (LNAI)*, Berlin, v. 2902, p. 435-444, 2003.
- GREGHI, Juliana Galvani; MARTINS Ronaldo Teixeira; NUNES, Maria das Graças Volpe. DIADORIM – A Lexical Database for Brazilian Portuguese. In: RODRÍGUEZ Manuel G.; ARAUJO, Carmem P. S. (Ed.). *International Conference on Language Resources and Evaluation LREC 2002*. Las Palmas de Gran Canaria. Proceedings of the Third International Conference on Language Resources and Evaluation. 2002. v. IV. Disponível em: <http://nilc.icmc.usp.br/nilc/download/GreghiMartinsNunes.pdf>.

MUNIZ, M.; NUNES, M. *A construção de recursos linguístico-computacionais para o português do Brasil: o projeto de Unitex-PB*. Dissertação (Mestrado em Computação) – Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2004.

SALOMON, Marta. Lula contraria TCU e libera verba para obras irregulares. *Folha de S. Paulo*, 28 jan. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2801201019.htm>. Acesso em: 1º ago. 2020.

TCU recomenda paralisação de 41 obras federais, sendo 13 do PAC. *Gazeta do Povo*, 29 set. 2009. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/tcu-recomenda-paralisacao-de-41-obras-federais-sendo-13-do-pac-bx2br56avlxebzy2g5x554mdq/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

TRIBUNAL de Contas da União foi alvo de críticas de Lula. *O Globo*, 18 abr. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/tribunal-de-contas-da-uniao-foi-alvo-de-criticas-de-lula-2794723>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo. Similaridade de textos normativos: um ensaio sobre as leis orçamentárias. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 153-166, jan./jun. 2020.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

JURISPRUDÊNCIA – INTEIRO TEOR

A seção de julgados e pareceres destina-se a divulgar decisões e manifestações relacionadas a temas relevantes para os tribunais de contas, para gestores, demais atores do sistema de controle brasileiro, para a administração pública e pesquisadores.

Como não poderia deixar de ser, a escolha dessa edição recaiu sobre o controle externo das ações públicas voltadas ao combate dos efeitos da pandemia da COVID19.

A primeira, do Tribunal de Contas da União, trata da concessão de auxílio emergencial de caráter pessoal, cuja materialidade para o Governo Federal foi estimada em mais de 68 (sessenta e oito) bilhões de reais. O TCU atua na fiscalização desse subsídio, e, no presente caso, identificou irregularidades na concessão quanto a beneficiários que não preenchem os requisitos legais para a percepção do benefício.

Vale mencionar que os tribunais de contas estaduais, após aderirem a um acordo de cooperação, também atuam no âmbito de suas competências para identificar, apurar e coibir referidas irregularidades em suas esferas de atuação.

Por fim, a segunda decisão apresenta o resultado da fiscalização concomitante do TCE do Rio Grande do Norte na contratação de EPI's pela Secretaria de Estado da Saúde, cuja atuação resultou em expressiva economia aos cofres estaduais.

Tribunal de Contas da União**ACÓRDÃO Nº 2899/2020 – TCU – Plenário**

1. Processo nº TC 036.803/2020-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão: Ministério da Cidadania; Instituto Nacional do Seguro Social.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Gestão Tributária, da Previdência e Assistência Social (SecexPrevidência).
8. Representação legal: não há
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia representação autuada pela equipe de fiscalização da Secretaria de Controle Externo da Gestão Tributária, da Previdência e da Assistência Social (SecexPrevidência) a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na concessão e manutenção do Benefício de Auxílio Emergencial e do Benefício de Auxílio Emergencial Residual, relacionadas ao cumprimento da Lei 13.982/2020 e da Medida Provisória 1.000/2020, respectivamente.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer e considerar procedente a presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal;

9.2. determinar ao Ministério da Cidadania, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução TCU 315/2020 que, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste Acórdão, proceda à revisão dos indícios de irregularidade identificadas a seguir, ou indique as providências ou os controles internos que serão adotados, conforme a sua capacidade operacional, informando os resultados a este Tribunal:

9.2.1. existência de 10.724 potenciais beneficiários do Auxílio Emergencial Residual com indício de patrimônio superior ao admitido pelas regras do programa, em desconformidade com critério do art. 1º da Medida Provisória 1000/2020;

9.2.2. existência de 321 membros de famílias que recebem o Bolsa Família em desconformidade com o conceito de pobreza e pobreza extrema conforme o art. 2º da Lei 10.836/2004;

9.3. determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução TCU 315/2020 que, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste Acórdão, proceda à revisão dos indícios de irregularidade identificadas a seguir, ou indique as providências ou os controles internos que serão adotados, conforme a sua capacidade operacional, informando os resultados a este Tribunal:

9.3.1. existência de 39 beneficiários do Benefício de Prestação Continuada com indícios de patrimônio em desconformidade com art. 20 da Lei 8.742/1993 e do art. 2º da Lei 13.982/2020;

9.3.2. existência de 17 benefícios cujos dados do instituidor de pensão são referentes a candidatos nas Eleições de 2020;

9.4. orientar a SecexPrevidência para que monitore o atendimento às deliberações dos subitens 9.2 e 9.3 no âmbito do TC 016.834/2020-8;

9.5. autorizar o compartilhamento dos cruzamentos das bases de dados com o Tribunal Superior Eleitoral para as providências cabíveis;

9.6. encaminhar cópia da presente deliberação ao Ministério da Cidadania, ao INSS e à Procuradoria-Geral Eleitoral do Ministério Público Federal;

9.7. apensar o presente processo ao TC 016.834/2020-8.

10. Ata nº 41/2020 – Plenário.

11. Data da Sessão: 28/10/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2899-41/20-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
ANA ARRAES
Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:
(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DA SECEXPREDIÊNCIA. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL. BENEFICIÁRIOS COM PATRIMÔNIO SUPERIOR A R\$ 300 MIL. BENEFICIÁRIO DO BOLSA FAMÍLIA E DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COM PATRIMÔNIO INCOMPATÍVEL COM O CONCEITO DE POBREZA. CANDIDATOS A VEREADOR E A PREFEITO NAS ELEIÇÕES DE 2020 CONSTAM COMO INSTITUIDORES DE PENSÃO POR MORTE NO INSS. DETERMINAÇÕES AO MINISTÉRIO DA CIDADANIA E AO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. MONITORAMENTO DO CUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE ACOMPANHAMENTO DE DADOS DO AUXÍLIO EMERGENCIAL (TC 016.834/2020-8). APENSAMENTO AO REFERIDO PROCESSO.

