

AUTORES

Ana Claudia Santano*

anaclaudiasantano@
yahoo.com.br

Luiz Alberto Blanchet**

Blanchet@
blanchet.adv.br

* Pós-doutoranda
em Direito Público
Econômico pela Pontifícia
Universidade Católica do
Paraná

** Professor titular e
do programa de pós-
graduação de Direito
Administrativo da
Pontifícia Universidade
Católica do Paraná

As oportunidades para a prática de corrupção administrativa oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro: uma visão crítica

Las oportunidades para la corrupción administrativa ofrecidas por el ordenamiento jurídico brasileño: una visión crítica

The opportunities for administrative corruption practices offered by the Brazilian Legal system: a critical view

RESUMO

Com o aumento do interesse por parte da academia em abordar o tema da corrupção, é importante avançar no sentido de verificar os facilitadores dessa prática na seara administrativa. A hipótese principal é a de que o próprio Direito cria oportunidades para a corrupção em lugar de combatê-la. A partir de uma análise bibliográfica crítica, tenta-se demonstrar que a legislação referente à contratação pública favorece práticas corruptas, por meio de um exame dos custos e benefícios, avaliando o grau de favorecimento que a própria lei concede aos agentes que pretendem praticar atos de corrupção.

RESUMEN

Con el aumento del interés por parte de la academia de abordar el tema de la corrupción, es importante avanzar en el sentido de verificar los factores que facilitan dicha práctica en la esfera administrativa. La principal hipótesis es que el propio Derecho crea oportunidades para la corrupción en el lugar de combatirla. A partir de un análisis bibliográfico crítico, se intenta demostrar que la legislación que se refiere a la contratación pública favorece prácticas corruptas, por medio de un examen de los costes y de los beneficios, evaluando el grado de favorecimiento que la propia ley concede a los agentes que pretenden actuar de esta manera.

ABSTRACT

With the growth of interests by the academy in the study corruption, it is important to move forward towards the verification of facilitating sources in the legal framework in the administrative field. The main hypothesis is the same Law can create opportunities to the corruption, instead of fighting against it. Through a critical bibliographic analysis, it is intended to demonstrate that the legislation about public procurement favors corrupt practices, through an exam of costs and benefits, evaluation the level of its favoritism given by the same law to the eventually corrupt agents.

1. A corrupção e as políticas públicas

É cediço que a tarefa do Estado em elaborar, formular e executar políticas públicas é de alta complexidade. Não só isto. Este processo passa por um longo caminho até a sua concretização, sofrendo a interferência de vários atores sociais e políticos para que se alcance um resultado final. O fato é que, se tomar decisões na esfera privada já costuma ser bastante complicado, isto é amplificado em muitas vezes quando a decisão deve ser tomada na esfera pública. As reformas ou as mudanças “das coisas” sempre são recebidas com reações – positivas ou negativas – motivadas por paixões, por ideologias, por posições diversas, de atores diversos, de instituições diversas. Todo este universo compõe uma rede muito densa de conexões, e todo este universo deve ser observado pelo Estado durante o processo de desenvolvimento de uma política pública (Dente e Subirats, 2014: 15).

Esta interação de agentes na elaboração, formulação e execução de políticas públicas – que a princípio é algo extremamente saudável e que contribui para uma maior legitimidade das decisões estatais – também inclui a participação de atores não tão bem intencionados, motivados por interesses pessoais, particularistas e pouco republicanos. Neste enredado cenário de dinâmica social, o Estado deve tomar providências para evitar que estas políticas públicas sejam um mero objeto para a consecução de interesses que não tenham como fim último um interesse coletivo, mas que, basicamente, buscam se utilizar da estrutura pública do Estado para a obtenção de objetivos individuais, em uma clara diluição da fronteira entre a esfera pública e privada. Se existe a prática de um ato de corrupção durante a elaboração, formulação e execução de uma política pública, não importa se as fases anteriores foram bem realizadas, já que muito provavelmente toda a política pública será questionada, quando não anulada ou eliminada, por mais efeitos positivos tenha produzido na sociedade, mesmo que contando com a presença do vício da corrupção.

Uma das medidas mais utilizadas pelo Estado no controle da corrupção nas políticas públicas é a aprovação de normas que se destinam ao controle dos procedimentos que forçosamente devem ser adotados durante o processo. Ou seja, a burocracia é adotada como um meio de controle dos atos da Administração Pública, de seus preceitos e de seus resultados, junto com um conjunto legislativo que condicione aos atores envolvidos a obedecer as regras impostas. Tais instrumentos legais que visam regular o comportamento dos agentes costumam aplicar a lógica econômica¹ sobre os possíveis corruptos, diminuindo incentivos, dificultado a prática de atos de corrupção, bem como aumentando as vantagens de se cumprir as normas vigentes.

Contudo, novamente se percebe a enorme distancia entre a teoria e a realidade. Embora o Direito se mova ao redor de dois eixos, sendo um da punição e outro da recompensa com notória preponderância do primeiro e o fazendo como uma ordem coercitiva (Kelsen, 1995: 24 – 25), o fato é que muitos dos cidadãos não condicionam o seu comportamento devido à existência de uma norma que os puna². Ainda mais quando o próprio Direito oferece vantagens para a sua não observação, uma vez que a norma pode não “compensar” o agente pelo seu cumprimento, ou a norma pode produzir outras lacunas capazes de gerar novas formas de práticas ilícitas que, por sua vez, ainda não foram previstas pelo Direito ou, inclusive, pode dificultar tanto o seu cumprimento, a ponto de que os custos de se comportar de maneira lícita sejam muito mais altos do que os atalhos oferecidos pelo ato de corrupção. Neste último caso, poder-se-ia afirmar que o risco de ser flagrado cometendo um ato de corrupção compensaria, frente à dificuldade de estar agindo conforme o Direito.