RELATÓRIO

Por registrar as principais ocorrências no andamento dos autos até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas, adoto como relatório, com os ajustes necessários, a instrução da secretária responsável pela análise do processo (peça 5), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 6 e 7):

“INTRODUÇÃO

2. Cuidam os autos de representação formulada pela equipe de fiscalização da Secretaria de Controle Externo da Gestão Tributária, da Previdência e da Assistência Social designada pela Portaria de Fiscalização 166, de 15/4/2020, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na concessão e manutenção do Benefício de Auxílio Emergencial e do Benefício de Auxílio Emergencial Residual, relacionadas ao cumprimento da Lei 13.982/2020 e da Medida Provisória 1.000/2020, respectivamente.

3. O auxílio emergencial é um benefício financeiro destinado a trabalhadores informais, Microempreendedores Individuais (MEI), autônomos e desempregados(as), e tem por objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do coronavírus – covid-19.

ADMISSIBILIDADE

4. A representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

5. Além disso, as equipes de inspeção ou de auditoria possuem legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso V do art. 237, c/c o art. 246, do RI/TCU. Ainda, conforme dispõe o art. 103, §1º, in fine, da Resolução TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade/ilegalidade, pois o indício de pagamento do auxílio emergencial a pessoas que não se enquadram nos critérios legais de concessão caracteriza desvirtuamento do benefício e da ação governamental.

6. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, §2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

7. Em cumprimento ao Despacho do Relator do TC 016.827/2020-1, Ministro Bruno Dantas, foi atuada a presente representação, para tratar da comunicação realizada pelo Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas Lucas Rocha Furtado dando ciência a este Tribunal de que fora noticiado que ‘ao menos 298 candidatos a vereador e prefeito que declararam à Justiça Federal mais de R\$ 1 milhão em bens receberam auxílio emergencial do governo’ (peças 1, 3 e 4).

8. O Subprocurador-Geral pondera que os elevados patrimônios não impediriam o recebimento do auxílio emergencial, porém questiona o porquê uma pessoa com abundantes bens necessitaria da proteção do Estado neste momento de crise que o país atravessa.

9. Por fim, o Subprocurador-Geral solicita que sejam ‘adotadas as providências para se apurar os indícios de irregularidades relatadas com a consequente identificação e responsabilização dos candidatos políticos aos cargos de vereador e prefeito que, aparentemente, receberam indevidamente o auxílio emergencial; sem prejuízo de que, em caso de comprovação das irregularidades, sejam adotadas as medidas cabíveis à apuração dos desvios no âmbito da esfera penal em respeito ao princípio da independência das instâncias.’

Metodologia

10. Os cruzamentos de dados realizados na presente representação utilizaram a Base Unificada de Pessoas e as informações qualificadas da Folha de Pagamentos do INSS, conforme metodologia descrita no TC 016.834/2020-8, referente à utilização da análise de dados no acompanhamento das medidas de resposta à crise da covid-19 nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Administração Tributária.

11. Em relação às informações do auxílio emergencial, foram utilizadas as seguintes fontes de informação:

- a) inscritos no Aplicativo da Caixa, até 2 de julho de 2020 (requerentes e membros da família declarados – Extracad);
- b) pessoas e famílias inscritas no Cadastro Único (Cadun) em 2 de abril de 2020;
- c) folhas de pagamento do Programa Bolsa Família (PBF), de abril a julho de 2020;
- d) folhas de pagamentos do auxílio emergencial (AE) de abril a julho de 2020, dos públicos Extracad, Cadun e PBF;
- e) folhas de pagamentos complementares do auxílio emergencial (AE) de maio a julho de 2020;
- f) confirmações de pagamento (operações) dos meses e públicos supracitados;

- g) informações de devoluções até 23 de junho de 2020;
 h) informações de bloqueios até 18 de junho de 2020;
 i) informações de remoções até 12 de junho de 2020;
 j) informações de cancelamentos voluntários, até 2 de junho de 2020;
 k) dados de pagamentos judiciais do AE até 8 de julho; e
 l) razões de inelegibilidade das pessoas e famílias, por público, de abril a julho de 2020, conforme avaliação dos gestores;

12. Para os cruzamentos de informação, foram utilizadas as seguintes fontes de informação:

- a) Folha de pagamentos do INSS de julho de 2020;
 b) Folha de pagamentos do Bolsa Família de julho de 2020;
 c) Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), atualizado até setembro de 2020;
 d) Cadastro de Título de Eleitor (TSE);
 e) Dados cadastrais dos candidatos e das declarações de bens obtidas do sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral em 13 de outubro de 2020.

13. Cabe acrescentar que, além de verificar a situação de candidatos que receberam o auxílio emergencial e declararam patrimônio, também foi objeto das análises nesta representação a intersecção desse grupo com o recebimento do Benefício de Prestação Continuada, do Programa Bolsa Família ou sua presença na lista de instituidores de pensão por morte do INSS.

Tipologia: Beneficiários com patrimônio superior a 300 mil reais

Situação encontrada

14. A Lei 13.982/2020 não estabeleceu restrições formais quanto ao valor do patrimônio dos beneficiários do auxílio emergencial, mas restringiu sua concessão a requerentes com renda familiar per capita até meio salário mínimo ou renda familiar total de até três salários mínimos (art. 2º, IV). A MP 1.000/2020, que instituiu o auxílio emergencial residual, por sua vez, acrescentou formalmente a vedação de concessão do benefício a requerentes com posse ou propriedade de bens e direitos, em 31/12/2019, de valor total ou superior a R\$ 300.000,00.

15. Assim, tendo em vista a conexão entre o objeto da Lei 13.982/2020 com o auxílio emergencial residual da MP 1.000/2020, as situações constatadas representam indícios de irregularidade que devem ser avaliados pelo gestor na concessão ou manutenção do auxílio emergencial residual.

16. Dessa maneira, o objetivo da tipologia é identificar os candidatos com patrimônio superior as regras previstas no auxílio emergencial residual. A Tabela 1 apresenta o resultado, no qual foram identificados 10.724 beneficiários do auxílio emergencial, que poderiam ter direito ao auxílio emergencial residual, contudo possuem patrimônio superior a 300 mil reais.

Tabela 1. Quantidade de beneficiários com patrimônio superior as regras

Patrimônio (R\$)	Quantidade
300 mil l- 500 mil	5.873
500 mil l- 750 mil	2.525
750 mil l- 1 milhão	1.006
Maior que 1 milhão	1.320
Total	10.724

Objeto no qual o achado foi constatado

17. Folha de pagamentos do auxílio emergencial de abril a julho de 2020.

Critério

18. Lei 13.982/2020, art. 2º, inciso IV, c/c Medida Provisória 1.000/2020, art. 1º, §3º, inciso VI.

Evidência

19. Lista de benefícios: TSE_CANDIDATOS_TPL_AE.txt

Tipologia: Beneficiário do BPC e Bolsa Família com patrimônio incompatível com o conceito de pobreza

Situação encontrada

20. O objetivo é identificar os candidatos que são beneficiários do Benefício de Prestação Continuada ou do Programa Bolsa Família com patrimônio incompatível com as regras de cada benefício.

21. A Tabela 2 apresenta os resultados da tipologia. Para o BPC foram identificados 39 candidatos e para o PBF 321, dos quais 67 possuem patrimônio superior a 1 milhão de reais.

Tabela 2. Quantidade de beneficiários com patrimônio incompatível

Patrimônio	BPC	PBF
500 mil l- 750 mil	21	212
750 mil l- 1 milhão	10	50
Maior que 1 milhão	8	59
Total	39	321

Objeto no qual o achado foi constatado

22. Folha de pagamentos do INSS de julho de 2020 e Folha de pagamentos do Programa Bolsa Família de julho de 2020.

Critério

23. Art. 20 da Lei 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências, e art. 2º da Lei 10.836/2004, que cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.

Evidência

24. Lista de benefícios:

a) TSE_CANDIDATOS_TPL_AE_BPC.txt

b) TSE_CANDIDATOS_TPL_PBF_BU.txt

Tipologia: Candidatos que constam como instituidores de pensão por morte no INSS**Situação encontrada**

25+ Os dados cadastrais dos candidatos e dos instituidores de pensão por morte na folha de pagamentos do INSS foram cruzados, utilizando o campo de CPF como variável chave. Foram identificados 17 registros de candidatos na base do INSS, contudo, conforme o TC 012.592/2019-6, foram identificadas diversas inconsistências cadastrais nos dados dos instituidores.

26. Na análise dos indícios, constatou-se que sete registros possuem os dados cadastrais iguais e os demais registros indicam inconsistência nas informações instituidor. Por exemplo, utilização do CPF do titular do benefício no campo do CPF do instituidor e dados diferentes para o nome e data de nascimento. Dessa maneira, os resultados devem ser encaminhados ao gestor para análise.

Objeto no qual o achado foi constatado

27. Folha de pagamentos do INSS de julho de 2020.

Critério

28. Lei 8.213/1990, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

29. IN 77 /PRES/INSS, janeiro de 2015, art. 517.

Evidência

30. Lista de benefícios: TSE_CANDIDATOS_OBITO.txt

CONCLUSÃO

31. A presente Representação avaliou o recebimento do auxílio emergencial, do Benefício de Prestação Continuada e do Programa Bolsa Família para candidatos ao cargo de vereador e prefeito com indícios de patrimônio incompatíveis com as regras ou objetivos dos programas. Ademais, também foram identificadas inconsistências nos dados cadastrais de instituidores de pensão por morte no INSS que são candidatos. Deve-se ressaltar que devido as inconsistências já identificadas nos dados cadastrais dos instituidores de pensão, TC 012.592/2019-6, não é possível afirmar, sem uma análise detalhada, que se trata de candidatos com indício de óbito.

32. Para as ocorrências identificadas no auxílio emergencial e no Programa Bolsa Família, a proposta de encaminhamento é que o Ministério da Cidadania revise os benefícios ou indique as providências ou os controles internos que serão adotados, conforme a sua capacidade operacional e informe ao TCU o resultado.

33. Para as ocorrências identificadas no Benefício de Prestação Continuada e nos dados cadastrais do instituidores, a proposta de encaminhamento é que o INSS revise os benefícios ou indique as providências ou os controles internos que serão adotados, conforme a sua capacidade operacional e informe ao TCU o resultado.

34. Para os registros com os dados iguais para o candidato e o instituidor de pensão do INSS, a proposta de encaminhamento é informar o resultado à Procuradoria-Geral Eleitoral do Ministério Público Federal, juntamente com os demais indícios encontrados na presente análise.

35. Em relação ao art. 14 da Resolução-TCU 315/2020, que dispõe que a unidade técnica deve oportunizar aos gestores a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação, dispensa-se o envio considerando que a sistemática de enviar listas de benefícios com indícios de irregularidade para esses órgãos consolidada e o volume de casos a serem revisados é proporcionalmente pequeno, considerando outras decisões recentes do TCU. Ademais, a determinação para revisão dos benefícios não vincula os gestores a, obrigatoriamente, cessar os benefícios, podendo, de forma fundamentada, apresentar as razões pelas quais determinados benefícios seriam regulares. Bem como, existe o risco de pagamento irregular devido à tempestividade para revisar as irregularidades identificadas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

36. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

Ministério da Cidadania

a) determinar ao Ministério da Cidadania, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020 que

a.1) **no prazo de 30 (trinta) dias**, a contar da ciência deste Acórdão, proceda a revisão dos indícios de irregularidade identificadas a seguir:

a.1.1) 10.724 potenciais beneficiários do auxílio emergencial residual com indício de patrimônio superior às regras do programa, em desconformidade com critério do art. 1º da MP 1000/2020;

a.1.2) 321 membros de famílias que recebem o Bolsa Família em desconformidade com o conceito de pobreza e pobreza extrema, conforme o art. 2º da Lei 10.836/2004;

Instituto Nacional do Seguro Social

b) determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020 que

b.1) **no prazo de 30 (trinta) dias**, a contar da ciência deste Acórdão, proceda a revisão dos indícios de irregularidade identificadas a seguir:

b.1.1) 39 beneficiários do Benefício de Prestação Continuada com indícios de patrimônio em desconformidade com art. 20 da Lei 8.742/1993 e do art. 2º da Lei 13.982/2020;

b.1.2) 17 benefícios cujos dados do instituidor de pensão são referentes a candidatos nas Eleições de 2020.