É aqui que reside a hipótese sobre o Direito ser uma fonte de corrupção, em uma clara contradição de coibi-la ou eliminá-la. Sabe-se que o modelo burocrático foi pensado como uma forma de controle dos atos da Administração, sendo que realmente, em muitos casos, se bem dosada, o resultado deste controle é essencial para o bom funcionamento do Estado. Contudo, no contexto

PALAVRAS CHAVE

Análise econômica do Direito; serviço público; interesse público; desenvolvimento; políticas públicas

PALABRAS CLAVE

Análisis económico del Derecho; servicio público; interés público; desarrollo; políticas públicas

KEYWORDS

Economical analysis of Law; public service; public interest; development; public policies

Recibido:
15.12.2014

Aceptado:
25.02.2015

brasileiro se verifica a existência exacerbada de leis, decretos, regulamentos, resoluções, todos aprovados ou revogados diariamente por todas as esferas da Administração Pública, em todos os seus níveis, perfazendo um panorama bastante complicado para um cidadão com espírito público e que se esforça para obedecer à lei à risca. Além dos outros elementos que colaboram diretamente para a permanência da prática de atos de corrupção, o Direito que privilegia as formas burocráticas, privilegiando formas a conteúdos, tem o condão de desmotivar a observância de procedimentos tanto por parte do beneficiário da política pública, como também pelo contratante com o Estado, pelos funcionários públicos envolvidos nas diversas fases destas operações, ou mesmo pode, inclusive, criar outras oportunidades para vantagens extras, outras ocasiões onde será possível cobrar uma nova propina, fraudar uma licitação, formar um cartel, desvirtuar o objeto da contratação, e tantas outras possibilidades.

Ou seja, o campo das políticas públicas é muito atraente para a corrupção. Embora se reconheça que a burocracia é fundamental para a boa execução de políticas públicas e a eficiência da máquina pública, a realidade parece ser outra, produzindo um resultado distinto. O governo pode ser acusado de outorgar serviços escassos a pessoas e empresas privadas que cumprem certos critérios legais em lugar de estarem dispostos a pagar por esse serviço, reduzindo o mercado. Os funcionários públicos podem ter poucos incentivos para realizar o seu trabalho da melhor forma possível, considerando as escalas salariais do funcionalismo público e o nível de controle interno. Eles podem impor barreiras para a prorrogação de serviços ou mesmo travas, fazendo com que subornos atuem como pagamentos extras que, por sua vez, formam incentivos para a realização do serviço. Quem é alcançado por políticas regulatórias, tenta reduzir os custos que lhes são impostos pelo governo em forma de impostos, pagamento de aduanas e normas administrativas por meio de subornos. Ou mesmo os negócios ilegais, frequentemente, compram vantagens corruptas ao Estado, podendo chegar a casos extremos, quando os líderes do crime organizado e dos negócios ilegais dominam a política e outros setores do Estado por meio da corrupção e da intimidação. Os subornos, nesse caso, permitem a existência da prática delitiva

(Rose-Ackerman, 2001: 11 – 12). Estes são alguns casos de como a corrupção interage com as políticas públicas, sejam estas de tipo distributivo, regulatório, redistributivo ou constitutivo, utilizando a tipologia de Lowi (1964: 677 e ss).

Além disso, a corrupção também representa um custo, não só para a democracia propriamente dita, mas para o próprio desenvolvimento do país. A presença do tráfico de influência e da lavagem de dinheiro termina sendo um impedimento para reformas sociais e projetos de políticas públicas necessários para atacar os males do Brasil (Santano, 2015: 23 – 138).

Desde já se adverte que, ao tratar de corrupção, não se pode cair na tentação de avaliá-la com a pretensão de eliminá-la. É ilusório ter como meta a extinção da corrupção, embora a burocracia bem elaborada e mensurada possa colaborar sobremaneira nesta tarefa. A corrupção ocorre unicamente porque o indivíduo decidiu praticar uma conduta corrupta (Brooks, 1978: 59), independentemente do seu entorno, e é justamente por isso que sempre haverá corrupção. Não é possível construir um sistema de controle eficaz ao extremo para impedir que um indivíduo tome a decisão de se corromper. Tal sistema é muito mais eficaz quando é interno ao indivíduo do que somente externo (Laporta, 1997: 28). No entanto, um enfoque estritamente jurídico da corrupção, que a reduza à mera cleptocracia ou a “criminalidade” dos governos, é inadequado para captar toda a sua verdadeira dimensão sociológica e moral, bem como as suas implicações para o sistema político³.

É importante destacar a ideia de que é corrupta a ação que alguém produz para obter algo, e que, portanto, traia os seus princípios a favor de quem proporciona o benefício, danificando ou distorcendo o interesse público, não sendo estritamente necessário que a conduta esteja tipificada em lei de caráter penal⁴. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a corrupção administrativa (que está diretamente ligada com as políticas públicas) implica na compra e venda de decisões políticas, por benefícios ou interesses privados. De modo geral, forma-se uma classe geral de abusos e violações do interesse público. Já de modo estrito, esse tipo de corrupção se manifesta quando um funcionário público, agindo em consciência da

sua função oficial, envolve-se em uma transação que beneficia interesses impróprios, notadamente privados⁵.