Providências Internas

c) encaminhar ao Ministério da Cidadania, ao INSS e à Procuradoria-Geral Eleitoral do Ministério Público Federal cópia do acórdão que vier a ser adotado pelo Tribunal, dando conhecimento que o inteiro teor do acórdão, incluindo relatórios e votos poderão ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos;

d) Nos termos do art. 8º da Resolução-TCU 315/2020, fazer constar na ata da sessão em que estes autos forem apreciados, comunicação do relator ao colegiado no sentido de:

d.1) **encaminhar** ao Ministério da Cidadania, ao INSS e à Procuradoria-Geral Eleitoral do Ministério Público Federal os indícios identificados, mencionados nos itens 'a' e 'b';

d.2) **monitorar** o atendimento às deliberações dos itens 'a' e 'b' no âmbito do TC 016.834/2020-8 (Racom de dados do auxílio emergencial);

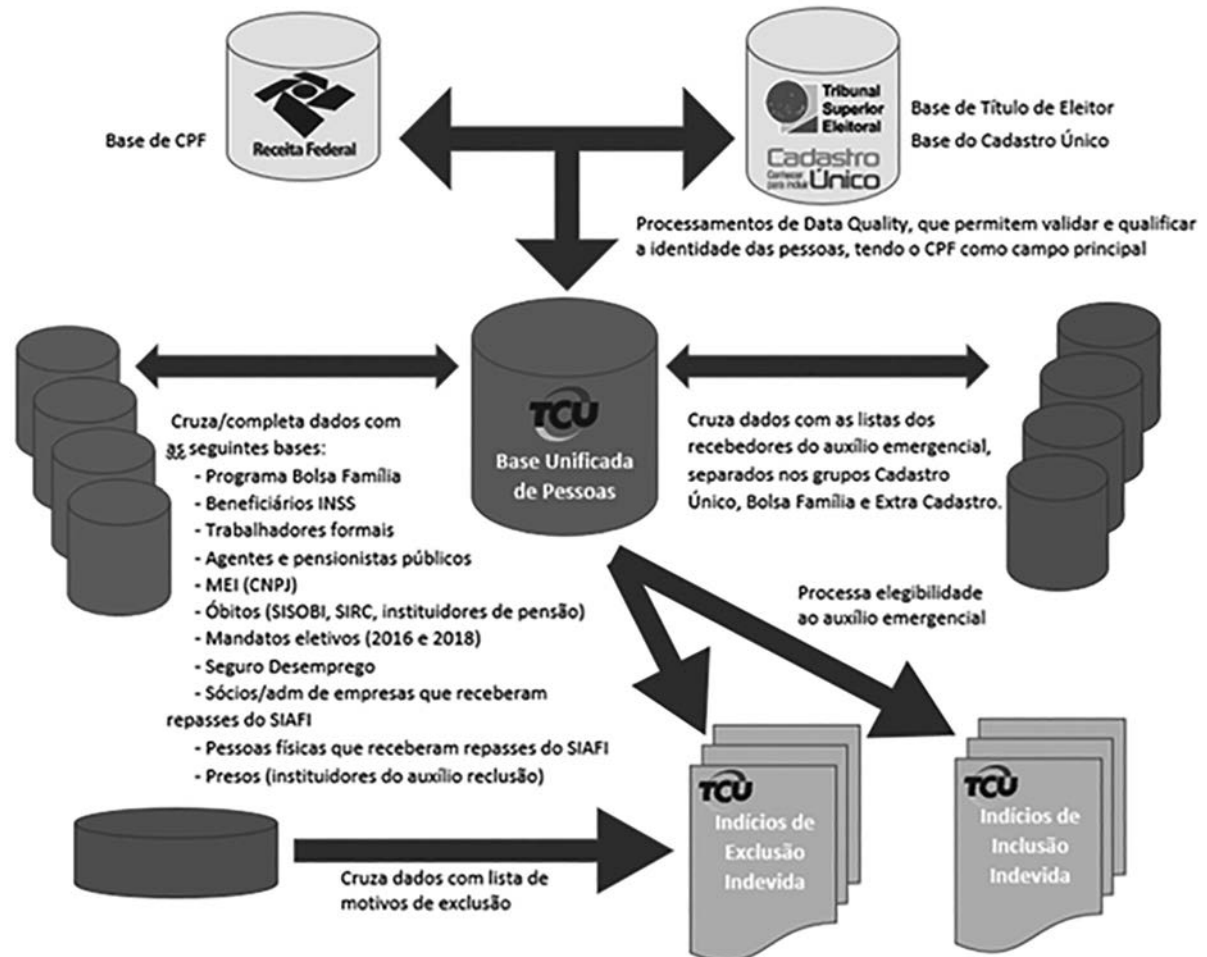
d.3) **apensar** o presente processo ao TC 016.834/2020-8".

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de representação autuada pela equipe de fiscalização da Secretaria de Controle Externo da Gestão Tributária, da Previdência e da Assistência Social (SecexPrevidência), em virtude de comunicação do Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas Lucas Rocha Furtado dando ciência a este Tribunal de que fora noticiado que *"ao menos 298 candidatos a vereador e prefeito que declararam à Justiça Federal mais de R\$ 1 milhão em bens receberam auxílio emergencial do governo"* (peça 1).