Portanto, dentro de uma conceitualização econômica para a corrupção – na qual o agente fará um exame entre os custos e os benefícios de se praticar o ilícito – é que se propõe a verificação sobre se o Direito é também uma das fontes desse fenômeno.

2. A conturbada relação entre a burocracia, contratação pública e corrupção

A hipótese principal deste trabalho é que o próprio Direito – pensado para combater a corrupção – pode incentivá-la. Trata-se de um sistema legal elaborado de forma a canalizar e favorecer práticas corruptas, sendo isto percebido quando se deixa de analisar os culpados pela corrupção para observar as causas que ensejam a sua presença⁶.

O conceito de burocracia é multifacetário. Refere-se a uma administração eficiente, impessoal e sob controle. Ela resulta em uma estrutura impessoal e dirigente, responsável pela condução de atividades coletivas (Motta, 1981: 7). Sabe-se de sua conotação negativa que reflete os problemas e os defeitos de um sistema burocrático, estigmatizado por disfunções (Motta & Bresser-Pereira, 2004: 6). A noção clássica de administração burocrática se traduz no domínio da impessoalidade formalista, o exercício do poder estatal público sem paixão ou ódio, subordinada somente à pressão do estrito dever igual para todos que se encontrem em igualdade de condições (Weber, 1994: 147). Ou seja, é o princípio da impessoalidade posto em prática.

Assim, a atuação burocrática ideal visa o alcance da eficiência e a não ocorrência de arbitrariedades, com objetividade e neutralidade, garantindo a igualdade (Zago, 2001: 385). As organizações burocráticas são fundamentalmente formais, impessoais e dirigidas por administradores profissionais que devem controlá-las de forma cada vez mais ampla

(Motta & Bresser-Pereira, 2004: 14). Esta visão vem sendo tida como ilusória atualmente (Crozier, 1981: 260), embora se reconheça as conquistas da implantação de um modelo burocrático no Estado⁷, sem as quais não seria possível obter um concreto desenvolvimento econômico ou social (Motta & Bresser-Pereira, 2004: 18, 31).

É natural – e quase inevitável – que o aumento do controle da corrupção aumente a burocracia. Porém, o que se deve ter em mente é que, se a corrupção é nociva e é um fator de subdesenvolvimento, a burocracia também é (Montoro, 2012: 26 – 27). A burocracia na contratação pública, muitas vezes, não dá a opção para que agentes privados de fora da Administração Pública não se envolvam com atos de corrupção. Embora se saiba que políticas anticorrupção podem aumentar a burocracia, deve-se avaliar o nível desse aumento, para que essas providências não gerem novos tipos de corrupção. Se a burocracia aumenta enormemente os custos de um projeto ou um contrato (quando o Estado oferta serviços escassos a empresas que cumprem requisitos legais para uma dada operação e mesmo assim não logram o serviço), muito provavelmente haverá subornos que reduzam esses custos, “viabilizando” o desenrolar dessa enredada burocracia (Rose-Ackerman, 2001: 17 – 19).

Neste sentido, a própria lei pode colocar o cidadão em uma situação de descumprimento sancionável, mesmo que ele se esforce para obedecer todas as regras legais. Isto pode ocorrer porque a existência de uma regra pode ser desconhecida para grande parte da sociedade que deveria cumpri-la. Sabe-se que não se pode invocar o desconhecido da lei para o seu não cumprimento (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro e art. 21 do Código Penal), porém também é notório o fato de que nem todos podem dispor de uma “assessoria para assuntos legais”, como grandes corporações ou governos. Tal situação é resultado direto de uma inflação legislativa e de mudanças muito freqüentes, na sua grande maioria quase sem justificativa, sem mencionar que não há como se saber ao certo qual é a norma em vigor ou qual foi revogada, considerando a também freqüente deficitária técnica de elaboração de textos legislativos. Paralelamente a isto, pode ser difícil ou quase impossível de cumprir estritamente a norma, já que o custo do seu cumprimento pode ser muito

elevado, colocando em risco a continuidade da conduta privada, ou mesmo impedindo a sua continuidade (Mairal, 2007: 21).

No caso da lei de licitações, por exemplo, isso é algo bastante perceptível. Elaborada para que fosse uma ferramenta de combate à corrupção após o escândalo conhecido como “anões do orçamento”, a própria norma se desviou de seus principais objetivos devido ao excesso de burocratização, o que provocou ainda mais corrupção (Moreira Neto, 2014). Tal texto legal foi acusado de engessar a atuação do administrador público, como também de aumentar os custos do Estado, ao invés de diminuí-los. Por outro lado, embora conte com muitas regras que, em um primeiro momento, deveriam inibir a fraude às licitações, muitas vezes não é o que ocorre (Mattos, 2014).

Desde 1993, ano da publicação da Lei 8.666, a legislação referente às licitações sofreu constantes e pontuais até quase se tornar uma “colcha de retalhos”. Foram 80 normas, das quais eram 61 medidas provisórias e outras 19 leis. Nesses 20 anos de existência, já foram apresentadas mais de 600 propostas de mudanças: 518 na Câmara dos Deputados e 157 do Senado (Brasil, 2014). A isso se soma a sua aplicação em todas as esferas da federação – União, Estados e Municípios – cada qual com a sua realidade e seus procedimentos⁸. Neste âmbito, nem só o agente privado contratante com o Poder Público poderia ser facilmente conduzido à prática de corrupção, mas também o próprio administrador público ou os funcionários públicos, já que não há qualquer distinção entre corrupção e incompetência, principalmente no que se refere às condenações⁹. A imprecisão sobre a vigência das regras, bem como a intensa sobreposição de normas levou o Congresso a elaborar uma nova Lei de Licitações, não só adaptando-a para a realidade atual, mas também como forma de consolidação das regras, em um esforço para tornar o texto mais claro e mais eficiente. A nova lei já se encontra em trâmite há 18 anos no Congresso, estando na Comissão Especial do Senado para a modernização da lei de licitações e contratos (PLS 559/13), e já é alvo de inúmeras objeções, como a sua potencial capacidade de criar novos tipos de corrupção por meio da diminuição da capacidade de contestação dos participantes das licitações (medida encontrada para tornar o procedimento mais “eficiente”);

diminuição da concorrência, competição, com preços mais altos (Abramo, 2014).

Ou seja, detecta-se uma expressiva inflação normativa, que por sua vez pode facilitar a ocorrência de fraudes à licitação e formação de cartéis, já que nem sequer medidas dissuasórias para algum tipo de delação a Lei de Licitações aporta, o que não colabora para a quebra do ambiente de confiança entre os envolvidos com a manobra.

Por outro lado, não se pode olvidar que o controle dos funcionários públicos e dos procedimentos é um elemento determinante para o aumento ou diminuição da corrupção. Neste sentido, tem-se que o controle existe, ou pelo menos tem sido aperfeiçoado com o passar dos últimos anos, por meio da aprovação de normas anticorrupção e com a participação ativa dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e o próprio cidadão, por meio de investigações, denúncias e verificação dos dados constantes nos *sites* dos órgãos públicos.

No entanto, o que deveria ser algo positivo, pode não ser bem assim. Com a crescente necessidade de controle da corrupção, gerou-se uma distorção na produção legislativa referente ao tema. Há 51 leis que se referem ao controle da corrupção aprovadas pelo Congresso entre 1990 e 2009, sendo que 33 delas focalizam um controle administrativo-burocrático; outras 14 se referem ao controle judicial (centradas notadamente na esfera criminal); e outras 4 que se relacionam ao controle público não estatal. Nota-se que, gradativamente, a legislação de controle tem como ponto nuclear a produção de ferramentas burocráticas que possibilitam a ampliação da vigilância sobre o funcionalismo público e sobre os políticos, como também na expansão das agências de controle, gerando um aumento bastante expressivo no nível de burocratização do controle e um bloqueio indireto para a cooperação entre as instituições¹⁰, sem mencionar a lentidão para a realização da tarefa¹¹. Também se aumentaram indiretamente os poderes de instituições como o Ministério Público¹², incrementou-se a voz de autoridade de todo o Poder Judiciário – já que a questão passa a ser de controle judicial e não mais administrativo-burocrático – e transferiu-se a legitimidade da representação democrática para os magistrados. O

Poder Judiciário acaba por ter a palavra final sobre o que deve ser punido na corrupção, sem distinção da gravidade dos fatos (Avritzer, 2014: 26).

Diante disso, constata-se que o controle burocrático foi bastante reforçado nas reformas administrativas realizadas, principalmente nos processos de auditoria de contas e instrumentos de transparência de contas e processos, o que não ocorreu no controle judicial, que se utiliza de códigos ultrapassados e com baixa efetividade de sanções administrativas e penais (Arantes, 2010: 5 – 7). Com isso, a corrupção se tornou mais transparente no Brasil, notadamente com as atuações da Polícia Federal, sem que se perceba, com a mesma clareza, a devida punição dos agentes envolvidos, o que impacta negativamente sobre a opinião pública e alimenta a imagem de impunidade que mina o Estado e as suas instituições (Filgueiras & Aranha, 2011: 367).

O adequado seria iniciar um saneamento no marco regulatório de contratação pública, a nível federal, estadual e municipal, para eliminar regulamentos redundantes ou desnecessários, para logo avaliar a qualidade das regras restantes. Controlar o excesso de formalidades, muitas vezes amparadas em procedimentos defasados, também é controlar a violação de normas, simplificando procedimentos sem, no entanto, alterar o controle. Neste sentido, a tecnologia poderia colaborar diretamente para a otimização de resultados¹³.

3. Discricionariedade e insegurança jurídica como elementos de fomento para a corrupção

A inflação legislativa não causa somente um aumento desmesurado na burocracia estatal. Ela também provoca uma forte dúvida no que tange à incerteza sobre qual regra obedecer. Aliado a isso, tem-se que muitas normas são obscuras, admitem infinitas interpretações – tanto por parte da Administração Pública quanto por parte do próprio Poder Judiciário – o que pode elevar ou

diminuir o custo do seu cumprimento. Aqui há uma insegurança jurídica expressiva que coloca o cidadão em uma posição de subversão frente ao Estado (Mairal, 2007: 21).

Normas obscuras, ambíguas, com defeitos de elaboração, aportam ao sistema espaços perigosos de interpretação e de uma suposta discricionariedade aos funcionários públicos, um importante nicho da corrupção. Embora seja complicado generalizar, desde a doutrina estrangeira há uma ideia fixa de que a corrupção de servidores públicos provavelmente constitui um dos três ou quatro maiores problemas para os governos de países em desenvolvimento. Como há uma pulverização dessa prática, alcançando aos órgãos públicos de forma difusa, torna-se muito difícil se medir a corrupção neste campo, tanto economicamente, quanto politicamente e socialmente (Klitgaars, 1994: 22). Diante disso, é aconselhável que não se permita que o funcionário detenha tanta margem de atuação, devendo ser eliminados cargos que se caracterizem por este alto nível de discricionariedade, embora aqui também se reconheça que certo grau de discricionariedade é necessário para não engessar a atuação da Administração Pública.