2. Em suma, o Subprocurador-Geral ponderou que os elevados patrimônios não impediriam o recebimento do auxílio emergencial, porém questionou a real necessidade de proteção do Estado a pessoa com bens tão abundantes, sobretudo neste momento de crise que o país atravessa.
3. Por meio de despacho à peça 1, reiterei meu posicionamento sobre a necessidade imperiosa de melhor focalização do público-alvo do programa emergencial, ou seja, da correta identificação e direcionamento do benefício aos que estejam realmente na condição de vulneráveis, pois são as medidas mais justas do ponto de vista social, além de terem implicações econômicas de alto significado, uma vez que os recursos ora disponíveis, diante da atual crise fiscal, são bastante escassos.
4. Sendo assim, expedi as seguintes orientações à unidade instrutora responsável (SecexPrevidência):
 - 4.1. apure os indícios de irregularidade no recebimento do auxílio emergencial por candidatos aos cargos de vereador e prefeito que apresentaram patrimônio declarado junto à Justiça Eleitoral incompatível com a necessidade de recebimento do benefício;
 - 4.2. defina eventual tipificação de irregularidade com os necessários cruzamentos com bases de dados;
 - 4.3. adote as medidas para a internalização das bases de dados necessárias para a realização de tais cruzamentos, informando a este relator eventuais obstáculos concernentes à realização deste trabalho;
 - 4.4. emita parecer conclusivo sobre quais medidas devem ser adotadas pelos órgãos competentes na eventualidade de serem verificadas as irregularidades noticiadas, até mesmo com a participação cooperativa da Justiça Eleitoral e do Ministério da Cidadania, entre outros.
5. Para dar cumprimento à orientação, a SecexPrevidência utilizou cruzamentos de dados tendo como insumo principal a Base Unificada de Pessoas e as informações qualificadas da Folha de Pagamentos do INSS, conforme metodologia descrita no TC 016.834/2020-8, de minha relatoria, referente à utilização da análise de dados no acompanhamento das medidas de resposta à crise da covid-19 nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Administração Tributária.
6. Resumidamente, a Base Unificada de Pessoas é o produto do trabalho de higienização e enriquecimento das bases de dados, realizado após etapa preliminar de entendimento do negócio e avaliação da credibilidade das informações.
7. A partir dessa base unificada, são feitas as análises apropriadas e realizados os cruzamentos de dados nas etapas seguintes, utilizando as tipologias ou trilhas de auditoria, que são as filtragens específicas para verificar se a legislação pertinente ao tema fiscalizado está sendo devidamente observada pelos responsáveis pela política pública. A figura a seguir ilustra esse processo:



8. Registro que, em caráter complementar, foi objeto de análise a intersecção do grupo dos candidatos a prefeito e a vereador com o recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC), do Programa Bolsa Família (PBF) ou sua presença na lista de instituidores de pensão por morte do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).
9. Dessa forma, as tipologias utilizadas para a presente representação foram: (i) Beneficiários com patrimônio superior a 300 mil reais; (ii) Beneficiários do BPC e Bolsa Família com patrimônio incompatível com o conceito de pobreza; e (iii) Candidatos que constam como instituidores de pensão por morte no INSS.
10. Reforço que todos os beneficiários constantes dos resultados obtidos com as mencionadas tipologias tiveram suas candidaturas registradas no Tribunal Superior Eleitoral para as eleições municipais de 2020.
11. A primeira tipologia teve como objetivo a identificação dos candidatos com patrimônio superior ao previsto nas regras do auxílio emergencial residual, instituído pela Medida Provisória 1.000/2020, a qual prevê o pagamento de até quatro parcelas mensais no valor de R\$ 300,00 ao trabalhador beneficiário do auxílio emergencial de que trata o art. 2º da Lei 13.982/2020.
12. Os resultados saltam aos olhos. Os cruzamentos realizados pelos sistemas do Tribunal indicam que 10.724 candidatos cujo patrimônio supera os R\$ 300 mil foram beneficiados com parcelas do Auxílio Emergencial. E que 1.320 candidatos cujo patrimônio soma mais de R\$ 1 milhão foram agraciados com o mesmo benefício.
13. Causa perplexidade imaginar que uma pessoa que tenha patrimônio dessa monta e, mesmo assim, se disponha a solicitar o recebimento de auxílio emergencial possa vir a ser eleito e gerir a coisa pública e a vida da comunidade.
14. Como bem pontuou a unidade instrutora, a lei instituidora não estabeleceu, inicialmente, restrições formais quanto ao valor do patrimônio dos beneficiários do auxílio emergencial. Apenas limitou sua concessão a requerentes com renda familiar *per capita* de até meio salário mínimo ou renda familiar total de até três salários mínimos. Todavia, a MP 1.000/2020 corrigiu essa falha de controle, no inciso VI do §3º do artigo 1º:

“§3º O auxílio emergencial residual **não será devido** ao trabalhador beneficiário que:
(...)

VI - tinha, em 31 de dezembro de 2019, a posse ou a propriedade de bens ou direitos, incluída a terra nua, de valor total superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)”.

15. Ou seja, os beneficiários identificados por essa tipologia constituem potenciais integrantes do rol de inclusões indevidas do auxílio emergencial, razão pela qual aquiesço à proposta de determinação para que o Ministério da Cidadania revise os benefícios ou indique as providências ou os controles internos que serão adotados, conforme a sua capacidade operacional, informando os resultados a este Tribunal.
16. O mesmo encaminhamento se adequa aos 321 beneficiários do Programa Bolsa Família com patrimônio declarado acima de R\$ 500 mil, haja vista a condição de pobreza, requisito para recebimento do benefício (art. 2º da Lei 10.836/2004), ser incompatível com tamanha magnitude de bens e haveres em posse do favorecido do programa.
17. De forma análoga, considero apropriada a proposta da unidade instrutora no sentido de determinar ao INSS a verificação da adequação do recebimento do Benefício de Prestação Continuada aos 39 cidadãos que possuem patrimônio declarado superior a R\$ 500 mil.
18. Com efeito, esse benefício somente é devido a pessoas com deficiência e aos idosos com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, condição positivada no art. 20 da Lei 8.742/1993, e que é, de fato, potencialmente conflitante com a propriedade de valores dessa monta.
19. Por fim, merecem revisão por parte do Instituto Nacional do Seguro Social os 17 benefícios identificados após cruzamento dos dados cadastrais dos postulantes aos cargos públicos municipais deste ano e dos instituidores de pensão por morte na folha de pagamentos do INSS. Ressalto, contudo, a necessidade de verificação das inconsistências cadastrais nos dados dos instituidores, detectadas no âmbito do TC 012.592/2019-6, de minha relatoria e que tratou de acompanhamento da folha de pagamento de benefícios previdenciários concedidos pelo INSS.
20. Ainda, a SecexPrevidência reputa dispensável a oportunidade aos gestores para apresentação de comentários sobre as propostas de determinação, haja vista o baixo volume de casos a serem revisados, bem como o fato de que o teor das determinações não enseja necessariamente a suspensão dos benefícios, permitindo, por exemplo, que sejam apresentadas justificativas coerentes para sua concessão.
21. Sendo assim, considero suficientes, por ora, as tratativas empreendidas para solucionar as irregularidades aventadas, reiterando minha aquiescência integral às propostas formuladas pela unidade instrutora, com acréscimo apenas de autorização para o compartilhamento com o Tribunal Superior Eleitoral dos cruzamentos das bases de dados obtidas para as providências cabíveis.
22. Impende pontuar que o TC 016.834/2020-8, de minha relatoria, cuida de Relatório de Acompanhamento de dados relacionados às ações de combate à covid-19 nas áreas de Assistência Social, Previdência Social e Gestão Tributária, e se vale precipuamente de técnicas de análise e cruzamento de dados com intenção de investigar a execução dos programas de governo, especialmente o auxílio emergencial.
23. Isso posto, tendo em vista a estreita conexão e o escopo mais amplo do TC 016.834/2020-8, a unidade instrutora propõe o apensamento ao referido processo, bem assim que sugere que os desdobramentos dos indícios de irregularidades identificados sejam apurados e o monitoramento do atendimento às deliberações seja realizado naqueles autos, posição com a qual manifesto a minha anuência.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de outubro de 2020.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

Processo Nº 002901/2020 – TC (002901/2020-TC)

Assunto: ACOMPANHAMENTO DA CONTRATAÇÃO DE EPIS PELA SESAP/RN, DESTINADA AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO COVID-19.

Relator: Cons. ANTÔNIO GILBERTO DE OLIVEIRA JALES

ACÓRDÃO No. 201/2020 – TC

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. PROCEDIMENTO DE ACOMPANHAMENTO. CONTRATAÇÃO DE EPI'S PELA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE PÚBLICA PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). ACÓRDÃO Nº 80/2020-TC QUE INDEFERIU DETERMINAÇÃO CAUTELAR PARA RETENÇÃO PARCIAL DE PAGAMENTO REFERENTE À AQUISIÇÃO DE LUVAS NÃO CIRÚRGICAS E FIXOU RECOMENDAÇÕES À SESAP. REALIZAÇÃO DE NOVA CONTRATAÇÃO DE LUVAS COM ECONOMIA AOS COFRES PÚBLICOS. EXAURIMENTO DO OBJETIVO DA FISCALIZAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de processo decorrente da atuação fiscalizatória concomitante deflagrada no âmbito deste Tribunal de Contas para acompanhamento das ações administrativas adotadas pelo Estado do Rio Grande do Norte visando ao enfrentamento da pandemia decorrente do novo Coronavírus (COVID-19).

A ação fiscalizatória em epígrafe está contemplada na dimensão atuação concomitante do Plano de Fiscalização Anual 2020/2021 deste Tribunal de Contas, sendo realizada pela Diretoria de Administração Direta (DAD).

No presente caso, o acompanhamento tem por objeto as contratações realizadas por meio de cinco dispensas de licitação, com fundamento no art. 4º da Lei nº 13.979/2020 para aquisição de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), atinentes a luvas para procedimento não cirúrgico, macacão de segurança e aventais cirúrgicos, destinados a atender as necessidades da rede estadual de saúde durante o enfrentamento ao novo Coronavírus (COVID-19), objeto do Processo Administrativo Eletrônico nº 00610194.000027/2020-55 (SE11).

De início, a comissão técnica apresentou Relatório de Acompanhamento com a análise dos aspectos atinentes aos procedimentos executados, com proposição de encaminhamentos de natureza diligencial e recomendatória. (eventos 04 a 07)

Objetivamente, suscitaram-se os seguintes pontos:

- 1) No tocante à justificativa do preço da contratação das luvas com a empresa DENTALMED, subsistência de aparente incompatibilidade do valor (ao custo de R\$ 0,55 o valor unitário da luva) com os preços praticados no mercado, apurados na pesquisa (R\$0,36 os tamanhos pequeno e médio e R\$ 0,45 o tamanho grande), a gerar um custo a maior de R\$ 1.435.520,00;
- 2) Necessidade da demonstração e justificativa dos quantitativos contratados, considerando que a presunção albergada no art. 4º-B, IV, da Lei nº 13.979/2020 é apenas relativa;
- 3) Ausência da declaração de cumprimento do cumprimento ao art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, cuja obrigatoriedade esta estabelecida no art. 4º-F da Lei nº 13.979/2020.

Com o recebimento do processo, ratifiquei a atuação do feito como caráter seletivo e prioritário, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Resolução nº 009/2011-TC, e determinei a notificação da Secretaria Estadual de Saúde Pública para manifestação (evento 11).

Seguindo o trâmite regular, sobreveio o segundo relatório de acompanhamento, com o aprofundamento da análise anterior e concluindo com a proposição de medidas a serem observadas pela SESAP, inclusive em caráter cautelar. (eventos 24 e 25)

Em apertada síntese, a unidade técnica registrou que o Secretário da SESAP determinou o imediato cancelamento da aquisição dos itens referentes a luvas para procedimentos não cirúrgicos com a empresa DENTALMED, sendo instaurado novo procedimento administrativo para aquisição daquele específico equipamento. Ressaltou-se que, apesar do cancelamento da contratação, houve o cumprimento parcial do pactuado, a ensejar o pagamento à contratada de R\$ 671.000,00 (seiscentos e setenta e um mil reais), dos quais R\$ 213.450,00 (duzentos e treze mil quatrocentos e cinquenta reais) seriam indevidos porque contratados em valor acima ao de mercado sem a devida justificativa.

Quanto ao novo procedimento de dispensa de licitação para aquisição de luvas, a comissão técnica apontou àquela altura que, apesar de pertinente a decisão do Secretário, as medidas até então adotadas quanto à pesquisa de preços indicariam possível desacerto para a contratação mais vantajosa para a Administração.

Ressaltou-se, ainda, a necessidade de que a SESAP instrua os processos de contratação pública com a justificativa fundamentada que demonstre como foram definidos os quantitativos requisitados, incluindo nos autos as respectivas memórias de cálculo.

E, finalmente, em relação às declarações que se encontravam faltantes nos procedimentos de contratação, constatou-se que foram anexadas ao processo, corrigindo-se a fragilidade.

Diante da subsistência do pleito cautelar, encaminhei o processo para oitiva do Ministério Público de Contas que emitiu o Parecer nº 411/2020, manifestando o entendimento pelo indeferimento da medida cautelar ventilada e, de resto, pela emissão de recomendação em torno dos apontamentos paralelamente arguidos pela Diretoria Técnica.

Em 21 de julho passado, submeti o presente processo à apreciação deste Pleno, apresentando voto pela rejeição da medida cautelar proposta e fixação de recomendações à SESAP, o que foi acolhido à unanimidade nos termos do Acórdão nº 80/2020-TC, com a seguinte dicção:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. PROCEDIMENTO DE ACOMPANHAMENTO. CONTRATAÇÃO DE EPI'S PELA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE PÚBLICA PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). ANÁLISE DOS ENCAMINHAMENTOS PROPOSTOS PELA COMISSÃO TÉCNICA DE FISCALIZAÇÃO. DETERMINAÇÃO CAUTELAR PARA RETENÇÃO PARCIAL DE PAGAMENTO REFERENTE À AQUISIÇÃO DE LUVAS NÃO CIRÚRGICAS. ALEGAÇÃO DE SOBREPÊÇO IRREGULAR NÃO CONFIGURADA À LUZ DO ART. 4º-E, §3º, DA LEI 13.979/2020. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE FUMUS BONI IURIS. INDEFERIMENTO. APONTAMENTOS RELATIVOS À AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE DO NOVO CERTAME PARA AQUISIÇÃO DO MESMO PRODUTO, APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA DE QUANTITATIVOS E COBRANÇA DE DECLARAÇÃO EXIGIDA POR LEI (ART. 4º-F, LEI 13.979/2020). CARÁTER COLABORATIVO DO ÓRGÃO DE CONTROLE ATENDIDO, NESTE MOMENTO, MEDIANTE RECOMENDAÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos decorrente da atuação fiscalizatória concomitante deflagrada no âmbito deste Tribunal de Contas para acompanhamento das ações administrativas adotadas pelo Estado do Rio Grande do Norte visando ao enfrentamento da pandemia decorrente do novo Coronavírus (COVID-19), concordando em parte com o Relatório de Acompanhamento e integralmente com a conclusão do Parecer Ministerial junto a esta Corte, ACORDAM os Conselheiros, nos termos do voto proferido pelo Conselheiro Relator, julgar:

- a) pelo INDEFERIMENTO da determinação cautelar pleiteada pela comissão técnica de fiscalização, sem prejuízo de evidenciar o efetivo resultado obtido com a tempestiva atuação desta equipe, ao alertar a SESAP da possibilidade de adquirir as luvas para procedimentos não cirúrgicos com melhor preço, a resultar no cancelamento voluntário da contratação então subsistente com a DENTALMED;
- b) pela RECOMENDAÇÃO à SESAP para que observe os aspectos destacados no segundo Relatório de Acompanhamento, notadamente quanto a:
 - b.1) medidas para ampliar a competitividade nos certames de contratações relacionados relacionadas ao enfrentamento da COVID-19;
 - b.2) apresentação de parâmetro e, sempre que possível, de justificativa fundamentada, que demonstre como foram definidos os quantitativos requisitados;
 - b.3) observar a necessidade de que as empresas contratadas apresentem a declaração relativa ao não emprego de menores de 18 (dezoito) anos em trabalho noturno, perigoso e insalubre, de que trata o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, e conforme exige o art. 4º-F da Lei 13.979/2020. (Destaque acrescido)

Após a intimação da SESAP, a DAD emitiu análise conclusiva através do Relatório de Acompanhamento nº 013/DAD (evento 70). Na ocasião, observou que, diante do entendimento manifestado no Acórdão nº 80/2020, remanesceram somente recomendações à SESAP, “de modo que seu cumprimento pode ser objeto de acompanhamento por esta Diretoria a partir do exame de contratações futuras realizadas pela secretaria”, inclusive em processo autônomo. Destacou, ainda, a atuação exitosa do acompanhamento realizado, com economia gerada aos cofres públicos, considerando o cenário da nova contratação realizada. Propôs, como encaminhamento, o arquivamento do processo, haja vista o cumprimento do objetivo para o qual foi constituído.

Instado a se pronunciar, o Procurador Geral do Ministério Público de Contas emitiu pronunciamento corroborando a proposta de arquivamento, em razão do “irreversível esgotamento meritório do procedimento de acompanhamento em realce” (Parecer nº 694/2020-PG – evento 77)

É o que importa relatar.

VOTO

Submeto a este Pleno a proposta de arquivamento deste processo, em razão do exaurimento do seu objeto, mas não sem antes destacar o quanto relevante a atuação fiscalizatória de acompanhamento aqui encartada.

O procedimento de acompanhamento está prevista na Lei Orgânica deste Tribunal de Contas como instrumento de fiscalização e disciplinado no Regimento Interno com o propósito, dentre outros, de examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial⁴. Foi o que se verificou no presente caso concreto.

O contexto da pandemia da COVID-19 e o estado emergencial de saúde dela decorrente obrigou todas as instâncias governamentais – federal, estaduais e municipais – a adotarem de forma imediata providências visando a minimizar o impacto da doença na coletividade.

Desafiador para a governança pública quanto à escolha das medidas e caminhos a percorrer, como também aos órgãos de controle externo na busca do equilíbrio da atuação presente mas não interventiva, colaborativa mas sem substituir a titularidade das decisões da gestão pública.

Com este espírito, tomei a condução do presente processo, fortalecida pela adesão deste Pleno quando da apreciação da medida cautelar, que restou indeferida, sem prejuízo da fixação de recomendações à Secretaria de Estado de Saúde Pública.

Os desdobramentos, após àquela decisão, vieram noticiados do Relatório de Acompanhamento conclusivo, que entendo relevante aqui transcrever:

27. (...) ao examinar o novo procedimento para aquisição de luvas para procedimento não cirúrgico (Processo nº 00610002.003089/2020-29), esta unidade técnica, ainda que de forma preliminar, verificou que a SESAP readequou o quantitativo de itens a serem adquiridos, assim como conseguiu comprar luvas por valores inferiores do que os previstos na primeira aquisição.

28. No que se refere à readequação dos quantitativos de luvas, verificou-se que a SESAP, considerando a quantidade média de abastecimento nos meses de março, abril e maio, realizou nova estimativa dos quantitativos necessários para 90 dias, o que gerou uma redução no total de luvas para aquisição.

29. Sobre esse ponto, importa registrar que, caso a secretaria tivesse mantido o contrato firmado com a DENTALMED, mesmo abatendo-se os quantitativos de luvas já fornecidos pela empresa, ainda restariam ser entregues 2.552.000 luvas no tamanho G, 4.220.000 no M e 932.000 no tamanho P, totalizando 7.704.000 luvas a serem liquidadas e pagas pela secretaria.

30. No entanto, após o cancelamento da contratação com a referida empresa, foram reestimados os itens necessários, tendo a secretaria previsto para a nova aquisição os seguintes quantitativos: 1.524.900 luvas no tamanho G, 2.385.000 luvas no tamanho M e 1.584.600 no P, totalizando 5.494.500 unidades, o que resultou na redução do total de luvas necessárias em 2.209.500 unidades, em comparação com a primeira contratação. (...)

31. Portanto, somente com o ajuste dos quantitativos, pode-se inferir que houve uma redução da despesa pública com luvas na ordem de R\$ 1.215.225,00, (um milhão, duzentos e quinze mil e duzentos e vinte cinco reais), uma vez que, caso a contratação com a DENTALMED não tivesse sido cancelada, a SESAP pagaria esse valor, conforme previsto no acordo inicial com empresa, pela compra das 2.209.500 unidades de luvas, no preço unitário de R\$ 0,55.

(...)

33. No que se refere à compra de luvas por valores mais atrativos, observou-se no novo processo de aquisição (Processo nº 00610002.003089/2020-29) que a SESAP, considerando a atual previsão dos quantitativos, firmou contrato com a empresa F WILTON CAVALCANTE MONTEIRO EIRELI4 para o fornecimento de 1.524.900 luvas no tamanho G por preço unitário de R\$ 0,46; 2.385.000 luvas no tamanho M pelo valor unitário de R\$ 0,44 e 1.584.600 no tamanho P ao custo de R\$ 0,42 cada unidade, totalizando a contratação a importância de R\$ 2.416.386,00 (dois milhões, quatrocentos e dezesseis mil e trezentos e oitenta e seis reais).

34. Para fins de comparação, caso a SESAP tivesse mantido o acordo com a DENTALMED, ainda que tivesse feito o ajuste no quantitativo de itens, a despesa custaria aos cofres do RN a soma de R\$ 3.021.975,00. Ou seja, uma diferença de R\$ 605.589,00, em desfavor do erário, haja vista que o preço unitário da luva cobrado pela DENTALMED é R\$ 0,55 independentemente do tamanho deste EPI. (Grifos acrescidos)

Isso significa, pois, que a atualização fiscalizatória realizada no presente processo gerou uma economia que pode ser estimada em R\$ 1.820.814,00 (um milhão, oitocentos e vinte mil, oitocentos e catorze reais), com os ajustes dos quantitativos e a adequação do preço, ou seja, redução de 37% do valor original da contratação, estimada em R\$ 4.908.200,00.

Assim, está muito bem evidenciado o êxito do presente processo e o exaurimento do seu objetivo, sendo certo que, como bem destacado pela equipe técnica, as recomendações exaradas por este Pleno no Acórdão nº 80/2020-TC poderão ter seu cumprimento monitorado em procedimentos futuros, caso se verifique tal necessidade.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, acolhendo a proposição da Diretoria de Administração Direta e em consonância com o parecer ministerial, VOTO pelo arquivamento do presente processo, nos termos do art. 209, V, do Regimento Interno.

Conselheiro Antônio Gilberto de Oliveira Jales
Relator

Instruções aos autores

A revista Controle Externo recebe de autores artigos, ensaios e resenhas. As seções jurisprudência, pareceres e decisões são editadas exclusivamente pela equipe editorial. Alguns trabalhos presentes nas edições podem ser resultado de convites encaminhados a especialistas, em função de sua notória competência e excelência acadêmica na área. Neste caso, os trabalhos tramitam pelos procedimentos de avaliação e edição, sob responsabilidade dos editores.

Podem submeter textos à avaliação da *Controle Externo – Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás* doutores, doutorandos, mestres, mestrandos e especialistas. A contribuição deve ser original e inédita, e não pode estar sendo avaliada para publicação por outra revista.

São admitidas versões modificadas de artigos que já tenham sido publicados em anais de congressos científicos ou outros eventos. Nesses casos, os textos devem trazer uma nota de rodapé inicial com informações contendo o nome do evento, cidade e ano de sua realização.

Os artigos devem apresentar: a) caráter opinativo/reflexivo; b) discussões e resultados oriundos de pesquisa teórica ou empírica; c) revisão bibliográfica – desde que se vincule ao estado da arte que constitua efetivamente uma contribuição original ao campo de estudos sobre Controle Externo. Devem ter o mínimo de 30 mil e o máximo de 50 mil caracteres (com espaços), incluindo títulos, resumos e referências. Título e resumo devem ter versão em inglês incluída no texto. A extensão das referências dos trabalhos não deve ser superior a duas páginas, com exceção para os casos em que leis, normas, portarias, decretos e jurisprudência sejam utilizados como corpus de análise e estes constem na lista de referências. Necessariamente devem ser enviados sem indicação de autoria ou qualquer referência à instituição de ensino de vinculação ou local de trabalho.

As resenhas devem ser de obras publicadas, reeditadas, no presente ano ou no ano anterior à publicação da edição em andamento. A revista aceita resenhas de obras clássicas nas áreas de conhecimento integrantes do escopo da publicação. Resenhas não devem conter resumo e palavras-chave. Após o título da resenha (que também deve ser traduzido para inglês, e ser diferente do título da obra resenhada), deverá constar referência completa do livro, tese ou dissertação (SOBRENOME, Nome do autor. Título. Cidade: Editora, ano. número de páginas). As resenhas devem ter entre três e cinco páginas.

Os ensaios de caráter crítico sobre uma questão ou tema que apresente posicionamento e reflexões do autor podem ter até 30 mil caracteres (com espaços), incluindo títulos, resumos e referências. Título e resumo devem ter versão em inglês incluída no texto. É essencial que o texto seja construído a partir de questionamentos, críticas, experimentações e ponderações do autor sobre o tema.

A submissão deve ser realizada diretamente pelo autor no site da Revista, após o preenchimento do cadastro. Para mais informações acesse a seção Sobre da Revista. <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/information/authors>

Se o texto foi produzido por mais de um autor, o responsável pela submissão deverá cadastrar os demais membros no campo solicitado pelo sistema da revista.

Artigos e ensaios devem ser apresentados (formatados) de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 e NBR 6023/2002 e 2018) e conforme o *template* disponível no *site* da revista,

em <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context>. Imagens ou ilustrações devem vir em resolução mínima de 300 dpi para garantir a qualidade na reprodução impressa.

Esta obra foi composta na fonte Frankfurt, corpo 10 e impressa em papel Offset 90g (miolo) e Supremo 250g (capa) pela Laser Plus Gráfica, em Belo Horizonte/MG.