Ocorre que a concessão de boa parte desta “discricionariedade” pode não ter sido a intenção do legislador, sendo resultado de dispositivos obscuros, ambíguos, ou até mesmo contraditórios entre si. Neste sentido, quanto menos transparentes e claros são tais dispositivos, maior será o espaço para interpretações variadas dos funcionários públicos, bem como a aplicação destas interpretações (Tanzi, 1998: 111). Estes mesmos fatores de complexidade e de falta de clareza das normas têm sido apontados como uma causa de corrupção na União Européia (Rodríguez-Aranha, 2004: 174).

Por outro lado, a dificuldade em elaborar a redação das normas parece ser algo muito presente em muitos países, já que não é tarefa fácil expressar juridicamente o que se deseja, sendo ainda mais difícil expressar *somente* o que se quer. O problema se agrava porque a falta de zelo dos que participam da redação do texto legal também dependerá mais da proximidade política deles com quem está promovendo a lei do que do conhecimento técnico legislativo ou da matéria em si (Mairal, 2007: 28).

A situação se agrava quando, para aproveitar a tramitação de um projeto de lei já negociado, anexam-se diversos artigos esparsos com o único intuito de atender a interesses individuais muito específicos. Em alguns casos, tais artigos sequer se relacionam com o objeto a ser regulado. Este é o “mecanismo de caudas”, no qual o texto “é emendado com rabiolas que vão deixando um rastro desastroso de destruição da lógica do ordenamento”, utilizando-se das palavras de Rubens Naman Rizek Jr (2009: 38).

Obviamente, tampouco se pode ser ingênuo neste campo. Algumas vezes a ambigüidade constante na lei é deliberada, proposital, devido aos acordos políticos que possibilitaram a sua aprovação. Os partidos concedem ao texto a leitura que mais desejam dele, sendo isso bastante presente no caso brasileiro por conta do governo de coalizão que existe. A aceitação política de um projeto de lei se torna mais fácil quando o texto permite uma interpretação favorável do maior número de forças políticas, principalmente quando a iniciativa do texto legal vem do Poder Executivo. São notórios os constantes atritos entre os Poderes Legislativo e o Executivo brasileiros, o que obriga ao chefe do Executivo a ceder em diversos pontos para ver aprovado o que ele julga necessário para as suas políticas públicas. Isso sem mencionar a influência dos grupos de pressão e de outras instituições que participam deste jogo de poder. O resultado desta dinâmica de negociações tem uma alta probabilidade de ser uma norma que agrade a todos os que tinham interesse sobre ela, ou pelo menos que agrade o grupo preponderante que superou os interesses dos demais por meio do jogo do poder¹⁴.

Já foi exposto o fato da Lei de Licitações ter se tornado um texto de lei totalmente “remendado” durante estes últimos 20 anos. No entanto, no que tange à insegurança jurídica, ressalte-se que a norma em questão se embasa em princípios¹⁵, que embora tenham sido adotados de modo a abranger a maior quantidade de ilícitos que pode ocorrer nos processos licitatórios, a realidade mostrou que isto não ocorreu. Devido a sua imprecisão, os princípios podem ser usados constantemente como justificativa para algum ato praticado pelo funcionário público, tanto no sentido de fraudar um processo licitatório em conluio com agentes

privados, como também para fundamentar algum tipo de punição do agente privado que decidiu não colaborar com alguma prática ilícita¹⁶. No afã de elaborar uma norma completa no combate à corrupção, o Direito terminou gerando infinitos canais de produção de práticas corruptas.

Ainda que não se ignore o fato de que os princípios possam colaborar para a otimização dos processos licitatórios devido a uma maior discricionariedade, eles podem optar por usar bem esta prerrogativa, ou usá-la muito mal. E tendo em vista os níveis consideráveis de fraude a licitações, percebe-se que, muitas vezes, a discricionariedade é utilizada para praticar ilícitos e não para resolver problemas de forma pragmática. Note-se que, sob a égide do “interesse público”, o funcionário público pode exigir critérios desiguais entre os competidores, julgar propostas de forma arbitrária, visando um interesse que nada tem de público. Tal raciocínio pode ser facilmente aplicado para a formação de cartéis, já que o grau de arbítrio que se confere ao agente público por meio dos princípios possibilita diversas formas de obtenção de benefícios pessoais para todos os envolvidos, frustrando por vários ângulos o princípio da concorrência (Silveira, 2008: 60 e ss).

É fato que os princípios que amparam o processo licitatório permitem uma maior margem de atuação do agente público, porém aumentam a sua discricionariedade, podendo gerar um importante foco de corrupção (Capobianco, 2014). Os princípios autorizam são só a discricionariedade do agente público, mas também a do próprio Poder Judiciário, originando divergência jurisprudencial para casos que deveriam ser tidos como iguais ou similares. É inegável que isto afeta a segurança jurídica, ainda mais considerando a expressiva e já existente divergência jurisprudencial sobre a quase totalidade de dispositivos legais constantes na Lei de Licitações¹⁷.

Diante disso, para um controle mais eficaz da corrupção no que se refere a licitações, é primordial reduzir ao mínimo a discricionariedade do agente público, melhorando a técnica legislativa a fim de também diminuir a quantidade de interpretações conferidas pelo Poder Judiciário. Tanto o saneamento legislativo quanto o seu aperfeiçoamento para a redução da discricionariedade poderia ser feito por

uma Secretaria – ou organismo - Anticorrupção, por exemplo.

4. O necessário saneamento legislativo, para além de uma nova Lei de Licitações ou de novas normas

Diante de evidências expostas de que o Direito tem uma participação clara na produção e no fomento à corrupção, cabe agora indicar alguns caminhos que podem ser tomados para reverter o panorama atual.

Uma parte expressiva dos escândalos de corrupção implica a aquisição de bens e serviços pelo governo. As propinas podem não só determinar quem obterá um contrato, mas também a dimensão e as especificações das compras do governo. Com isso, uma reforma anticorrupção séria deve focar na redução de práticas ilegais, bem como no aumento da eficácia de decisões de compra do governo. A reforma do sistema de aquisição de bens e serviços coloca em destaque o equilíbrio que deve haver entre a tarefa de evitar a corrupção e outorgar aos funcionários públicos a flexibilidade suficiente para tomar decisões segundo o seu próprio conhecimento. Muito embora tenha se apontado aqui que a discricionariedade aumenta os incentivos de condutas corruptas, também, por outro, lado não se pode extingui-la totalmente, sob pena de tornar o processo demasiadamente rígido. Muitas das situações onde são detectadas práticas corruptas não contam com um código para os funcionários, políticos, deixando-os totalmente livres para agir segundo o seu arbítrio, ou, quando existentes, os códigos terminam protegendo-os contra a aplicação de leis por parte do Poder Judiciário, principalmente cargos de alto nível (Rose-Ackerman, 2001: 81 – 82).

Alguns países desenvolvidos – como é o caso dos Estados Unidos - optaram pela redução abrupta da discricionariedade e da burocracia, por meio da unificação de fontes de contrato negociados, mediada por um rígido registro de participações

anteriores dos contratantes com o Estado, o que gerou incentivos para as empresas seguirem detalhadamente as regras constantes na legislação, bem como a cumprir devidamente com o objeto do contrato, visando futuras negociações. Além disso, o treinamento de funcionários dedicados às aquisições foi peça fundamental, como a sua responsabilização pela escolha do contratante. Para fechar, as agências reguladoras deviam justificar suas decisões por escrito, juntamente com um painel de avaliação composta por diversos membros de diferentes setores da decisão que culminou no contrato. Esta avaliação também alcançava os contratantes com base nos resultados, não no seu comportamento (Kelman, 1994: 102 – 128).

O contexto estadunidense é muito distinto ao brasileiro. Sabe-se que tais providências não podem ser aplicadas *ipsis literis* aqui. Um sinal disso é que, se aplicada a regra da análise do passado do contratante sem que se faça o devido exame específico de certas circunstâncias, poder-se-á obter um trabalho de baixa qualidade e um concurso fraudulento por conivência, ou seja, quando se fomenta a formação de cartéis pelos participantes do processo licitatório, aproveitando-se da “transparência do processo competitivo”¹⁸.

Com isto, a reforma dos procedimentos licitatórios são muito importantes para coibir que o próprio Direito crie oportunidades e incentivos à corrupção e deve fazer parte da estratégia anticorrupção que atualmente é conduzida pelo governo brasileiro. Junto com isto, o saneamento da legislação de controle e a redução da discricionariedade dos agentes envolvidos podem ser uma saída. No momento, ainda há somente sinais de que os processos licitatórios serão reformados, o que realmente se espera a fim de se tentar ao menos diminuir os gargalos legais do sistema.

NOTAS

¹Aqui é referida a teoria da escolha racional, ou *rational choice*, sem ignorar a existência de outros enfoques, como a teoria dos jogos. Contudo, para uma fundamentação teórica sobre o problema exposto, utilizar-se-á basicamente a teoria da escolha racional, muito bem fundamentada na doutrina clássica por Anthony Downs (1957: 135 – 150).

²Ehrlich (1967: 54 e ss) afirma que o Direito se constitui como um ordenamento da conduta humana, mas que esta é uma definição da sociedade, e não do Direito, em uma tentativa de separar o Direito do elemento coerção. Como o fenômeno da corrupção também se explica com elementos pragmáticos, o uso deliberado pelo agente de alternativas ilícitas visando benefício próprio ignorando diretamente o Direito, acredita-se que a crítica de Ehrlich é bastante aplicável nesta problemática.

³Esta também é a opinião de Murillo de la Cueva (AA.VV., 2010: 23). Sobre o tema, cf. Eloi García (2000: 71 e ss).

⁴Isso é importante principalmente no financiamento dos partidos, onde há muitas hipóteses de condutas que não estão tipificadas em lei, mas que seguramente podem ser classificadas como corruptas (cf. Villoria Mendieta, 2006: 38 – 41).

⁵Hoetjes (1986: 133 e ss); Brei (1996: 68). Devido ao espaço disponível nesse trabalho, não será possível tratar do conceito de interesse público na doutrina brasileira, o que se recomenda a leitura de Gabardo (2009) e Hachem (2011).
⁶Esta mudança de paradigma é proposta por Gordillo (2003: 13 – 24).

⁷Emerson Gabardo (2002: 34) afirma que as raízes da burocracia brasileira se estruturaram no núcleo de um Estado que era formalmente público, porém materialmente privado.

⁸Se a nível estadual os problemas já aumentam, a nível municipal é onde a corrupção por meio de fraude a licitações encontra o seu ambiente mais propício (cf. Trevisan, 2014).

⁹Neste sentido, faz-se coro à opinião de Gabardo e Rocha (2014: 264).

¹⁰Os principais mecanismos de controle são: a Controladoria Geral da União (CGU), o Tribunal de Contas da União (TCU), as operações da Polícia Federal e os julgamentos da corrupção pelo Poder Judiciário.

¹¹Nas palavras de Avritzer e Filgueiras, “Estipulou-se, desde 1988, que o fim da corrupção e o desenvolvimento político, econômico e social decorreriam do aprimoramento da máquina administrativa. Ao contrário do que intuitivamente se postulava na década de 1990, a reforma administrativa e o fortalecimento dos mecanismos burocráticos de controle resultaram em maior burocratização e na recorrência da corrupção para a opinião pública” (2011).

¹²Nas palavras de Arantes, “essa baixa efetividade processual tem levado muitas vezes o MP a privilegiar procedimentos pré-judiciais, como o inquérito civil, como forma de solucionar casos sem levá-los à apreciação do judiciário, pela via do Termo de Ajustamento de Conduta com políticos

e administradores, e de impor-lhes custos “reputacionais”, utilizando-se da mídia para atingir a sua imagem. Também é a busca pela redução da impunidade e pela obtenção de resultados mais rápidos que parece estar na origem da retomada do tratamento da corrupção como crime comum, por parte do MP e da Polícia, nos últimos anos” (Arantes, 2010: 31).

¹³Sugestão feita por Tanzi (1998: 124).

¹⁴Aqui se utilizam as palavras do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, como uma ilustração de como funcionam tais negociações: “Sem um grupo sólido de apoio pessoal e direto é difícil caminhar. Só com ele, contudo, não se vai longe. E dele podem partir também os maiores aborrecimentos. Cabe ao chefe, ao líder, constituí-lo e limitá-lo, dar-lhe força e cortar-lhe as asas. Quem chega ao mando pela via democrática constitui esse grupo no decorrer das campanhas eleitorais. Quem, além disso, viveu a experiência da administração, vai ampliando o círculo, colhendo dentre os não-políticos as pessoas que possam ajudar a governar. A tentação maior nas estruturas tradicionais de mando é limitar o *inner arde* à família e amigos, ou compô-lo com demasiados membros da parentela ou da clientela” (Cardoso, 2006: 223).

¹⁵O art. 3º nomina os princípios que devem reger as licitações: princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Por outro lado, volta-se a recordar que grande parte da legislação brasileira optou por tipificar as hipóteses puníveis de corrupção por meio de princípios, como a já citada Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92, art. 11), ou por meio de tipos bastante genéricos, como é o caso da nova Lei Anticorrupção (nº 12.846/13, art. 5º).

¹⁶Isso sem falar que, também por causa destes princípios, os agentes públicos podem paralisar um processo licitatório ou não agir frente a uma dada situação, por receio de que lhes sejam aplicadas pesadas sanções. Entre tomar a iniciativa frente a um problema para resolvê-lo e ser posteriormente condenado pelo Estado e não fazer nada para não correr o risco, a grande maioria das vezes o agente público não atuará.

¹⁷Isto se verifica com a falta de consenso do diversos termos da norma, como é o caso da dispensa de licitação. Sobre esta e outras questões (Guimarães, 2014: 189 – 208).

¹⁸Como exemplo fático, veja-se o caso da Coréia do Norte em Klitgaard (1994: 134 e ss).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2010). Encuesta: Corrupción Política. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 1º semestre. Madrid: UNED. pp. 15-55.
- ABRAMO, C. W. (2014). *A ditadura da burocracia*. Recuperado de [<http://www.transparencia.org.br/docs/prazos-pac.pdf>]. Consultado [30/10/2014].
- ARANTES, R. B. (2010). Corrupção e instituições políticas: Uma análise conceitual e empírica. Trabalho apresentado no VII Encontro Brasileiro de Ciência Política, Recife, 4-7 agosto de 2010. p. 31. Recuperado de [<http://www.itevaldo.com/wp-content/uploads/2010/09/corrupt%C3%A7%C3%A3o-e-institui%C3%A7%C3%B5es-pol%C3%ADticas.pdf>] Consultado [17/10/2014].
- AVRITZER, L.; FILGUEIRAS, F. (2011). *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. Brasília: IPEA/CEPAL. Recuperado de [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1402/1/TD_1550.pdf] Consultado [10/10/2014].
- Brasil. (2014). *Comissão aprova nova Lei de Licitações*. Recuperado de [<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/12/comissao-aprova-nova-lei-de-licitacoes>]. Consultado [28/10/2014].
- BREI, Z. A. (1996). Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *RAP – Revista de Administração Pública*, vol. 30, nº 1, jan./fev. Rio de Janeiro: FGV. pp. 64-77.
- BROOKS, R. C. (1978). The Nature of Political Corruption. Em: HEIDENHEIMER, A. J. (ed.). *Political Corruption – Readings in Comparative Analysis*. New Jersey: Transaction. pp. 56-61.
- BUSTOS GISBERT, R. (2010). Corrupción Política: Un Análisis desde la Teoría y la Realidad Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 1º semestre. Madrid: UNED. pp. 69-109.
- CAPOBIANCO, E. R. e ABRAMO, C. W. (2014) *Licitações e contratos: os negócios entre o setor público e o privado*. Recuperado de [https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2887/1/licitacoes_contratos_negocios_setor.pdf]. Consultado [01/11/2014].
- CARDOSO, F. H. (2006). *A arte da política: a história que vivi*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- CROZIER, M. (1981). *O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- DENTE, B. e SUBIRATS, J. (2014). *Decisiones públicas: Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- DOWNES, A. (1957). An economic theory of political action in a democracy. *The journal of political economy*, vol. 65, i. 2, apr., *University of Chicago Press*, pp. 135-150. Recuperado de [<http://www.hec.unil.ch/ocadot/ECOPOdocs/cadot2.pdf>]. Consultado [15/10/2014].
- EHRlich, E. (1967). *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora UnB.
- FILGUEIRAS, F. e ARANHA, A. L. M. (2011). Controle da corrupção e burocracia da linha de frente: regras, discricionariedade e reformas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. vol. 54, nº 2, Rio de Janeiro. pp. 349-387.
- GABARDO, E. (2002). *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética.
- GABARDO, E. (2009). *Interesse público e subsidiariedade – O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum.
- GABARDO, E. e ROCHA, I. G. (2014). Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. Em: SANTANO, A. C.; SALGADO, E. D. *Direito Eleitoral – Debates Ibero-americanos*. Curitiba: Ithala. pp. 257 - 274.
- GARCÍA, E. (2000). *El Estado Constitucional ante su 'Momento Maquiavélico'*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA, E. (2010). *Istorie Fiorentini de Maquiavelo: Una primera definición moderna de corrupción*. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 1º semestre. Madrid: UNED. pp. 57 - 67.
- GORDILLO, A. (2003). Una celebración sin gloria. Em: BIDART CAMPOS, G. J. (dir.). *150º Aniversario de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: La Ley. pp. 13 - 24.
- GUIMARÃES, E. (2014). Causas extintivas do processo licitatório. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 12, nº 45, abr./jun. pp. 189 - 208.
- HACHEM, D.W. (2011). *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum.
- HOETJES, B. J. S. (1986). Administrative corruption in the Netherlands: recent cases and recent developments. *Corruption and reform*, vol. 1, nº 2. pp. 133 -141.
- J. LAPORTA, F. (1997). La Corrupción Política: Introducción General. Em: J. LAPORTA, F.; ÁLVAREZ, S. (eds.). *La Corrupción Política*. Madrid: Alianza. pp. 19 - 38.
- KELMAN, S. (1994). Deregulating Federal Procurement: Nothing to fear but discretion itself?. Em: DILULIO Jr., J. J. *Deregulating the public service: Can government be improved?* Washington D.C.: The Brookings Institute. pp. 102 -128.
- KELSEN, H. (1995). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 2ª ed.
- KLITGAARD, R. (1994). *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Zahar.
- LOWI, T. (1964). American business, public policy, case studies and political theory. *World politics*, vol. 16, nº 4, july. pp. 677 - 715.
- MAIRAL, H. A. (2007). *Las raíces legales de la corrupción – o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. Buenos Aires: Rap.

MATTOS, C. (2014). *Modalidade de licitação e cartéis no Brasil*. Estudo Agosto 2014. Recuperado de [http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema10/2014_13626.pdf]. Consultado [26/10/2014].

MONTORO FILHO, A. F. (2012). *Corrupção, ética e economia – reflexões sobre a ética concorrencial em economias de mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier.

MOREIRA NETO, D. de F.; FREITAS, R. V. de. (2014). A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo*, vol.14, nº 156, fev. 2014. Recuperado de [<http://dspace.xmlui/bitstream/item/9896/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>]. Consultado [17/08/2014].

MOTTA, F. C. P. (1981). *O que é burocracia*. Brasília: Editora Brasiliense.

MOTTA, F. C. P. e BRESSER-PEREIRA, L. C. (2004). *Introdução à organização burocrática*. São Paulo: Pioneira.

RIZEK JR., R. N. (2009). *O processo de consolidação e organização legislativa*. Universidade de São Paulo. Tese de doutorado para o programa de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco. 355 p.

RODRIGUEZ-ARANA, J. (2004). *Ética, poder y Estado*. Buenos Aires: Rap.

ROSE-ACKERMAN, S. (2001). *La corrupción y los gobiernos – causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI.

SANTANO, A. C. (2015). Uma introdução ao estudo da corrupção política nas sociedades democráticas dentro do paradigma do estado de direito. *Paraná Eleitoral*, vol. 4, nº 1. pp. 23 - 138.

SILVEIRA, A. M. D. da. (2008). A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Debates em Direito Público*, ano 7, nº 7, out. pp. 59 - 91.

TANZI, V. (1998). Corruption and the budget: problems and solutions. Em: JAIN, A. K. *Economics of corruption*. London: Kluwer. pp. 111 - 128.

TREVISAN, A. M.; CHIZZOTTI, A.; et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. Recuperado de [<http://www.transparencia.org.br/docs/Cartilha.html>]. Consultado [31/10/2014].

VILLORIA MENDIETA, M. (2006). *La corrupción política*. Madrid: Síntesis.

WALD, A. (2014). *A ação de improbidade administrativa*. Recuperado de [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf]. Consultado [28/10/2014].

WEBER, M. (1994). *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília.

ZAGO, L. M. A. K. (2001). *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar.