

Revista da

CGU

ANO III - Nº 4
Junho/2008
ISSN 1981-674X

Controladoria-Geral da União

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**



Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR

Revista da CGU

Brasília, DF
Junho/2008

Jorge Hage
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

Eliana Pinto
Ouvidora-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Marcelo Stopanovski Ribeiro
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União

Tiragem: 1.500 exemplares

Periodicidade: semestral

Distribuição gratuita

Permitida a reprodução parcial ou total desta obra desde que citada a fonte.

O conteúdo e a opinião dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, a opinião da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU./ Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano III, nº 4, Junho/2008. Brasília: CGU, 2008.

120 p. Coletânea de artigos.

1. Prevenção da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X

CDD 352.17

umário

Apresentação5

Nota do editor7

Opinião

Sobre cartões e jornalismo..... 10

Pedro Formigli

Artigos

As agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade20

Luís de Sousa

Cultura brasileira e corrupção46

Fabiano Mourão Vieira

Regulação de combate à lavagem de dinheiro:
é possível evitar a corrupção nos bancos?63

Luiz Humberto Cavalcante Veiga

Denúncia anônima no Direito Disciplinar à luz do princípio constitucional da vedação ao anonimato79

Aline Cavalcante dos Reis Silva

Contratação de obras e serviços de engenharia por meio do pregão	90
<i>Vagner de Souza Luciano</i>	

Legislação

Atos normativos.....	106
Legislação em destaque.....	109

Jurisprudência

Julgados recentes do TCU – Acórdãos.....	112
Julgados recentes de Tribunais.....	116



apresentação

A corrupção é um fenômeno que afeta negativamente a efetividade das políticas públicas e o crescimento econômico, tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento. Por esse motivo, o governo busca cada vez mais intensificar a luta sistemática contra a corrupção, não apenas com medidas punitivas, mas ampliando as ações preventivas.

Nesse sentido, a Controladoria-Geral da União (CGU), que tem a missão de defender o patrimônio público e de combater os desvios e o mau uso dos recursos públicos federais, vem desenvolvendo diversas ações para estimular a participação da sociedade no controle da corrupção. Com o intuito de fomentar a produção de conhecimento na área de prevenção e de combate à corrupção e de incentivar a publicação de trabalhos acadêmicos sobre o tema, foi criada, em dezembro de 2006, a Revista da CGU.

A Revista da CGU é uma publicação técnico-científica que tem por objetivo divulgar trabalhos inéditos, produzidos por servidores da Controladoria-Geral da União e por pesquisadores, estudantes e profissionais, sobre temas relativos às atividades de auditoria, fiscalização, ouvidoria, correição, ética pública, controle social e prevenção e combate à corrupção. Além dos artigos científicos, o leitor encontra doutrina especializada e seções de legislação e jurisprudência sobre as áreas de interesse da Revista.

Com a publicação da Revista, a CGU espera que experiências e visões diversas sobre o fenômeno da corrupção e o combate ao mau uso do dinheiro público possam contribuir para a adoção de políticas anticorrupção e demais soluções que gerem o aperfeiçoamento da atividade regulatória e a melhoria dos serviços públicos oferecidos à sociedade.

Nota do editor

Na última década, o debate sobre corrupção vem se intensificando na agenda dos governos, dos estudiosos e da sociedade civil. Com as discussões, identificou-se que as políticas anticorrupção não devem ser definidas por meio de medidas isoladas, simbólicas ou esporádicas. A luta contra a corrupção depende de um conjunto de medidas complexas e de natureza diversificada (preventivas, repressivas, educacionais, legislativas, institucionais e processuais). Entre as questões que representam preocupação contínua estão a necessidade de cooperação inter-institucional entre organismos judiciais e de fiscalização e a garantia de atuação de entidades independentes especializadas no combate à corrupção. Nesse contexto, as discussões sobre a criação de uma agência especializada de combate à corrupção vêm concentrando a atenção das elites e da opinião pública em geral.

O artigo do cientista político português Luís de Sousa faz justamente uma análise crítica sobre a criação de agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade. No artigo, o autor relata possíveis dificuldades encontradas pelas agências anticorrupção e descreve princípios orientadores para evitar seu fracasso.

Esta 4ª edição da Revista da CGU aborda também as dificuldades de se analisar a corrupção a partir da cultura, considerando tratar-se de um fenômeno complexo. No artigo “Cultura brasileira e corrupção”, é feita uma análise da obra de Almeida (2007), intitulada “A cabeça do brasileiro”, em que o autor do artigo discute as diferenças percebidas entre o jeitinho brasileiro e a corrupção.

O artigo “Contratação de obras e serviços de engenharia por meio do pregão” descreve alguns tópicos importantes e necessários à contextualização das licitações públicas no Brasil. O objetivo do artigo é possibilitar a avaliação

sobre a conveniência do pregão nos processos de contratação de obras e serviços de engenharia pelos órgãos e entidades que, por força dos mandamentos constitucionais, estão obrigados a observar em seus processos seletivos de contratação as disposições contidas nas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nº 10.520, de 17 de julho de 2002, bem como os princípios constitucionais correlacionados.

A autora do texto “Denúncia anônima no Direito Disciplinar à luz do princípio constitucional da vedação ao anonimato” defende em seu artigo a tese de que é imprescindível que a Administração Pública receba a denúncia anônima e investigue os fatos noticiados por meio dela, independentemente da forma de encaminhamento (carta, correio eletrônico, etc.). Para a autora, o administrador está vinculado aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, bem como ao dever de noticiar e apurar as irregularidades de que tem ciência (artigo 143 da Lei 8.112/90), sob pena de incidir em crime de condescendência criminosa.

O artigo “Regulação de combate à lavagem de dinheiro: é possível evitar a corrupção nos bancos?” faz uma análise, sob o ponto de vista econômico, da regulação brasileira de combate à lavagem de dinheiro. O autor discute o comportamento dos representantes dos bancos e dos criminosos que possuem recursos a serem lavados. Ele discute a forma pela qual a indústria financeira, que é a principal responsável por detectar operações de lavagem de dinheiro, deve ser regulada de modo a informar tempestivamente essas operações e a ficar imune às possíveis tentações em contrário.

Exclusivamente nesta edição, a Revista traz o texto de opinião “Sobre cartões e jornalismo”, do jornalista e assessor especial do ministro da Controladoria-Geral da União, Pedro Formigli. O texto foi resultado da análise realizada pelo jornalista sobre os exageros cometidos pela mídia na cobertura feita sobre o uso dos Cartões de Pagamento do Governo Federal, fato que levou à sociedade muita informação deturpada sobre o assunto.

A seção “Legislação em destaque” traz o Decreto nº 6.370, de 1º de fevereiro de 2008, que altera os Decretos que dispõem sobre a utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal e determinam o encerramento das contas bancárias destinadas à movimentação de suprimentos de fundos.

Esperamos que os artigos, a legislação e a jurisprudência apresentados na 4ª edição da Revista da CGU contribuam para a reflexão e o aprofundamento da discussão sobre a prevenção e o combate à corrupção no Brasil.

Boa leitura!

Os editores



Sobre cartões e jornalismo

Pedro Formigli, jornalista e assessor especial do ministro da Controladoria-Geral da União

Por que estes comentários sobre jornalismo aparecem em uma revista dedicada a artigos e estudos sobre o combate e a prevenção da corrupção? Porque o tema guarda relação, ainda que indireta, com a corrupção: trata-se de comentários de natureza jornalística a respeito da cobertura feita pela mídia sobre o uso dos Cartões de Pagamento do Governo Federal, com informações retiradas, predominantemente, do Portal da Transparência.

O tema “corrupção” está presente no contexto do trabalho, mas o que se pretende mesmo comentar é o ofício de informar e a responsabilidade que isso implica. Apenas por limitações de ordem material e de tempo, esses breves comentários – sem qualquer pretensão acadêmica – se prendem, predominantemente, à mídia impressa, sem nominar qualquer veículo. Mas é certo que as mesmas observações e conclusões se aplicam à grande maioria das emissoras de televisão e de rádio, bem como aos portais e blogs noticiosos, na internet.

Antigamente...

Aprendi desde cedo, primeiro nos bancos escolares, como estudante

de jornalismo, e, depois, na prática, nas redações por onde passei, que o primeiro e principal atributo de qualquer notícia jornalística é a sua *veracidade*. Ensinei isso também, insistentemente, durante os anos em que lecionei jornalismo na Universidade Federal da Bahia.

Características como o *pitoresco* e o *curioso* também são atributos da notícia, mas são meramente complementares, e não garantem, sozinhos, a condição de notícia jornalística a um fato qualquer. É a *veracidade*, secundada pela *atualidade*, *alcance*, *interesse público*, entre outros atributos, que confere a um fato o grau de notícia. E para atestar a *veracidade* de qualquer fato não há outro caminho senão o da apuração responsável. Como vêem, o jornalismo tem suas regras. Ou tinha, antigamente.

No caso da cobertura sobre os cartões, o apetite pelo *pitoresco* e a falta de uma apuração minimamente responsável comprometeu seriamente o trabalho da mídia e desprezou outra regra importante do jornalismo, essa relacionada com a ética da profissão: não se publica notícia sem que todas as partes envolvidas tenham sido ouvidas. Parece que hoje

todas essas regras apenas enfeitam os manuais de redação.

Vou mais adiante, nesse meu surto saudosista: no meu tempo, o repórter tinha a prerrogativa de, tendo em vista o que apurou, “derrubar” uma pauta ou redirecionar o seu foco inicial. Isso, a meu ver, é mais jornalismo. Do contrário, publicar uma “denúncia” ou um “absurdo” que não se sustenta nos fatos, e sem apurar todos os seus lados, não é praticar jornalismo sério, mas *denuncismo*.

**“Publicar uma
“denúncia” ou
um “absurdo”
que não se sustenta
nos fatos,
e sem apurar todos
os seus lados,
não é praticar
jornalismo sério,
mas *denuncismo*.”**

E mais: mesmo que se apurem todos os lados de um fato, mas, na matéria publicada, promova-se o escândalo com base na premissa inicial da pauta, reservando-se para as últimas linhas as explicações e justificativas apuradas que, em última análise, descaracterizam o fato como “denúncia” ou “absurdo” é, igualmente, praticar o *denuncismo*. Fica caracterizado, aí, o interesse único de difundir denúncia vazia, falsa, sem sustentação nos fatos. Ingenuidade, inocência, nostalgia, não

sei, mas hoje faz muita falta a prática do jornalismo isento, sem lado.

Muitas piadas

Vamos aos fatos: no início deste ano, tendo descoberto o Portal da Transparência somente três anos após sua criação, a imprensa preferiu, predominantemente, divertir-se com o que lhe pareceu *pitoresco* ou *folclórico*, no meio do universo de informações exibidas no Portal.

Lembram-se daquela velha história do “perco o amigo, mas não perco a piada”? O caso aqui é parecido: trata-se de perder a noção de compromisso com a informação correta, mas não perder a piada. Assim, brincou-se muito com a mesa de sinuca, a tapioca, o bichinho de pelúcia, o chocolate, as clínicas de estética, os gastos em lavanderias, choperias e cervejarias...

A imensa maioria dos casos “denunciados” pela imprensa não passa de piada. São denúncias vazias. Em grande parte, como veremos adiante, esses casos não resistiriam a uma apuração séria e cuidadosa, que, é sempre bom lembrar, é companheira inseparável do jornalismo responsável.

A pressa, determinada pela competição que caracteriza o trabalho dos órgãos de imprensa, não pode servir de justificativa para levar aos leitores uma montanha de matérias ocas, por se basearem apenas no “folclórico” ou “pitoresco”. A persistência nessa prática abala a credibi-

lidade da mídia e fere de morte o jornalismo responsável.

E não se alegue dificuldades de apuração junto às assessorias de imprensa dos órgãos públicos, pois, ao longo da cobertura do assunto, órgãos que acompanham de perto o trabalho de profissionais da comunicação, como o site “Comunique-se”, registraram elogios feitos por esses profissionais à atuação dos assessores no atendimento à imprensa. “Até me surpreendi com a destreza com que quiseram ajudar”, declarou um repórter ao “Comunique-se”.

A imensa maioria dos casos “denunciados” pela imprensa não passa de piada. São denúncias vazias, que não resistiriam a uma apuração séria e cuidadosa, que, é sempre bom lembrar, é companheira inseparável do jornalismo responsável.

Além de desinformar a sociedade, as piadas comprometem a credibilidade das poucas matérias corretas publicadas sobre o tema revelando exemplos de equívocos e abusos no uso dos cartões. Mas de que importa

a informação correta, com tanta piada para publicar?

Roupa de cama

Segue-se uma seleção das “denúncias” publicadas na mídia dentro do chamado “escândalo” dos cartões. A maioria delas foi mostrada em março último, pelo Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage, durante depoimento à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que apura o uso dos Cartões de Pagamento do Governo Federal. No depoimento, o ministro informou que, de 106 casos de “denúncias” publicados na imprensa e analisados pela CGU, 69 foram justificados (e considerados regulares); dos únicos nove casos em que as denúncias tinham procedência, cinco já tinham sido sanados; os demais 28 casos ainda estavam, na época, em processo de apuração.

Matéria publicada em 02.02.2008 “denúncia” que a Agência Nacional de Petróleo gastou R\$ 330,48 na loja Principado das Astúrias Louças Ltda, especializada em produtos de copa e cozinha. A auditoria interna da agência justificou e apresentou documentação que, analisada, levou à conclusão de que os gastos, feitos em julho de 2007 (aquisição de xícaras, pires e copos para o gabinete do diretor da ANP), foram regulares.

A Anvisa foi vítima de “denúncia” em 06.02.2008, por ter feito compras no valor de R\$ 330,00 numa loja de roupa de cama. A agência explicou que cinco jogos de cama

foram adquiridos para uso pelos plantonistas no Aeroporto Salgado Filho, em Porto Alegre.

Em 14.02.2008, nova denúncia sustenta que “apenas um servidor do Inmetro-RJ torrou R\$ 27,8 mil até em desentupidora”. O valor do gasto foi infinitamente menor: R\$ 650,00, para desentupimento de tubulação de água pluvial no subsolo do Inmetro-RJ, conforme nota fiscal emitida em nome do Instituto e devidamente atestada, a qual consta da prestação de contas.

Um órgão da imprensa estranhou, em 17.02.2008, as aquisições feitas em 2003 e 2005 pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, de 180 metros de cadarço e de alpiste. Considerando os gastos como “pitorescos”, o jornal calculou que o cadarço comprado seria “suficiente para amarrar 90 pares de sapato utilizando meio metro em cada pé”. Novamente despesas regulares: o cadarço é, na verdade, um tipo de barbante adquirido para pendurar crachás no evento Seminário Resultados da Lei de Informática e o alpiste foi comprado para alimentação de pássaros do viveiro do CNPQ.

Shampoo e adoçante

Após apuração, foram considerados regulares, também, os gastos de R\$ 240,00 e R\$ 177,60, do Ministério das Comunicações, com shampoo para lavar veículos, solução para limpeza de pneus e adoçantes, denunciados na imprensa em 17.02.2008. O Ministério das Comunicações es-

clareceu que o shampoo e a solução foram usados em veículos do ministério e os adoçantes em sua copa.

Em 08.02.2008, noticia-se o gasto de R\$ 28,35, feito em uma livraria, pela Alfândega do Aeroporto do Galeão. Tratava-se da compra de papel para impressão de fotos para a Alfândega do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro.

Ainda em 08.02, um jornal noticia “outra despesa elevada”, de R\$ 744,18, feita no late Club de Santos, pela Alfândega do Porto de Santos. A compra foi de 374 litros de óleo diesel para lancha da Alfândega, conforme nota fiscal constante da prestação de contas.

Em 08.02.2008, noticia-se o gasto de R\$ 28,35, feito em uma livraria, pela Alfândega do Aeroporto do Galeão. Tratava-se da compra de papel para impressão de fotos para a Alfândega do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro.

Novamente em 08.02, a imprensa informa que uma servidora da Universidade Federal da Bahia “entrou numa panificadora e gastou R\$ 800,00 com o cartão corporativo”. A Unidade Jurídica da UFBA informou

que o gasto é regular, tratando-se da aquisição de material de limpeza utilizado nas residências universitárias e creches da Universidade.

Um jornal “descobriu”, em matéria publicada no dia 07.02.2008, um “motoboy” fazendo compras com o cartão de pagamento do governo, na Universidade Federal de Uberlândia, em Minas Gerais. O “motoboy” citado é, na verdade, servidor público, agente administrativo da Universidade.

Bumbum e seios

Certamente “esquecida” de que muitos restaurantes têm como razão social nomes que se iniciam com choperia ou cervejaria, um órgão da imprensa relaciona, em 17.02.2008, “gastos suspeitos”, incluindo o de R\$ 6,2 mil feito na Cervejaria Divinópolis, em Minas Gerais. O gasto referia-se ao fornecimento de almoço e jantar para alunos do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais, durante os Jogos Intercampi, realizados no final de 2005. Não se tomou cerveja e nem a despesa foi paga com cartão, tampouco com suprimento de fundos, mas por processo normal de despesa, com pesquisa de preço, empenho, nota fiscal, atestado de recebimento dos serviços, ordem bancária e registro no SIAFI na conta da unidade.

Da mesma forma, a despesa de R\$ 1.360,00 que uma matéria jornalística sustenta ter sido feita por um servidor do Ministério da Fazenda,

na pastelaria Marília de Dirceu, em Minas Gerais, na verdade, tratava-se do pagamento por serviço de “coffee-break” em dois eventos realizados pela Unidade Estadual da Controladoria-Geral da União, reunindo, ao todo, cerca de 300 pessoas. E, novamente, a despesa não foi feita com cartão, mas precedida de cotação de preço e empenhada, como exige a lei. Neste caso, houve um agravante sério: uma repórter ligou para a Gerência Regional do Ministério da Fazenda, em Belo Horizonte, fazendo-se passar, desnecessariamente, for funcionária da CGU, em Brasília, a fim de obter um “fac-simile” da nota da despesa.

Em outro gasto considerado “suspeito”, um órgão da imprensa diz que a Superintendência da Polícia Federal em São Paulo pagou R\$ 600,00 à Clínica de Estética By Kimberly, especializada em “levantar bumbum e seios”, acrescentando que “na ação de governo que justifica o gasto está escrito: “0,9 kg”. Tratava-se do pagamento pela devolução de uma arma de fogo feita à empresa da pessoa que devolveu a arma. Na verdade, o código da ação “Pagamento de Indenização por Entrega de Arma de Fogo” no Programa de Desarmamento é: “06 183 0662 09KG”. Na reportagem, foram publicados apenas os quatro elementos finais do código (09KG), e inserida uma vírgula entre o zero e o nove, grafando-se “kg” em minúsculas, buscando induzir os leitores a imaginar uma medida de peso. Neste caso, como se vê, não se tratou apenas de usar a “piada” pronta, mas mesmo de ajudar a fazê-la.

Bichinho de pelúcia

Outro gasto “suspeito”, segundo nova “denúncia” na imprensa, foi a compra de R\$ 2,7 mil em chocolates pela Escola de Aperfeiçoamento de Sargentos do Exército, entre julho e dezembro do ano passado. O produto, explicou a direção da escola, fez parte da sobremesa no rancho dos alunos do curso.

Em outras matérias replicadas em vários órgãos de comunicação acusou-se o Comando da Marinha de adquirir um bichinho de pelúcia, apenas porque a loja onde a compra foi feita era o “Império da Pelúcia”. Comprou-se, na verdade, um pedaço de veludo para forrar a bandeja onde são colocadas as medalhas entregues em solenidades de condecorações militares.

A Marinha foi citada em outra matéria por conta da aquisição de uma caixa de bombons de chocolate que, na verdade, foi adquirida para presentear a esposa de uma autoridade militar estrangeira que visitou instalações navais em nosso país.

Acusou-se também a Controladoria-Geral da União de pagar “até três contas em lavanderias, de R\$ 155,00”. Foram lavadas toalhas que forram a mesa utilizada em confraternizações e reuniões na CGU, inclusive as do Conselho Nacional da Transparência.

Matéria publicada em 06.02.2008 “denuncia” saque de R\$ 800,00 feito pela Aneel “em 29 de dezembro, uma sexta-feira, às vésperas dos feriados

de final de ano”. Na realidade, o gasto ocorreu em 19.12, o serviço foi recebido em 22.12 e o efetivo pagamento feito em 27.12. Tratava-se de serviço de manutenção de um arquivo deslizante Mecatron 3000 – Aeco, localizado no 6º andar do Bloco H do Edifício Sede da Anatel. A despesa foi considerada eventual, pelo fato de o serviço não ser coberto pelo contrato de manutenção e ter de ser executado em caráter de urgência.

Pasta 007

No mesmo dia, 06.02.2008, a imprensa “denunciou” que um servidor da mesma Aneel comprou, em 2007, por R\$ 11.354,00, passagem de ida e volta para uma diretora da Agência comparecer a um compromisso nos EUA. O valor gasto foi de R\$ 7.492,65, pois a Aneel pleiteou e conseguiu o reembolso de R\$ 3.861,35, desconto contratual que seria dado à empresa de turismo. A compra com cartão decorreu da necessidade de garantir a vaga (o vôo estava quase lotado) e a empresa contratada não estava conseguindo garanti-la pela internet. Em face das justificativas e documentação apresentadas, a CGU concluiu ter sido regular a despesa.

O Banco Central também foi “denunciado” por um jornal, em 08.02.2008, pelo gasto de R\$ 499,00, feito em 2007, na Datelli (calçados e bolsas) de um shopping center de Brasília. A auditoria interna do BC esclareceu, como já houvera feito ao jornal, que o gasto correspondeu à compra de uma pasta tipo 007 para uso em serviço, no transporte de do-

cumentos, e que a mesma pertence ao patrimônio da instituição.

Acusou-se também a Controladoria-Geral da União de pagar “até três contas em lavanderias, de R\$ 155,00”.

Foram lavadas toalhas que foram a mesa utilizada em confraternizações e reuniões na CGU, inclusive as do Conselho Nacional da Transparência.

A Embrapa foi denunciada pela carta de um leitor publicada por um jornal em 14.02.2008, por ter gasto, em 2007, R\$ 12.184,94 na loja Microponto, em Belém. Os esclarecimentos e a documentação apresentada pela auditoria interna da empresa são elementos convincentes da legalidade e legitimidade da despesa. A Embrapa não utiliza cartões de pagamento e as despesas efetuadas referem-se a contrato de prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva em relógios de ponto e interface.

Segundo outro órgão da imprensa, uma servidora do Hospital da Lagoa usou cartão para fazer saques o ano inteiro, alguns deles no fim de semana. Os gastos, feitos em 2007, chegaram a R\$ 9.980,00. A reporta-

gem se adiantou a qualquer apuração, afirmando que “os saques não têm explicações à altura dos gastos”. Pois eles foram considerados elegíveis, já que tiveram por finalidade a aquisição de materiais de consumo de pequeno valor, inclusive medicamentos, e foram realizados de acordo com os limites estabelecidos.

Censos do IBGE

Entre os dias 1º e 11 de fevereiro deste ano, 27 matérias de diversos jornais estranhavam os gastos feitos pelo IBGE com os cartões de pagamento, destacando, como suspeita, a grande incidência de saques consecutivos. O fato foi explicado pela realização do censo agropecuário e a contagem da população em pequenos e médios municípios, que mobilizou, além de um pequeno exército de coordenadores do órgão, cerca de 75 mil recenseadores contratados temporariamente em todo o país, em áreas urbanas e rurais. Esses recenseadores receberam, diariamente e em dinheiro, ajuda de custo ao longo do treinamento, além de passagens para seu deslocamento durante os censos. Tal logística exige muitos saques em espécie. A CGU ainda examina as justificativas e documentação apresentadas pelo IBGE, mas já pode afirmar que o volume e a dinâmica dos gastos é compatível com o porte e a logística dos censos. Irregularidades pontuais eventualmente constatadas merecerão o devido tratamento.

O IBGE foi “denunciado” ainda em outra matéria, publicada em

7.02.2008, por ter feito compras com o cartão, no valor de R\$ 183,00, na Casa dos Colchões; de R\$ 400,00 em papelarias; e R\$ 14.600,00 para pagar combustível no Posto São Cristóvão. Na Casa dos Colchões foram adquiridos cinco colchonetes para a sede do IBGE na Paraíba, de forma a permitir o pernoite, na sede, de servidores encarregados do planejamento, monitoramento e transmissão de dados dos censos, durante a execução dos mesmos; (a nota fiscal constante da prestação de contas foi emitida em nome do IBGE e os colchonetes estão guardados na sede estadual do órgão); no caso das papelarias, a CGU solicitou e aguardava ainda remessa de documentação, embora, em princípio, despesas com material de expediente, normalmente adquiridos em papelarias, sejam típicas de suprimento de fundos; quanto aos gastos com combustível, a informação da reportagem não se confirmou: no Posto São Cristóvão foram gastos cerca de R\$ 5 mil; em outro posto de combustível R\$ 1.400,00, e o restante das despesas foi feito para pagamento de passagens urbanas a cerca de 50 recenseadores, locação de meio de transporte e manutenção de veículos. As notas fiscais de abastecimento de combustível, a que a CGU teve acesso, estão emitidas em nome do IBGE e trazem as placas e quilometragem dos veículos. Consultas ao Renavam confirmaram que os veículos são do IBGE.

Agência matrimonial

Outra matéria publicada em 14.02.2008 “denunciou” que um

servidor do Ministério da Agricultura gastou dinheiro público com serviços de uma agência matrimonial. O gasto, de R\$ 245,00 foi feito em uma oficina mecânica erradamente classificada como agência matrimonial no cadastro de CNPJ da Receita Federal. O mesmo problema aconteceu envolvendo a Marinha e uma empresa baiana que reformou, ao custo de R\$ 1 mil, um apartamento do Hotel de Trânsito da Base Naval de Aratu, na Bahia.

Em 07.02.2008, outro jornal estranha mais um gasto “pitoresco”: o pagamento de R\$ 1.400,00 para reforma de uma mesa de sinuca no Ministério das Comunicações. O fato foi explorado em outras matérias de muitos outros jornais e revistas. O gasto, entretanto, foi considerado regular, tendo em vista tratar-se da preservação do patrimônio público sob a guarda e responsabilidade do Ministério, para uso dos motoristas.

Da mesma forma, foi regular o gasto de R\$ 80,00, também do Ministério das Comunicações e também “denunciado” por um jornal em 17.02.2008, para manutenção corretiva do sugador de líquidos de consultório odontológico. O gasto foi justificado com a necessidade de conserto, em caráter emergencial, do consultório que funciona no Ministério.

Um jornal “denunciou”, em 08.02.2008, os gastos de R\$ 199,00 (em farmácia) e R\$ 4.935,00 (em saques), feitos por uma funcionária da Alfândega do Porto de Santos. No primeiro caso, tratou-se de compra

de material para kits de primeiros socorros para lanchas da alfândega, conforme nota fiscal apresentada na prestação de contas; no segundo caso, foi apresentada a documentação comprobatória das despesas em nome da Alfândega do Porto de Santos, bem como as justificativas dos 16 gastos realizados com saques, a maioria deles com manutenção de equipamentos, veículos e embarcações.

Em matéria publicada no mesmo dia 08.02, a imprensa estranha o gasto anual de R\$ 1,9 milhão feito pela Receita Federal com o uso do cartão de pagamento, “R\$ 500 mil a mais que no ano anterior”, informa a matéria. A Receita encaminhou à CGU justificativas e documentação comprobatória das despesas, feitas sempre em nome de suas unidades e atestadas por servidores distintos dos que fazem as compras. O valor de R\$ 1,9 milhão é a soma dos gastos feitos para atender a cerca de 600 repartições distribuídas por todo o país, o que resulta na média de R\$ 3.166,00 anuais por unidade. O volume do gasto é compatível com o porte da Receita Federal do Brasil.

Em 25.02, um site noticioso na internet replica várias das “denúncias” já publicadas e acrescenta outra: A Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira (Ceplac), vinculada ao Ministério da Agricultura, gastou, no ano passado, R\$ 7 mil no Clube de Tiro de Cacau, em Itabuna (Bahia). A verba foi usada no treinamento de 20 vigilantes integrantes do quadro permanente do órgão,

compreendendo o manuseio de armas de fogo, dentro das normas de segurança. O clube contratado é o único ente na região que ministra esse tipo de curso, fornecendo, inclusive, todo o material empregado, inclusive munição, conforme a proposta apresentada. Os treinandos fazem vigilância armada nas instalações da Ceplac e há mais de dez anos não eram reciclados.

Vários jornais publicaram, ao longo do mês de fevereiro, que um funcionário da Radiobrás gastou R\$ 36,00 numa loja de colchões, em Brasília. Comprou-se, na verdade, cinco metros de lona para cobertura de um estúdio móvel montado no sambódromo da Capital Federal, para transmissão do Carnaval.

Outro jornal publicou, ainda em fevereiro, matéria estranhando compras feitas pela Imprensa Nacional em uma loja especializada em bordados. A direção da IN explicou que foram compradas duas bandeiras com a logomarca do órgão, produto que não se encontra em qualquer prateleira e que foi encomendado à loja para hasteamento, junto ao pavilhão nacional e à bandeira do Distrito Federal, na cerimônia do Dia da Bandeira, em 2007.

Esses foram apenas alguns exemplos das “graves denúncias” que ajudaram a construir o “escândalo dos cartões”. Qual delas teria sua publicação justificada como “denúncia” ou “absurdo” após uma apuração isenta, séria e responsável de todos os lados do fato?



Artigos

As agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade

Luís de Sousa, cientista político do Centro de Investigação e Estudo de Sociologia do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa (CIES - ISCTE)

1. O controle da corrupção: entre simbolismo e desilusão

O controle da corrupção, enquanto política pública, busca tanto a implementação de medidas preventivas e educacionais que visem a redução das estruturas de oportunidade para a corrupção, quanto a repressão de práticas e comportamentos desviantes dos dispostos legais vigentes.

As políticas de controle à corrupção não podem ser definidas através de medidas avulsas, esporádicas e cosméticas. O combate à corrupção faz-se através de um “cocktail” de medidas: (1) de natureza diversificada (preventivas, repressivas e educacionais; legislativas, institucionais e processuais); (2) de escopo holístico ou incremental; (3) de impacto multifacetado (ao nível da ética individual, da cultura organizacional das instituições, e até mesmo ao nível das estruturas sociais e econômicas de uma sociedade política); e (4) de uma mistura complexa e nem sempre equilibrada de incentivos e sanções se consegue controlar as ten-

dências e conseqüências do fenômeno.

Importa porém distinguir o conceito de políticas públicas de controle à corrupção do conceito de anticorrupção, bastante difuso nos discursos de circunstância das elites, ativistas e reformadores sociais. O discurso anticorrupção alimenta um debate normativo em formato *yin* e *yang* para o qual não há resolução: por um lado, a idéia alimentada por moralistas, populistas e bem intencionados de que a corrupção é um pecado, uma doença, uma patologia a eliminar da face da terra a qual, regra geral, se extingue numa condenação moral unívoca e infértil da corrupção; por outro lado, a idéia defendida por alguns funcionalistas e relativistas de que a corrupção poderá desempenhar funções sociais, econômicas e institucionais em sociedades em transição, lubrificando as engrenagens do sistema, integrando as massas na vida política, aumentando os níveis de desenvolvimento. Este normativismo centrado na pa-

tologia ou na funcionalidade do fenômeno tem alimentado aquilo a que o economista sueco Gunnar Myrdal (1970) apelidou de círculos de causalidade entre o folclore da corrupção e as campanhas anti-corrupção estéreis.

O combate à corrupção enquanto política pública tem como objeto identificar, compreender e atuar preventivamente sobre áreas de risco e culturas organizacionais, ficando para um segundo plano a detenção dos atores, a confiscação dos bens e outras atuações repressivas. Não quero com isto dizer que a lei não tenha que ser validada enquanto instrumento de coibição, caso contrário corremos o risco da sua descredibilização. Serve apenas para indicar de que a lei não pode, nem é um substituto da ética e, por conseguinte, toda a iniciativa repressiva para que tenha um efeito dissuasor duradouro terá que se fundar num conhecimento do fenômeno e numa atuação a jusante do problema.

A receita para um combate eficaz contra a corrupção é já de todos conhecida, a saber:

- (1) uma vontade e um consenso político proativo;
- (2) a existência de um enquadramento legal anticorrupção e de organismos isentos e eficazes que garantam o seu cumprimento;
- (3) a existência de mecanismos de prestação de contas e órgãos judiciais;

- (4) cooperação interinstitucional entre organismos de fiscalização e judiciais;
- (5) medidas deontológicas e de aconselhamento;
- (6) condições de desempenho do cargo que favoreçam um comportamento ético;
- (7) entidades independentes especializadas no combate à corrupção;
- (8) envolvimento e escrutínio público.

Quer por reação a contextos de escândalo, quer por sugestão ou até mesmo pressão da comunidade internacional e dos doadores em particular, os governos de países em vias de desenvolvimento têm adotado uma série de medidas anticorrupção na tentativa de construção destes sistemas de integridade.

As medidas são de cariz multifacetado: medidas legislativas (como por exemplo a adoção de regras de financiamento político, de controle da riqueza e interesses dos eleitos); medidas processuais (a introdução de pagamentos multibanco em departamentos de atendimento ao público propícios à corrupção diádica e *speed money*, por exemplo); medidas estruturais (como a introdução de regulamentação e regras de concorrência num setor de mercado); e medidas institucionais (como a criação de uma agência independente e especialização com uma missão específica de combate à corrupção). Não existe necessariamente uma vi-

são holística da política de controle, nem uma articulação integrada dessas medidas e instrumentos. Os pacotes de transparência ou anticorrupção vão sendo “empilhados”, mas os resultados são, na maioria dos casos, escassos.

A maioria dos países tidos como problemáticos em matéria de corrupção por organismos internacionais, ONGs e agências de desenvolvimento, dispõe hoje de uma panóplia de leis anticorrupção igual ou superior a algumas democracias consolidadas e países ricos do hemisfério norte.

Não obstante os governos tenham introduzido uma série de medidas e instrumentos conformes com as diretrizes e recomendações internacionais, a sua efetividade tem ficado aquém das expectativas. A questão não está apenas na adoção de medidas e instrumentos de combate à corrupção, mas o modo como são operacionalizados e implementados de um modo integrado, consistente e duradouro. A infra-estrutura de controle pressupõe uma monitorização do funcionamento das suas partes, uma avaliação

dos resultados conseguidos (ou não conseguidos) e afinações incrementais. Em poucas palavras, o sistema de controle pressupõe um retorno e verificações regulares do seu desempenho integrado.

O paradigma reformista tem incidido sobretudo em 2 tipos de resposta que chamam a atenção da opinião pública, podendo assim o poder político angariar um ganho simbólico sem que haja de fato um impacto nas estruturas de oportunidade para o fenómeno: medidas legislativas e revisões penais por um lado, respostas institucionais, por outro.

A maioria dos países tidos como problemáticos em matéria de corrupção por organismos internacionais, ONGs e agências de desenvolvimento, dispõe hoje de uma panóplia de leis anticorrupção igual ou superior a algumas democracias consolidadas e países ricos do hemisfério norte. Aliás, a maioria das respostas legislativas à corrupção surgem sempre como tentativas de lavar os Estábulo de Áugias e acabam por resumir-se ou em leis “leões sem dentes” com normas duras, mas sem meios efetivos que assegurem a sua aplicação (como é o caso dos crimes de colarinho branco, dos conflitos de interesse ou das práticas de financiamento político) ou em leis “cosméticas” cujos princípios anunciados pela lei discrepantes com a operacionalização dos instrumentos necessários à sua prossecução (como é por exemplo a idéia de “controle público” da riqueza dos eleitos? Que “público” e “que controle” se pretende com um enquadramento legal que

impossibilita o acesso à informação?). Na maioria das democracias, novas ou velhas, consolidadas ou em transição, ricas ou pobres, existe um déficit democrático no que toca a produção destes diplomas com repercussão negativa na sua qualidade.

As respostas institucionais são também bastante apelativas do ponto de vista simbólico. A criação de uma agência especializada de combate à corrupção concentra a atenção das elites e da opinião pública em geral. Esta característica tem um aspecto positivo e um aspecto negativo em relação ao desempenho do novo organismo: se por um lado, as agências anticorrupção (ACAs, *acrônimo em inglês*) tendem a gozar de uma legitimidade constitucional (assegurada pelo consenso entre as elites relativamente à sua criação) e uma legitimidade popular (pelas expectativas que desperta na opinião pública que identifica o novo organismo com um baluarte do combate à corrupção, o Dom Quixote que defenderá o bem público e restituirá aos cidadãos um sentido popular de justiça de que a lei é igual para todos e é para ser cumprida); por outro lado, a agência recém-criada carrega às costas o ônus do sucesso como um fardo. Não obstante a agência anticorrupção não tenha sido criada num vácuo institucional e partilhe com demais organismos a responsabilidade no combate à corrupção, a natureza específica da sua missão a coloca à mercê da percepção redutora, mas bastante difusa de que “se nada ou pouco se fez, é culpa da agência”. Não

nos esqueçamos, que a história destes organismos nos demonstrou, e temos como exemplo o caso da extinta Alta Autoridade Contra a Corrupção em Portugal, de que estes organismos especializados nascem pelas mãos do decisor político e morrem pelas mãos dos mesmos.

2. O que é uma agência anticorrupção?

Antes de nos debruçarmos em concreto sobre as questões que dizem respeito ao desenho institucional e ao desempenho das agências anticorrupção, importa definir o objeto de análise em questão: o que é uma agência anticorrupção? A resposta é mais fácil do ponto de vista abstrato e conceitual do que em termos da classificação das entidades existentes. Em muitos casos, a etiqueta estatutária não se coaduna à realidade institucional observada. Algumas agências são irrelevantes e permanecem desconhecidas para a maioria dos cidadãos.

É fundamental operacionalizar o conceito de modo a que possamos criar um entendimento comum sobre o objeto de análise. Uma agência anticorrupção é *um órgão (de financiamento) público e de natureza durável, com uma missão específica de combate à corrupção e de redução das estruturas de oportunidade propícias para a sua ocorrência através de estratégias de prevenção e repressão.*

O conceito é o suficientemente lato para incluir quer agências espe-

cializadas com competências preventivas e repressivas do fenômeno, quer agências que desenvolvem apenas umas dessa vertentes (preventiva ou repressiva).

2.1. Diferentes modelos

O formato destas agências variam no espaço, mas tem-se assistido a um crescente mimetismo e isomorfismo institucional.

Por um lado, a sua criação é produto de padrões de desenvolvimento legal e institucional específicos a cada país. Cada agência, por assim dizer, é única. Alguns países dotaram estas agências de amplos poderes de investigação e de sanção; outros optaram por agências apenas com funções preventivas, educacionais e informativas. Também há diferenças no que toca o âmbito de ação, competências, recursos, regras de *accountability*, etc.

Por outro lado, tem havido uma convergência no tipo de agências discutidas e adotadas. A ICAC de Hong Kong, criada em 1974, é frequentemente referida, como “a agência anticorrupção de maior sucesso”. De fato, tornou-se um modelo para muitos países. Talvez seja impróprio utilizar a palavra “modelo”, mas, pelo menos, desde inícios da década de 90 temos assistido a um incremento nos níveis de transferência de conhecimento sobre o formato destes organismos. O conhecimento dos sucessos e insucessos de experiências estrangeiras e a importação de modelos testados em

outros países são características importantes deste processo.

O conhecimento dos sucessos e insucessos de experiências estrangeiras e a importação de modelos testados em outros países são características importantes deste processo.

Num recente relatório intitulado *Specialized anti-Corruption Institutions: Review of Models* (2007), a OCDE tentou classificar as realidades existentes em 3 tipos ideais:

Instituições especializadas com múltiplas competências

Este modelo diz respeito às agências anticorrupção propriamente ditas com competências quer no domínio preventivo como no repressivo, desenvolvendo uma série de atividades que vão além da investigação criminal, entre outras: análise de políticas, assistência técnica, competências informativas e educativas, monitorização, pesquisa científica (sobre áreas de risco, inquéritos, etc.). Na maioria dos casos o poder de acusação permanece uma função externa à agência (da com-

petência do Ministério Público ou organismos semelhantes), de modo a evitar uma concentração excessiva de poderes num só organismo. Exemplos: ICAC de Hong Kong, CPIB de Singapura, NSW ICAC de Nova Gales do Sul (Austrália), o *Directorate on Corruption and Economic Crime* do Botswana, o *Special Investigation Service* da Lituânia, o *Corruption Prevention and Combating Bureau* da Letônia.

Departamentos especializados nas forças policiais ou procuradorias

Este modelo pode assumir várias formas de especialização e pode ser implementado em vários organismos de investigação judiciária ou procuradorias. Em alguns casos, a investigação e acusação estão concentradas no mesmo organismo. É difícil estabelecer até que ponto este modelo se diferencia dos outros dois, visto que alguns destes organismos também têm desempenhado funções preventivas. Exemplos: a *Norwegian National Authority for Investigation and Prosecution of Economic and Environmental Crime*, o *Central Office for the Repression of Corruption* belga, a *Fiscalía Anticorrupción* espanhola, o Departamento Central de Investigação da Corrupção e Criminalidade Econômica e Financeira da Polícia Judiciária portuguesa, o Departamento Central de Ação e Investigação Penal da Procuradoria-Geral da República portuguesa, o *National Anti-Corruption Directorate* romeno.

Instituições com competências exclusivamente preventivas

Este modelo inclui instituições com uma ou mais competências preventivas. Estas podem desenvolver atividades de natureza científica sobre o fenómeno (pesquisa, análises de risco, *profiling*, inquéritos, estudos de caso, *focus groups*, conferências temáticas, etc.); de desenvolvimento e aconselhamento de políticas de controle à corrupção aos órgãos de decisão; de acompanhamento e recomendação de alterações à regulamentação de setores de risco na esfera pública e privada (e.g. urbanização, obras públicas, compras do Estado, cassinos, alfândegas, etc.); de coordenação de investigações e comunicação entre os vários organismos com competências nesta matéria; de monitorização das regras de conflitos de interesses e declarações patrimoniais; de elaboração e implementação de códigos deontológicos; de assistência aos funcionários públicos em matéria de corrupção; de treino das forças de investigação; de facilitação da cooperação internacional neste domínio; e de intermediação entre os organismos do Estado com competências nesta matéria e a sociedade civil. Exemplos: o *Service Central de Prévention de la Corruption* francês, a *State Commission for Prevention of Corruption* da Macedónia, o *Anti-corruption Monitoring Group* da Albânia, a *Permanent Commission against Corruption* de Malta, o *Office of Government Ethics* Norte Americano, a *Commission for the Co-ordination of Activities for Combating Corruption* búlgara, o

Committee on Standards in Public Life do Reino Unido.

Não obstante esta tentativa de classificação da diversidade institucional observada seja de grande utilidade ao estudo destes organismos públicos, na prática, é difícil estabelecer até que ponto existe uma diferenciação clara entre os vários modelos (se é que o termo “modelo” tem qualquer aplicação).

2.2. Características e princípios gerais

As agências anticorrupção distinguem-se de outros organismos com os quais partilham competências nesta matéria pelas seguintes características e princípios gerais:

Independência

A questão da independência é basilar na concepção deste tipo de organismo público. A maioria das discussões sobre ACAs gira em torno deste problema. Independência deve ser entendida não como irresponsabilidade ou ausência de reporte ou controle externo à sua atuação, mas a capacidade de poder exercer a sua missão e mandato sem interferência e intervencionismo político. Enquanto organismos responsáveis pela execução de uma política/estratégia nacional de combate à corrupção, as ACAs não são completamente “independentes”. O conceito aparece assim ligado a outros princípios orientadores como a isenção/objetividade, a equidade, a

accountability, a existência de um mandato claro e legalmente definido e, sobretudo, a autonomia seja ela de natureza estrutural ou operacional. É neste sentido que se entende independência. Estatutariamente, todas as ACAs são independentes; na prática, porém, os níveis de independência são bastante diferentes de uma ACA para outra. Algumas agências carecem de regras transparentes de nomeação e exoneração do corpo dirigente; outras não têm regras de orçamentação, nem de gestão de recursos humanos e financeiros claramente definidas; os mecanismos de auditoria interna e as regras de reporte são, por vezes, muito incipientes. A independência das ACAs não significa o seu hermetismo. As ACAs não nascem, nem resistem num vácuo institucional: cooperação interinstitucional, ancoragem das suas atividades na sociedade civil; pertença a redes de cooperação internacionais; são fatores fundamentais não apenas para a eficácia das suas operações como também para a sua própria institucionalização.

Especialização

O combate à corrupção dos nossos dias requer uma estratégia articulada, multidisciplinar e informada. Já não se trata apenas da corrupção troca entre dois indivíduos (passivo e ativo). A crescente complexidade do fenómeno faz-se sentir ao nível da natureza dos atores, do tipo de trocas, dos contextos onde estas ocorrem e da sofisticação dos mecanismos de transação.

A natureza dos actores envolvidos é mais complexa. Assistimos, por vezes, à criação de centros de estudos ou empresas fictícias cuja única finalidade é a de camuflarem o ato de corrupção através de operações contábeis ilícitas (como o falso faturamento) ou transações comerciais virtuais. Não se trata apenas de contrapartidas monetárias em troca de decisões. A maioria dos pagamentos ou favores prestados não têm uma contrapartida imediata (a decisão ou influência que se ambiciona), mas servem para comprar influência e segurança para um pacto ilícito em que a única garantia de validação do compromisso está assente num acordo tácito e numa confiança estratégica entre os atores. O pacto de corrupção não tem garantias legais em caso de não cumprimento, pelo que são necessários meios que 1) por um lado evitem o risco de tentar corromper o ator errado e 2) garantam o retorno do suborno efetuado. A corrupção dos nossos dias é também complexa no que toca aos contextos de interação e transação entre as partes. A socialização entre os actores é fundamental para a criação desse clima de negócio ilícito, que diminui, em muito, a necessidade de linguagem explícita. Os conflitos de interesse, a promiscuidade entre a classe política e os altos cargos públicos e as elites do privado providencia esse contexto de socialização. Cria-se um clima de negócio, de *omertá* entre as partes: subentende-se o que é preciso fazer e conhecem-se os ganhos para cada um dos *players* implicados. As transações tornam-se, quer pela maior informação, quer

pela maior condenação simbólica do fenómeno que ocorre em regimes democráticos, mais sofisticadas para que o último estágio do pacto ilícito seja de facto oculto, não obstante toda a contextualização do ato ocorra (legalmente) à frente dos olhos de toda a gente. A criação de sacos azuis nas empresas, nos ministérios, nas autarquias, a criação de contas bancárias em *offshores*, criação de centros de estudo e/ou associações fictícias para falso faturamento, etc., são exemplos da sofisticação crescente dos mecanismos de transação.

A produção de conhecimento especializado sobre corrupção é hoje uma questão central para qualquer estratégia de combate à corrupção e tem dominado os debates sobre o papel e desempenho das ACAs.

Por todas estas razões, a produção de conhecimento especializado sobre corrupção é hoje uma questão central para qualquer estratégia de combate à corrupção e tem dominado os debates sobre o papel e desempenho das ACAs. As agências anticorrupção são por definição *single-issue bodies*. Organismos com uma missão específica: a do combate à corrupção. As formas de especialização variam consideravelmente

de país para país. É difícil definir uma solução universal para o problema, contudo, a maioria dos relatórios de organizações internacionais e a literatura sobre o tema tendem a reconhecer que a especificidade do mandato e a complexidade do fenômeno em questão requerem o recrutamento/treino de elementos com um grau de especialização nestas matérias. A natureza multidisciplinar do controle leva, porém, a uma necessidade de atualização e de diversificação desses domínios de especialização. É impensável que o *staff* de uma agência possa abarcar todos os domínios de conhecimento. A tendência para a compartimentalização de domínios de especialização não só prejudica a multidisciplinaridade que deve reger a orgânica interna da agência, como se torna dispendiosa. Algumas agências, não obstante, praticam um recrutamento especializado (o oposto do recrutamento geral que vigora nas forças da polícia), optam por uma política de consolidação de quadros operacionais e acabam por requisitar ao exterior outras valências necessárias para o desenvolvimento de uma determinada investigação ou atividade.

Competências amplas e poderes especiais

O mandato deste tipo de agências especializadas é, regra geral, mais amplo que o dos organismos convencionais (polícias, Ministério Público, magistratura), quer ao nível estratégico (visto desenvolverem um misto de competências preventivas e repressivas), quer ao

nível universo de atuação. A definição operacional de corrupção não deve ser limitada a um ou dois tipos de crime configurados no código penal. A missão do organismo exige que o combate à corrupção vá além dos preceitos penais/legais vigentes. O organismo deverá igualmente endereçar práticas e comportamentos que não obstante escapem a definição penal, sejam eticamente reprováveis. Mais ainda, a ACA deverá propor ao legislador a atualização do enquadramento penal de modo a acompanhar a evolução social do fenômeno. A corrupção, enquanto fenômeno social é sempre mais dinâmica do que a sua criminalização. Limitar a jurisdição do organismo a casos de “grande corrupção” poderá ser uma vantagem do ponto de vista dos recursos, da visibilidade do organismo, do apoio por parte da opinião pública e em relação à atuação de outros organismos com poderes neste domínio, mas que poderão estar menos disponíveis (e possuir menos competências) para desencadear investigações complexas deste tipo. Por outro lado, o enfoque em casos de “grande corrupção” poderá tornar-se fatal ao organismo na sua fase inicial de institucionalização, quer pelo fato da sua capacidade de resposta ainda não ser proporcional aos objetivos fixados estatutariamente e esperados pela opinião pública, quer pelo fato de gerar um braço-de-ferro com o poder político que lhe pode ser desfavorável a vários níveis, em particular, no que toca a nomeação dos seus dirigentes e a sua orçamentação.

Ao contrário das forças convencionais, as agências anticorrupção tendem também a beneficiar-se de uma série de poderes especiais (sobretudo no âmbito da investigação) cujo nível de concentração não é comparável ao de outros organismos. Alguns desses poderes especiais só têm aplicabilidade no âmbito do mandato da agência. O fato de este tipo de agência estar tradicionalmente associada a competências amplas e poderes especiais não acolhe consensos, nem gera simpatias em regimes democráticos. Por um lado, o decisor/legislador teme uma ameaça às liberdades e garantias constitucionais, por outro lado, as forças convencionais de combate à corrupção recebem uma inevitável perda ou ajustamento de competências a favor do novo organismo. Isto explica a sua fraca implantação nas democracias ocidentais.

Durabilidade (sustentabilidade a longo prazo)

A sustentabilidade das agências anticorrupção é outro traço geral que as define. Poucas têm de fato viabilidade e a sua durabilidade no tempo resulta apenas da capacidade que as instituições demonstram em resistir ao seu inevitável colapso. Sem uma existência provada no tempo, a definição de agência anticorrupção não passa de um eufemismo legal.

Sem ter em conta o universo de atuação (isto é, o número de funcionários públicos e outros cargos abrangidos pelo seu mandato), nem o quadro de competências da agência,

o quadro comparativo que se segue não deixa de ser ilustrativo da falta de viabilidade e de sustentabilidade de alguns destes organismos (Quadro 1). Foi perguntado aos chefes de agências e/ou representantes das várias agências anticorrupção que constam da base de dados ANCORAGE-NET,¹ se, no entender dos próprios, existia um desajustamento entre os recursos (humanos e financeiros) e as competências do órgão. Não obstante possamos estar perante um discurso de pedido ou de desculpabilização do fraco desempenho com a falta de recursos, é importante salientar algumas observações:

- as agências que apresentam um *staff* de 4 a 6 membros, com orçamentos anuais entre os 70 e os 250 mil euros, é pouco provável que tenham um impacto visível e estruturante, quer do ponto preventivo, quer do ponto repressivo devido à dimensão do organismo (e.g. Malta, República da Macedónia e República de Montenegro). É necessária uma certa dimensão para tornar conhecido e crível o papel da agência;
- as agências em que o diferencial entre o pessoal adstrito e orçamento anual é menor estão satisfeitas com os seus recursos (e.g. Austrália, Croácia e Letônia);
- as agências que têm conseguido alguns resultados positivos e visi-

1. Para mais informações sobre a metodologia deste estudo piloto, consultar: www.ancorage-net.org.

bilidade internacional neste domínio estão, forçosamente, bem aparelhadas.

É certo que a eficiência não se adquire através de injeções sistemáticas de financiamento num organismo; mas é igualmente certo que o diferencial entre responsabilidades/competências acrescidas e financiamento precário não geram produtividade. As agências que trabalham com orçamentos apertados tendem a ser bastante produtivas, pelo menos nas fases iniciais de ins-

titucionalização. A longo prazo, a falta de recursos é um desincentivo à motivação dos seus profissionais. (ver Quadro 1)

As discussões sobre a adequação dos recursos humanos e financeiros ao mandato das ACAs, ocupam a maioria das reflexões sobre o desempenho e continuidade destes organismos, mas na maioria dos casos não são apresentados indicadores concretos que justifiquem as opções políticas a tomar. A decisão de extinguir ou de dar

Quadro 1: Níveis de recursos humanos e financeiros das ACAs

País	Pessoal Total	Orçamento anual €,m	Auto-avaliação do desempenho "A agência tem recursos suficientes para exercer eficazmente o seu mandato?"
Argentina	90	0,5	Não
Austrália (NSW)	111	10,16	Sim
Croácia	36	1,2	Sim
República Checa (I)	306	4,4 (salários apenas)	Não
República Checa (II)	--	--	Sim
França	14 (ao início)	0,37	Sim
Letônia	89	3,2	Sim
Lituânia	--	4,7	Não
Malawi	51	0,52	Não
Malta	4	0,08	Não
Moldova	40	2,59	Não
República da Macedônia	6	0,25	Não
República de Montenegro	5	0,07	Não
Romênia	510	--	Não
Eslováquia	31	--	Sim
Hong Kong*	1.350	70,05	n.d.

Source: Anorage-net e *Kamanga 2005, p. 22

por cumprida a missão de uma ACA é política (tal como a que levou à sua criação) e, na maioria das vezes, ocorre sem um debate elucidado

sobre as condições em que a agência se viu obrigada a operar ou sem uma reflexão objetiva de indicadores de desempenho.

Princípios a salvaguardar	Medida / instrumento	Resultados esperados	Conseqüências imprevistas
Integridade	<p>Criação de uma equipe de raiz (com novos elementos)</p> <p>Regras de conflitos de interesse</p> <p>Escrutínio do passado do agente</p>	<p>Evita transmissão de culturas organizacionais "viciadas" de outros departamentos</p>	<p>Diminui nível de experiência no terreno</p> <p>Aumenta dificuldade de comunicação com outros organismos</p> <p>Cria uma classe especial alvo de "cobiça" e rivalidade institucional</p>
Independência	<p>Regras estatutárias de nomeação e exoneração do cargo</p> <p>Inamovibilidade do cargo</p> <p>Mandato superior a ciclos eleitorais</p>	<p>Evita manipulação política das investigações</p>	<p>Abuso de poder</p> <p>Deriva institucional</p> <p>Limitação de mandatos no tempo pode perturbar clima de trabalho e organização interna do organismo</p>
Especialização	<p>Recrutamento por concurso especializado (por objetivos)</p> <p>Treino/formação</p>	<p>Melhor resposta à complexidade do fenômeno</p>	<p>Tendência para a compartimentalização</p> <p>Crescimento indesejável do número de pessoal</p>
Transparência	<p>Regras de reporte</p> <p>Publicitação de resultados, pareceres, decisões e recomendações</p> <p>Publicitação de documentos de gestão interna e de execução orçamentária</p> <p>Portal</p>	<p>Aumenta credibilidade da instituição</p> <p>Aumenta confiança e apoio por parte da opinião pública</p> <p>Reduz possibilidade de mercados (ilícitos) de informação</p>	<p>Perde-se a vantagem da <i>intelligence</i></p> <p>Comunicação pode tornar-se um fardo para a instituição sobretudo em temas que suscitam condenação moral em sociedade (diminuindo a sua eficácia e celeridade no tratamento dos processos)</p>

2.3. Dificuldade de salvaguarda estatutária dos princípios gerais

A independência ou autonomia, a especialização e a integridade dos seus membros são alguns dos princípios fundamentais que estão na base destes organismos. Como salvaguardar estes princípios através da formatação institucional e do *modus operandi* do organismo, não é tarefa fácil.

“As respostas institucionais de combate à corrupção não são de hoje, nem se resumem à criação de agências anticorrupção.”

3. Contexto de criação e expansão das ACAs

As respostas institucionais de combate à corrupção não são de hoje, nem se resumem à criação de agências anticorrupção. Existem variadíssimos exemplos no passado de comissões parlamentares, ligas, unidades especiais da polícia, etc. Não sendo uma novidade, não deixam de ser uma inovação no leque de medidas que tinham vindo a ser sugeridas desde os finais da década de 70. Um dos elementos mais marcantes da atividade anticorrupção da década de 90 é precisamente a explosão de novos atores dedicados

única e exclusivamente ao combate à corrupção, sejam eles produtos da ação governamental (como as agências anticorrupção) ou da sociedade civil organizada (como as ONGs e centros de investigação sobre estas matérias).

As primeiras agências anticorrupção (ACAs) datam do período após a Segunda Guerra Mundial – 1952, Singapura, *Corrupt Practices Investigation Bureau*; 1967, Malásia, *Anti-Corruption Agency* – e foram criadas num contexto de (pós)descolonização: ou pelas próprias potências europeias em declínio, numa tentativa tardia de “salvar reputação” da sua administração; ou pelos novos governos independentes, enquanto parte do espírito de autodeterminação e da necessidade de criar uma nova ordem, uma nova administração, limpando “velhos hábitos” e práticas de corrupção “herdadas” da administração colonial.

Mas foi sobretudo com a criação da *Independent Commission Against Corruption* de Hong Kong em 1974 que a ideia ganhou corpo e desenvolveu-se como um modelo a exportar. De fato, a ICAC de Hong Kong tem sido sugerida como modelo para vários organismos congêneres criados em outras partes do mundo.

Com o colapso da Guerra Fria, a expansão dos processos de democratização e a globalização, a corrupção, ou melhor, o seu combate, ganha relevo no debate público e nas agendas de reforma nacionais e internacionais. Importa referir dois de-

envolvimentos no que toca as respostas institucionais de combate à corrupção:

- o deslocamento geográfico deste tipo de agências: do mundo em vias de desenvolvimento para o mundo desenvolvido; de democracias em transição (e regimes não-democráticos) para democracias consolidadas; do oriente para ocidente. Com a globalização da corrupção dá-se a internacionalização do controle e a tentativa de universalização dos *standards* e modelos. As agências anticorrupção passam a figurar como peças centrais do pacote de medidas sugeridas por organismos internacionais;
- o alargamento do âmbito de atuação das novas agências face àquelas criadas anteriormente: da corrupção administrativa e criminalidade econômica, as agências da década de 90 preocupam-se também com a corrupção na esfera política. Enquanto que para as agências criadas nas décadas de 50, 60 e 70, a corrupção política estava fora da agenda, porque se tratavam de regimes autoritários, para as novas ACAs no combate à corrupção não se reduz à necessidade de assegurar a legalidade do regime e um desenvolvimento eficaz e sustentável; cumpre-lhes igualmente salvaguardar outros princípios de governança que só têm acolhimento e expressão significativa na sociedade civil de regimes democráticos, tais como a transparência, a equidade, a *accountability* e a integridade.

3.1. Universalização das ACAs

Várias organizações internacionais recomendaram a adoção de agências anticorrupção como peças centrais da arquitetura institucional nacional de combate à corrupção. Quase podemos falar de uma universalização de um modelo de resposta institucional, ainda que esta tenha ocorrido mais ao nível discursivo do que ao nível operacional.

A OCDE foi uma das pioneiras em referir este tipo de respostas aos estados membros através da promoção do conceito de *infra-estrutura de ética* (1996). A Resolução (97) 24 adotada pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa em 6 de novembro de 1997 reforçou esta idéia enumerando os *Vinte Princípios Orientadores do Combate à Corrupção*. O *Princípio 3* alerta para a necessidade de garantir a independência e autonomia dos responsáveis pela prevenção, investigação, acusação e condenação da corrupção no exercício das suas funções; enquanto que o *Princípio 7* alerta para a necessidade de promover a especialização das pessoas e organismos responsáveis pelo combate à corrupção e de lhes providenciar os meios e treino necessário para o exercício das suas funções. Estavam lançadas as bases para a universalização das Agências Anticorrupção como respostas “inovadoras” no combate à corrupção:

- Na América, o Parágrafo 9º do Artigo III da *Convenção Interamericana contra a Corrupção* (CICC), adotada em 29 de março

de 1996 (com entrada em vigor em 6 de março de 1997), sugere a adoção deste tipo de organismos;

- Na Europa, o Artigo 20º da *Convenção de Criminalização da Corrupção do Conselho da Europa*, adotada em 4 de Novembro de 1998 (com entrada em vigor em 1 de Julho de 2002), refere a necessidade da criação de *specialised authorities* no combate à corrupção, deixando aos Estados os critérios para alcançar tal objetivo;
- Na África, o Artigo 4º do Protocolo contra a Corrupção, adotado pela *Southern African Development Community* (SADC) em 14 de agosto de 2001 (com entrada em vigor em 6 de julho de 2005), e o Parágrafo 5º do Artigo 20º da Convenção da União Africana sobre a Prevenção e a Luta contra a Corrupção, adotada em 11 de julho de 2003 (e que ainda aguarda a entrada em vigor), também sugerem a adoção de entidades especializadas no combate à corrupção;
- Por último, a mais importante de todas as convenções anticorrupção devido ao seu escopo e âmbito internacional de aplicação, a Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas (vulgo Convenção de “Mérida”) adotada em 31 de outubro de 2003 (com entrada em vigor em 14 de dezembro de 2005. Nos seus Artigos 6º e 36º, a Convenção refere o papel de órgão(s) anticorrupção

com competências na prevenção do fenómeno e recomenda especificamente a criação de *Specialised authorities*.²

Pela primeira vez na história das organizações internacionais, e após 50 anos da criação da primeira agência anticorrupção no sudoeste asiático, assistimos à universalização deste tipo de resposta através de convenções internacionais e do papel mobilizador de entidades não-governamentais, tais como a *Transparency International*.³

Independentemente da diversidade de formatos e poderes, estes organismos defrontam-se com vários obstáculos ao exercício do seu mandato que explicam, de certa maneira, os fracos resultados obtidos: 1) dificuldades (de natureza técnica, estatutária e cultural) na detecção/exposição da corrupção através de queixas; 2) dificuldades na obtenção de informação sobre corrupção de outros organismos públicos; 3) dificuldades em estabelecer um bom clima de trabalho com a esfera política. A visível discrepância entre as

2. Artigo 36º da Convenção de “Mérida” de 31 de outubro de 2003: “Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, ensure the existence of a body or bodies or persons specialized in combating corruption through law enforcement. Such body or bodies or persons shall be granted the necessary independence, in accordance with the fundamental principles of the legal system of the State Party, to be able to carry out their functions effectively and without any undue influence. Such persons or staff of such body or bodies should have the appropriate training and resources to carry out their tasks.”

3. Ver *Anti-Corruption Handbook da Transparency International* (www.transparency.org).

expectativas criadas e os resultados conseguidos não abonou a favor destes organismos.

Depois de um positivismo exacerbado, a desilusão e/ou ceticismo instalaram-se. As organizações internacionais tiveram que rever em baixa as suas recomendações para a criação de agências anticorrupção. Num relatório da UNDP em 2005, a agência conclui

“Several countries have opted for or are currently considering creating an independent commission or agency charged with the overall responsibility of combating corruption. However, the creation of such an institution is not a panacea to the scourge of corruption. There are actually very few examples of successful independent anti-corruption commissions/ agencies”. (UNDP 2005:5)

4. Propósito das Agências Anticorrupção

Atendendo aos contextos diversificados existentes, cada agência é um caso de estudo singular que obedece a padrões de desenvolvimento institucionais e condicionalismos específicos que variam de país para país. Não obstante a idéia de um modelo de agência permaneça mais uma preocupação teórica do que operacional, não podemos subestimar o crescente mimetismo e isomorfismo institucional neste domínio. A literatura sobre esta matéria (Johnston 1999; Quah 1999; Meagher 2002; Doig et al.

2005) tende a identificar três imperativos ou objetivos que estão na base da criação deste tipo que importa salientar, a saber:

- combater a corrupção de um modo independente e assente no conhecimento, desenvolvendo, para o efeito, uma dimensão preventiva em que o papel da investigação científica é central;
- ultrapassar a inoperância e desadequação das estruturas e processos tradicionais:
 - ao nível sofisticação/complexidade crescente das ocorrências;
 - ao nível da globalização dos mecanismos de troca e das transações financeiras;
 - no que toca o desenvolvimento de comunicação e cooperação interinstitucional. Como já foi mencionado, as ACAs não surgem, não funcionam, nem subsistem num vácuo institucional;
- e reter controle da cadeia de comando das operações a fim de potenciar capacidade de resposta (“celeridade com sucesso”) e de superar a inércia e bloqueio dos mecanismos convencionais de combate (sobretudo em contextos de corrupção sistêmica e de baixo nível de confiança nas instituições da justiça).

Na prática, os imperativos, que levam os gestores políticos a preferir

a criação de uma agência anticorrupção à manutenção de uma estratégia unicamente assente num combate difuso e disperso por vários organismos, têm um entendimento diferente pelos próprios dirigentes desses novos organismos. Para a maioria dos chefes e representantes de agências, a questão de liderança e da centralidade das ACAs na infraestrutura de combate à corrupção não é uma razão forte que justifique a sua existência e missão. A necessidade de desenvolver uma estratégia assente no conhecimento, independente de qualquer tipo de pressões políticas e eficaz na resposta aos problemas antecede a necessidade de criar um órgão responsável pela centralização da informação e coordenação dos esforços de combate à corrupção. Para os decisores e para a opinião pública em geral, a criação de uma agência *single-issue* não poderia deixar de acarretar consigo esse fardo de ser o enfoque das atenções e o organismo responsável pelo combate à corrupção. Às ACAs cumpre-lhes uma função de interface institucional através de uma série de valências: mediar entre os objetivos do decisor político e as expectativas dos cidadãos; facilitar a cooperação e comunicação interinstitucional; recolher, centralizar, sistematizar e tratar a informação difusa entre os vários departamentos da administração do Estado, com o intuito de criar bases de dados e conhecimento repartível e transferível para os demais órgãos com competências no combate à corrupção; promover alianças estratégicas com estes organismos públicos e com outras entidades da so-

cidade civil (órgãos de comunicação social, empresas, partidos, associações, ONGs, etc.); e promover a sua inserção em redes internacionais de cooperação.

5. Equívocos comuns de concepção

A criação de agências anticorrupção encerra alguns equívocos comuns sobre a concepção e a finalidade destes organismos:

- 1) Quer a percepção otimista de que as respostas institucionais são o estágio último de combate à corrupção, uma espécie de “bala de prata”, quer a tentativa de redução do papel das ACAs à repressão do fenómeno de acordo com os preceitos penais vigentes, são equívocos de concepção que tendem a defraudar as expectativas criadas em torno da adoção destes organismos;
- 2) Um outro equívoco ainda mais grave, e que de certa maneira é responsável pelas avaliações negativas do desempenho das ACAs, é a percepção de que estes organismos surgem num vácuo institucional. As ACAs não são os únicos organismos com competências no combate à corrupção e, portanto, não podem ser “o bode expiatório” dos insucessos neste domínio;
- 3) A questão da independência do organismo também encerra alguns equívocos. As ACAs são financiadas única e exclusivamente

te por dinheiro público e por tal têm uma obrigatoriedade de reporte a um órgão de fiscalização ou tutela. Independência não significa irresponsabilidade, deriva institucional ou abstração da política governamental de combate à corrupção. A ACA é apenas uma peça do *puzzle*. Faz parte de uma infra-estrutura de combate à corrupção e deve definir a sua agenda e estratégia de atuação em conjunto com os demais organismos judiciais e com a política do governo sobre esta matéria sem que isso prejudique a sua autonomia;

A criação de uma agência anticorrupção, como qualquer outra medida neste domínio, requer uma reflexão a priori de um conjunto de elementos que justificam ou não a sua adoção.

4) Outro equívoco é o de pensar que o mais árduo em todo este processo é a criação da agência. A decisão de criar uma agência, regra geral, é a tarefa mais fácil. O problema está em garantir a efetividade da sua existência, a sua viabilidade e sustentabilidade a longo prazo. A regularidade do seu financiamento e um contínuo apoio político são necessários ao longo da sua existência e é precisamente nesses dois pontos que o poder político tem quota de responsabilidade pelo sucesso

ou insucesso do organismo. O problema não é iniciar, mas manter o mesmo nível de financiamento e apoio a longo prazo.

6. Como evitar o fracasso institucional das ACAs?

Dez princípios orientadores de como evitar o fracasso institucional das ACAs e inovar o seu papel no combate à corrupção

Regra 1: Pensar antes de agir

A criação de uma agência anti-corrupção, como qualquer outra medida neste domínio, requer uma reflexão a priori de um conjunto de elementos que justificam ou não a sua adoção. Muito sumariamente:

- Quais os motivos ou imperativos que subjazem à criação de uma agência anticorrupção?
- Qual a extensão do fenómeno, os tipos de transações e os setores de risco em causa?
- Considerações de natureza estatutária: que formato ou tipo de agência? Que missão e competências? Que definição operacional de corrupção em função da missão? Que localização e delimitação das diferentes jurisdições entre os organismos com competência nestas matérias? Que regras e processos de recrutamento? Que tipo e montante de orçamento?

- Existem outras soluções possíveis e mais econômicas?
- Etc.

Uma institucionalização bem sucedida passa por um equilíbrio entre os objetivos delineados para a agência e as competências operacionais que lhe são atribuídas. Por um lado, as ACAs têm que possuir poderes especiais de investigação e de angariação de provas à medida do seu mandato, tais como: ações cobertas/infiltradas; escutas telefônicas; interceptação de chamadas e de outro meios eletrônicos de comunicação; confiscação de material de prova; acesso a contas bancárias e outras informações de natureza financeira; congelamento de contas bancárias; proteção de denunciante; possibilidade de utilizar agente provocador; etc. Por outro lado, a atribuição/concentração de poderes especiais num só organismo deve ter em consideração a salvaguarda de garantias processuais e liberdades constitucionais, que pode ser conseguida através de uma autorização/validação prévia do seu uso por uma entidade externa. Do mesmo modo que a concentração de poderes numa só entidade acarreta receios objetivos por parte do legislador, a concentração das “chaves de ignição” sob a alçada de uma só entidade externa pode conduzir, desnecessariamente, à criação de um *veto player* com poderes suficientes para bloquear o normal desempenho da agência. Preferencialmente, a validação dos poderes especiais deverá ser repartida por várias entidades. Esta medida serve também para partilhar os riscos e o

ônus de sucesso (ou insucesso) pelas várias instituições com competências neste domínio.

Regra 2: Alcançar consensos proativos

A criação de uma agência anticorrupção não pode ser vista como fruto da maioria no poder, nem como um instrumento manipulável pelo poder político, porque essa percepção reduz a sua credibilidade aos olhos da opinião pública e da comunidade internacional. Tem que ser um projeto institucional que reúna um consenso alargado entre as elites. A continuidade e sustentabilidade do organismo não pode estar sujeita a alternâncias políticas. Por outro lado, os consensos podem gerar atitudes de imobilismo por parte do legislador face à necessidade de proceder a uma revisão do mandato e/ou competências do organismo.

A criação de uma agência anticorrupção não pode ser vista como fruto da maioria no poder, nem como um instrumento manipulável pelo poder político, porque essa percepção reduz a sua credibilidade aos olhos da opinião pública e da comunidade internacional.

Regra 3: Evitar armadilhas e lacunas estatutárias

Um modo de evitar armadilhas e lacunas estatutárias, imprevistas ou deliberadas, é o de abrir o processo de concepção dos estatutos ao contributo fundamental de vários atores privilegiados e peritos sobre estas matérias. Até que ponto a posição do decisor é uma posição informada e objetiva? O processo legislativo nestas matérias deverá ser *open source*, isto é, fruto de um processo de deliberação alargado em que sejam ouvidos, para além dos líderes partidários, os profissionais do setor (magistrados, investigadores, procuradores, polícias), académicos e peritos em corrupção e políticas de controle, jornalistas que tratam com regularidade as matérias de reforma institucional (sobretudo no setor da justiça) ou que se debruçam sobre corrupção e criminalidade financeira, ONGs de combate à corrupção, representantes da comunidade internacional, etc. Um processo deliberativo aberto força o decisor a rever a sua posição inicial em função a posições diferentes e igualmente informadas. Um processo *open source* traz também a vantagem de partilha de responsabilidades na concepção do organismo, evitando assim que o decisor seja alvo de ataques sobre alegados bloqueios institucionais.

Regra 4: Promover uma liderança e uma composição social íntegra e dedicada

A vida de uma instituição passa pela sua liderança e composição so-

cial. Para um organismo especializado e autónomo, isto é, com uma localização que foge da estrutura clássica hierárquica da magistratura, do ministério público ou da administração pública (não obstante os requisitos de reporte e de *accountability*), a liderança torna-se ainda mais um requisito de sucesso.

A tendência de nomear alguém com “provas dadas” em outro organismo é bastante generalizada, mas não oferece garantias de que o/a líder em questão tenha uma visão holística do problema e que a saiba transmitir aos seus agentes subordinados. Os líderes não nascem, fazem-se. Com isto quero dizer que a necessidade de preparar líderes e gestores neste domínio é tão fundamental como o treino de agentes de investigação.

A seleção de pessoal deve ser feita com base num recrutamento competitivo, mas que tenha em atenção a motivação, dedicação e apropriação dos valores da organização. A experiência adquirida no setor pode constituir uma mais valia para o organismo (para além de ser uma solução mais económica), mas o recrutamento de agentes em comissão de serviço, oriundos de outros organismos, pode carregar consigo a transmissão de culturas organizacionais que colidem com os princípios orientadores da nova agência. Não foi por acaso que a criação da ICAC em Hong Kong recorreu a uma medida de recrutamento deveras audaz e que dificilmente seria aceitável em outros contextos institucionais. A falta de credibilidade nos agentes da polícia e da magistratura local levou o então alto comissá-

rio a contratar agentes do Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia e Canadá, tendo deixado apenas o departamento educacional ao cargo de agentes autóctones.

Regra 5: Definir uma estratégia de gestão de recursos

A definição de uma estratégia de adequação dos meios disponíveis aos objetivos fixados no tempo é a receita do “possível” e talvez a regra mais importante para evitar a paralisia ou fracasso institucional da agência. A definição do que é “adequado” é suscetível de interpretações contrastantes e varia de acordo com as disponibilidades de cada país. O excesso de recursos é uma situação que raramente se verifica, mas que pode ser um incentivo ao comodismo e baixa produtividade. A falta de recursos é mais recorrente e pode ser desmotivadora e uma causa de insucesso.

O ótimo é inimigo do bom. A tensão entre a solução ótima para um problema e aquela que realmente é implementável também se faz sentir ao nível da atuação das agências anticorrupção. Seria ótimo que a agência conseguisse os melhores resultados possíveis em todas as áreas da sua competência. Contudo, a fim de evitar uma dispersão de recursos que na prática pode resultar numa atuação inócua por parte da agência, é preferível abdicar de alguns domínios, em particular, aqueles que requerem alguma maturidade institucional para poderem ser tratados convenientemente, tais como a corrupção na esfera política.

É quase impossível para um agência nos seus primeiros anos de existência conseguir desenvolver eficazmente operações em todas os domínios da sua responsabilidade. É necessário estabelecer prioridades e adotar uma estratégia de crescimento/fortalecimento incremental. O sucesso deve ser construído com base em pequenas vitórias conseguidas em domínios de menor visibilidade, mas com um impacto estruturante na vida dos cidadãos. Fazer pouco e bem é preferível a tentar fazer tudo, mas acabar por produzir pouco (“*aim low to score high*”). Operações bem sucedidas transmitem uma imagem institucional de competência e de credibilidade, o que por sua vez gera confiança e apoio por parte do decisor, de outros organismos com competências nesta matéria, dos doadores e da opinião pública em geral.

A agência custa dinheiro aos contribuintes pelo que o apoio da opinião pública à sua existência e atuação passa pela percepção da sua eficácia. Esta, por sua vez, é percebida em termos de custos de oportunidade: será que os benefícios que a agência traz para a sociedade e o funcionamento do Estado e da democracia justificam o seu custo? É claro que a eficiência é difícil de medir em termos monetários, mas não podemos ignorar o fato da opinião pública, à falta de indicadores de desempenho objetivos, perceber o propósito da agência nesses termos redutores.

A necessidade de criar uma gestão equilibrada do orçamento é fundamental ao crescimento e fortaleci-

mento da instituição. A afetação de metade ou mais de metade do orçamento ao pagamento de salários do pessoal deixa pouca margem de manobra para investir em equipamento e sobretudo no treino do pessoal e no desenvolvimento de atividades de investigação científica.

Regra 6: Criar estratégias de comunicação e um sistema de denúncia assente em NTICs

As ACAs pecam por não ter uma estratégia de comunicação, quer em relação aos demais organismos parceiros com os quais necessita criar uma cooperação estreita, quer em relação à opinião pública em geral. A estratégia de comunicação tem que passar inevitavelmente pela criação de um portal interativo e *user friendly*.

É quase impossível para um agência nos seus primeiros anos de existência conseguir desenvolver eficazmente operações em todas os domínios da sua responsabilidade. É necessário estabelecer prioridades e adotar uma estratégia de crescimento/ fortalecimento incremental.

A maioria das investigações continua assente na denúncia, de preferência interna à organização (aparelho do Estado, empresa, fundação, etc.) e por vezes com poucas ou nenhuma garantias e proteção para o denunciante. Sem um enquadramento legal adequado de acesso público à documentação oficial, sem um estatuto adequado de denunciante, torna-se difícil a gestão do papel *watchdog* do cidadão. Mas o problema da denúncia passa também pela falta de instrumentos adequados. Também a este nível, a criação de sistemas de denúncia *online*, que permitam aos cidadãos o anonimato e o acompanhamento do processo é fundamental, visto que uma das razões pelo baixo nível de queixas aos órgãos de investigação resulta do medo de repercussões negativas e uma percepção de incoseqüência por parte do denunciante.

A estratégia de comunicação da agência passa também pela necessidade de informar os cidadãos das atividades desenvolvidas, das investigações em curso e dos resultados conseguidos. É, por isso, fundamental estabelecer um conjunto de indicadores de avaliação do grau de eficácia do organismo, incluindo, entre outros, informação estatística sobre os processos tratados. A ausência de um sistema de auto-avaliação crível dá azo a interpretações subjetivas sobre a eficácia da agência. Para que o organismo não seja injustamente penalizado pela opinião pública, nem favorecido através da produção de relatórios anuais de atividades autocomplacentes, é funda-

mental que os critérios de avaliação sejam definidos a priori e devidamente divulgados.

Regra 7: Flexibilidade, adaptabilidade e informalidade

Os organismos judiciários ou policiais tendem a ser caracterizados como estruturas burocráticas governadas por hierarquias rígidas, com um grau de adaptabilidade a novos contextos e dinâmicas bastante reduzido e retardador, e com um desprezo pela informalidade dos processos (o que, de certo modo, se justifica pelo fato de terem sido criadas para combater essa mesma informalidade). As agências anticorrupção, pelo seu formato, localização, mandato e composição social, não tendem a divergir muito dos seus congêneres convencionais.

A institucionalização e *empowerment* destes organismos passa, em grande medida da sua capacidade de quebrar as normas, de vencer as convenções, sem colocar em risco os princípios que governam a sua atuação. O que se espera destes organismos é que não se restrinjam à letra da lei, mas que cumpram e façam cumprir o seu espírito.

Tal como outras entidades reguladoras independentes, a institucionalização e o sucesso de uma ACA passam pela sua capacidade de definir, implementar, monitorar/avaliar autonomamente, uma política de controle e de aprender com os resultados conseguidos. Este processo

faz-se através de uma tensão constante entre os parâmetros estatutários que governam e delimitam a atuação do organismo e a sua capacidade factual de alcançar os objetivos propostos e cumprir a sua missão. Cabe à liderança gerir esta tensão alocando da melhor maneira possível os seus recursos, definindo prioridades que permitam consolidar o seu trabalho e *modus operandi* e sabendo dar respostas possíveis mas credíveis às exigências do decisor, às solicitações dos demais organismos e às expectativas da opinião pública em geral.

Regra 8: Construir alianças estratégicas

Como já foi referido, as ACAs não nascem num vácuo institucional. Cada ACA é apenas um elemento de um sistema de integridade nacional, ainda que seja aquele que mais atenção chama a si mesmo devido à especificidade da sua missão. Torna-se, por isso, fundamental ponderar, antes mesmo da sua criação, os conflitos jurisdicionais que a introdução de um novo *player* institucional possa suscitar em relação à infra-estrutura anticorrupção existente. É indispensável para o bom desempenho do seu mandato e para a sua durabilidade, que as ACAs estabeleçam relações de cooperação interinstitucional saudáveis com os demais órgãos responsáveis pela prevenção e combate à corrupção (nomeadamente forças de investigação criminal, polícias, ministério público, tribunais, órgãos de fiscalização do Estado, etc.).

Regra 9: Inserir a ACA em redes de cooperação internacional

A globalização dos mercados financeiros, o incremento das transações comerciais internacionais, a mobilidade crescente dos agentes econômicos e a dificuldade do Estado em controlar estes fluxos tornou cada vez mais premente a cooperação internacional neste domínio.

As agências anticorrupção, não obstante tenham sido criadas com o intuito de dar resposta a problemas nacionais, vêm-se no decurso das suas investigações obrigadas a recorrer a várias instâncias e rogatórias internacionais como alternativa à insuficiência da soberania do Estado no combate às ocorrências complexas e transnacionais da corrupção.

Porque a corrupção dos nossos dias é essencialmente caracterizada pela complexidade e internacionalização dos atores e mecanismos de troca, é crucial que o organismo esteja inserido em redes de cooperação internacional e participe em fóruns que proporcionem a troca de experiências e de conhecimento aplicado e promovam a socialização entre os membros das várias agências (o que diminui em muito os custos de comunicação em processos que requerem cooperação internacional).

Regra 10: Ancorar a atuação da ACA na sociedade civil

A atividade de controle não se restringe à atuação de organismos

do aparelho de Estado. Outros intervenientes da sociedade civil também desempenham um papel de relevo. A atuação da ACA deve estar ancorada na sociedade civil, porque o fim último deste organismo é o de procurar uma mudança de valores na sociedade face à ocorrência deste fenómeno, e tal não se consegue trabalhando de costas voltadas para a imprensa, desconfiando das ONGs que trabalham sobre estas matérias e subvalorizando as advertências dos peritos e académicos. O apoio dos cidadãos à agência anticorrupção é vital para assegurar a independência do organismo, a sua eficácia e durabilidade.

“Porque a corrupção dos nossos dias é essencialmente caracterizada pela complexidade e internacionalização dos atores e mecanismos de troca, é crucial que o organismo esteja inserido em redes de cooperação internacional e participe em fóruns que proporcionem a troca de experiências e de conhecimento aplicado e promovam a socialização entre os membros das várias agências.”

7. Conclusão

As agências anticorrupção são o elemento inovador do pacote “uniformizado” de medidas recomendadas pela comunidade internacional a países em transição para a democracia e uma economia de mercado, onde a corrupção se faz sentir de modo mais permanente e endêmico. Não são a panacéia do combate à corrupção, nem as únicas responsáveis pelo seu sucesso ou insucesso.

As agências anticorrupção são o elemento inovador do pacote “uniformizado” de medidas recomendadas pela comunidade internacional a países em transição para a democracia e uma economia de mercado, onde a corrupção se faz sentir de modo mais permanente e endêmico.

Não obstante haja uma tendência para isomorfismo e mimetismo institucional provocado pela universalização da doutrina e os condicionais impostos por instituições

financeiras mundiais, doadores e processos de integração regional (Critérios de Copenhaga, UE), as agências obedecem a culturas organizacionais e padrões de desenvolvimento institucional diferentes de país para país.

Existem uma série de equívocos de concepção comuns à maioria das agências na sua fase inicial de institucionalização, que têm um impacto negativo no seu desempenho: pouco cuidado com o formato e a localização da agência; menos cuidado ainda com a sua autonomia financeira, recrutamento e regras de reporte e *accountability*; expectativas desajustadas em relação aos recursos existentes; institucionalização hermética; etc.

A maioria das ACAs não possui poderes de investigação e por conseguinte são de dimensão reduzida. A ICAC Hong Kong tem 1.350 profissionais (a grande maioria agentes de investigação recrutados no estrangeiro) e tem competências de deduzir acusação. Embora a ICAC de Hong Kong tenha sido referida como “modelo” por muitas agências criadas na década de 90, poucas foram as que de fato se assemelham. O “modelo” é demasiado custoso para a maioria dos países além de que alguns dos poderes que lhe são conferidos dificilmente seriam aceites em democracias ocidentais, ou porque colidem com as liberdades e garantias constitucionais, ou porque alguns desses poderes já se encontram atribuídos a outros organismos existentes.

A atribuição de poderes especiais às ACAs requer regras precisas e funcionais de “ignição” desses poderes. A separação das autorizações de ignição de cada poder especial por vários organismos com competências nesta matéria oferece algumas garantias contra potenciais abusos de poder.

O sucesso das agências passa por uma série de medidas que as distinguem dos órgãos tradicionais e que acarretam custos elevados, nomeadamente: recrutamento especializado e treino contínuo; uso de NTICs; condições de trabalho e esquema salariais atrativos, etc. Pedir um sacrifício aos contribuintes sem uma previsão de retorno pode ser um fa-

tor contra a adoção deste tipo de organismos por parte do poder político. O combate à corrupção pode custar muito dinheiro e produzir resultados inócuos (“a montanha que pariu o rato”).

Paira na maioria das agências uma incerteza constante em relação ao futuro. Não existem garantias de sustentabilidade a longo prazo, quer do ponto de vista financeiro, quer no que toca o apoio político ao projeto. O problema não está em criar a agência, mas em manter o mesmo nível de financiamento e de apoio a longo prazo. A decisão de criar ou extinguir as agências anticorrupção é política e esta nem sempre é informada.

Cultura brasileira e corrupção

Fabiano Mourão Vieira, graduado e mestre em Economia pela Unicamp (1995 e 2002), doutor em Economia pela USP (2006), Analista de Finanças e Controle da CGU-PR

1. Introdução

O objetivo deste artigo é discutir a relação entre cultura brasileira e corrupção. Este tema, de importância inquestionável, a nosso ver, em virtude da compreensão da corrupção como fato social e não meramente econômico, está em voga desde o lançamento da obra de Almeida (2007), intitulada “A Cabeça do Brasileiro”, que apresenta os resultados de uma pesquisa ampla, a PESB – Pesquisa Sócio-Brasileira – financiada pela Fundação Ford, acerca de temas levantados pela antropologia de Roberto DaMatta.

Além desta publicação, a vinda de Jean Cartier-Bresson ao Brasil, para proferir uma série de palestras no âmbito do Projeto EuroBrasil 2000, também fomentou os debates sobre a influência da cultura, uma vez que, para esse autor expoente internacional no assunto, a cultura não é variável-chave para o entendimento da corrupção.

O texto está estruturado em duas partes. Na primeira, são analisados os temas abordados pela PESB que discutem direta e indiretamente a opinião dos brasileiros sobre a corrupção e o papel do Estado. É forne-

cida uma reinterpretação dos resultados, tendo em vista as diferenças percebidas entre o jeitinho e a corrupção. Neste esforço, mostra-se a complexidade do uso da palavra cultura no âmbito da pesquisa. Em uma segunda parte, discutem-se as possibilidades da existência de uma “cultura da corrupção”.

O artigo é concluído apontando para as dificuldades de se analisar a corrupção a partir da cultura, tendo em vista tratar-se de um fenômeno complexo, que possui muitas causas. Além da cultura, para que se compreenda os níveis praticados de corrupção, faz-se necessário levar em conta outras variáveis, como baixa renda e escolaridade, desigualdade, estruturas de mercado, regimes políticos, instituições legais e de controle, oferta de serviços públicos, instabilidade política, incerteza, etc.

Falar em “cultura da corrupção” pode dar idéia errônea da predominância da cultura na determinação dos níveis de corrupção praticados em um país. Trata-se de um erro com conseqüências sociais graves, pois desacredita os efeitos do esforço de justiça social, conscientização e melhoria institucional em prol de uma economia menos corrupta.

2. A Cabeça do Brasileiro

2.1. O Jeitinho e a Corrupção

A pesquisa publicada em Almeida (2007) fornece uma contribuição ímpar para os estudos da corrupção no Brasil. Quatro dos nove temas abordados (corrupção, hierarquia, familismo e fatalismo, espírito público, punição para violência, sexualidade, presença do Estado, preconceito e política de cotas) têm interesse direto para as pesquisas sobre a corrupção. Abaixo, cada tema de interesse é discutido.

O autor argumenta que *“o jeitinho brasileiro é importante em nossa sociedade. Não apenas por ser muito difundido, mas principalmente pelo fato de nos permitir entender que o Brasil tem tanta dificuldade em combater a corrupção”*. Segundo o autor, com a pesquisa realizada, *“os brasileiros têm a chance de saber por que a “cultura da corrupção” é tão enraizada entre nós. A PESB [a pesquisa] mostra que isso acontece porque a corrupção não é simplesmente a obra perversa de nossos políticos e governantes. Sob a simpática expressão “jeitinho brasileiro”, ela é socialmente aceita, conta com o apoio da população, que a encara como tolerável”*. (p. 45) O autor define o jeitinho como *“instrumento que possibilita a quebra de regras”, “zona cinzenta moral entre o certo e o errado”*. (p. 46-7). Por fim, o autor levanta seu ponto central:

“A questão fundamental é simples: seria o jeitinho a ante-sala da corrupção? Pode-se afirmar

que quanto maior é sua aceitação, maior também é a tolerância social à corrupção? Os resultados da PESB parecem indicar que a resposta a ambas as perguntas é sim. Ao contrário da moralidade norte-americana, a brasileira admite a existência de um meio-termo entre o certo e o errado. Quanto maior for a utilização e a aceitação desse meio-termo, maiores são as chances de que haja uma grande tolerância em relação à corrupção” (p. 48).

A partir de um conjunto de 19 situações, a pesquisa identificou o que o brasileiro crê como jeitinho e como corrupção. Fala-se de moralidade contextual, pois o que é certo ou errado depende do contexto. Em geral, conclui-se:

“As situações classificadas como jeitinho envolvem algum tipo de burocracia, ainda que seja a de um restaurante, e um amigo ou conhecido que, com boa vontade, quebra uma regra geral para ajudar a contornar um problema. Trata-se, portanto, do apelo a uma relação pessoal. Inversamente, no que se considera corrupção, não há interferência de um conhecido ou amigo. As relações são impessoais, o que fica bem caracterizado pelo recurso do dinheiro em vez da boa vontade como forma de solucionar problemas” (p. 57).

No entanto, o próprio autor torna complexa a definição do jeitinho, ao notar que a classificação entre jeiti-

nho e corrupção está relacionada com a familiarização dos pesquisadores em relação às situações levantadas. Isso pode ser verificado nas duas passagens abaixo:

“É significativo que as pessoas que não têm carro inclinam-se mais a considerar corrupção “passar uma conversa no guarda para ele não aplicar uma multa”[...] “Também são práticas distantes da maioria das pessoas: enriquecer por meio de cargos públicos; encontrar meios de não pagar impostos; ter dois empregos e só trabalhar em um deles; e ter ao mesmo tempo bolsa de estudo e emprego. Isso quer dizer que, distante dessas situações, a maioria da população se sente à vontade para classificá-las como claramente negativas: elas são corrupção” (p. 55-6).

No que se refere à análise das regiões, as pesquisas convergem com os trabalhos etnográficos, que apontam o Nordeste como local de maior concentração de práticas corruptas e clientelísticas. Pela influência das obras de DaMatta e Gilberto Freire, a região é sempre lembrada como *locus* de análise ideal para compreender a falta de separação entre o público e o privado na cultura ibérica e brasileira. Em termos damattianos, trata-se da convivência da rua e da casa.

“Pode-se afirmar que há uma diferença importante entre o padrão ético do Nordeste em relação às demais regiões do Brasil. O que para um nordestino é acei-

tável (...) para um habitante de outra região tende a ser errado ou eticamente condenável. Essa ética faz com que a opinião pública nordestina seja mais tolerante com acontecimentos que em outra região do Brasil tenderiam a ser considerados corrupção. A capacidade de indignação e de combate à corrupção da população nordestina é menor pelo simples fato de sua concepção ética ser – na média – diferente do restante do Brasil” (p.65).

A partir de um conjunto de 19 situações, a pesquisa identificou o que o brasileiro crê como jeitinho e como corrupção.

As três perguntas utilizadas para avaliar as diferenças regionais são as seguintes:

- Pedir a um amigo que trabalha no serviço público para ajudar a tirar um documento mais rápido do que o normal;
- Um funcionário público receber um presente de Natal de uma empresa que ele ajudou a ganhar um contrato do governo;
- Alguém consegue um empréstimo do governo que demora muito a sair. Consegue liberar o empréstimo mais rápido porque tem um parente no governo.

É importante notar que as três questões envolvem exemplos em que as relações pessoais e não monetárias são essenciais. Os objetivos são alcançados não por meio de transações em moeda, mas por meio de troca de favores. Não há impessoalidade nem compra de serviços, como a corrupção típica do pagamento de propinas.

No que se refere à escolaridade, na primeira e na terceira pergunta, conforme avança-se em anos de estudo, a percepção muda de favor para jeitinho. O segundo caso é um pouco mais complexo, pois existem leis que estabelecem tal impossibilidade e há informações disponíveis que fazem com que pessoas de maior escolaridade decidam caracterizar tal comportamento como corrupção.

O autor conclui que *“a opinião pública brasileira reconhece e aceita, em grande medida, que se recorra ao jeitinho como padrão moral. [...] Por isso, se os níveis de corrupção no Brasil provavelmente estão relacionados à aceitação social do jeitinho – que é grande e bastante enraizada entre nós – os resultados da pesquisa indicam que temos um longo caminho pela frente se o que desejamos é o efetivo combate à corrupção”* (p. 71).

No entanto, é importante observar que quando as relações são impessoais e envolvem um fluxo monetário na transação, a classificação predominante é de corrupção e não de jeitinho. Por exemplo, tratam-se dos seguintes casos: pagar um funcionário de uma companhia

de energia para fazer o relógio marcar um consumo menor, dar R\$ 20 para o guarda para ele não aplicar uma multa, fazer um gato/gambiarra de energia elétrica, uma pessoa conseguir uma maneira de pagar menos impostos sem que o governo perceba, usar um cargo no governo para enriquecer, uma pessoa ter dois empregos, mas só ir trabalhar em um deles, uma pessoa ter bolsa de estudo e um emprego ao mesmo tempo.

Cumpra observar que a grande maioria dos exemplos de corrupção envolve transações impessoais e monetárias, diferindo do jeitinho, que trata de transações pessoais e não monetárias. Grosso modo, nota-se, portanto, que os indivíduos sabem separar o que é jeitinho do que é corrupção. Nesse sentido, em tese, não se pode falar de um Nordeste menos ético, mas de um Nordeste mais dadivoso, com mais jeitinho. Claro que essa definição que separa jeitinho da corrupção não é exata e rigorosa, pois as transgressões diversas do aparato legal e os favorecimentos no judiciário são, em geral, corrupção, ainda que sejam impessoais e não-monetárias. No entanto, o termo corrupção é demasiadamente amplo e a existência deste tipo de corrupção legal-dadivoso não tira o mérito da tentativa de compreender a corrupção (na maioria das práticas) e o jeitinho de forma separada.

Cartier-Bresson (2000) notou as particularidades do tema, observando que o *“o clientelismo se opõe à corrupção como troca de mercado, mas não à corrupção como troca so-*

cial, conferindo-lhe de certo modo uma legitimação social. Isso equivale a dizer que existe uma economia moral da corrupção e que esta não é apenas uma forma simples de manipulação dos funcionários públicos por parte das elites” (p. 83).

A própria pesquisa não parece confirmar a rigor a conceituação damattiana do jeitinho como ‘instrumento que possibilita a quebra de regras, zona cinzenta moral entre o certo e o errado’.

A própria pesquisa não parece confirmar a rigor a conceituação damattiana do jeitinho como “*instrumento que possibilita a quebra de regras*”, “*zona cinzenta moral entre o certo e o errado*”. O jeitinho não é uma quebra de regras generalizada, justamente porque para ser exercido necessita de relações pessoais e de trocas não monetárias. Ademais, não é uma zona cinzenta moral ou uma região nebulosa, porque a lógica do jeitinho, justamente, repetindo, pela sua natureza pessoal e não monetária, não é redutível à lógica das leis e do Estado, impessoal e, na maioria das vezes, monetária (impostos, multas, empréstimos, compras, etc.). As estatísticas, eventualmente, podem aproximar os conceitos em alguns estratos, mas as tendências mostram dois fenômenos bem distintos.

É apressada, a nosso ver, a conclusão de que existiria uma correlação direta entre a difusão do jeitinho da cultura brasileira e a persistência de altos níveis de corrupção. A literatura especializada aponta inúmeras razões para os altos índices de corrupção, desde instabilidade política, níveis baixos de renda, governança falha, regulamentação excessiva, burocracia, inércia, etc.

Um salto maior ainda é dado quando se associa à existência do jeitinho a tolerância à corrupção. Esse argumento só seria válido em outra cultura, como a norte-americana, por exemplo, que associa livremente o jeitinho à corrupção. Em nossa cultura, em que são observadas diferenças entre essas duas categorias, não há porque dizer que a existência de um conduz à permanência de outro. Ademais, ao que parece, a pesquisa realizada não testou a hipótese aventada. Assim sendo, sem estudos adicionais, não podemos inferir que o jeitinho determina a tolerância à corrupção, ainda que seja possível aceitar previamente, de forma razoável, que possa existir algum grau de influência, dentro dos marcos de um processo de cidadania concedida e não conquistada.

Os estudos sobre o jeitinho e a corrupção podem ser enriquecidos se partirem da extensa literatura que cuida da explicação a respeito das características específicas das transações pessoais e não-monetárias, também conhecidas como dons, dádivas ou transações dádivas. Essa literatura teve início

com a obra paradigmática de Mauss (1925) e deu origem ao Movimento Anti-Utilitarista de Ciências Sociais, o M.A.U.S.S., com obras e autores traduzidos e difundidos no Brasil, como Caillé (2002) e Godbout (1999). Quanto aos autores brasileiros, é digna de menção a obra de Lanna (2002), que embora seja de inspiração damatiana, utiliza o paradigma maussiano para compreender as relações clientelistas e dádivas do Nordeste brasileiro. Também é preciso lembrar da obra de Martins (2002), mais em linha ao movimento anti-utilitarista, em defesa de um modelo teórico capaz de compreender a complexidade social, que não se resume à análise mercantil e estatal, mas consciente das mediações necessárias para o caso brasileiro, alerta para as dificuldades emergentes das dádivas patrimonialistas nos sistemas políticos.

É mais provável que o cidadão se indigne com a corrupção, mas não veja meios de combatê-la, pela falta de visão da existência de um processo de cidadania conquistada.

Além desses textos, Sales (1994) fornece a base conceitual para pensar a corrupção em países em desenvolvimento, ao apontar como a cultura da dádiva pode ser um entrave ao desenvolvimento sócio-econômi-

co e uma barreira para a conquista da cidadania. Com os circuitos dádivos, os direitos dos cidadãos não aparecem como provenientes de um processo de luta e conquista democrática, mas como um presente de políticos poderosos. A dádiva aproxima as pessoas, estabelece vínculos e dificulta a formação de consciência crítica em relação às condições de exploração vivenciadas pelos estratos pobres da população.

A idéia de uma cidadania apresentada pelo Estado é bastante válida para os estudos sobre corrupção. Por exemplo, Oliveira (1994) aponta na época de Vargas, que teria presenteado os trabalhadores com uma regulamentação do trabalho adequada, sem um processo reivindicativo subjacente a essa decisão política. O próprio Estado entra como parte da dádiva e isto pode ser confirmado no restante da pesquisa, que veremos adiante. Todavia, isto não permite dizer que a dádiva, ou o jeitinho, em outras palavras, necessariamente contribui para aumentar a tolerância dos cidadãos à corrupção. É mais provável que o cidadão se indigne com a corrupção, mas não veja meios de combatê-la, pela falta de visão da existência de um processo de cidadania conquistada. Resta ao cidadão não moderno, mais fiel aos circuitos dádivos, rezar para que as pessoas superiores tenham um melhor nível moral.

2.2. A visão hierárquica e patrimonialista

Almeida (2007) mostra que grande parte da população brasileira,

principalmente aquela identificada como arcaica e inserida nos circuitos dadivosos, concorda com a expressão popular “cada macaco em seu galho”, que designa o ‘lugar’ de cada um na sociedade. Os setores menos modernos – baixa escolaridade, população não economicamente ativa (referente à PEA, População Economicamente Ativa), mais idosos, região Nordeste, cidades do interior – são os mais hierárquicos.

“Ter dinheiro, isto é, ganhar na megassena, não é suficiente para que um porteiro (alguém que ocupa a base da pirâmide social de status e renda) possa se mudar para uma área rica da cidade. Como diz o ditado popular, “cada macaco no seu galho” – como porteiro, ele deve saber qual é o seu lugar social. Para quem defende o ponto de vista hierárquico, esse lugar não é determinado exclusivamente pelo dinheiro. Por mais dinheiro que ele tenha, ele sempre será um porteiro e como tal não deve se mudar para uma área mais rica da cidade” (p. 84).

É bastante aceito o fato de que a incapacidade de combater a corrupção é agravada com a visão de mundo hierárquica. Os mais pobres não se sentem no direito de interferir nas decisões tomadas pelos mais ricos, porque não compreendem as relações estatais num mesmo lugar social.

De modo mais geral, as relações de hierarquia no trabalho e na vida social e política, ao estender as relações de submissão para além dos

contextos de origem, conforme a pesquisa observa, são, em conseqüência, prejudiciais para o combate à corrupção. Nesse sentido, uma pessoa hierarquicamente inferior não se sente apta a exercer o controle social necessário para a redução dos índices de corrupção.

Outro agravante da fraqueza do combate à corrupção é a visão patrimonialista do brasileiro. A expressão “cada um deve cuidar somente do que é seu, e o governo cuida do que é público” teve a concordância de 74% da amostra pesquisada que reflete o pensamento da sociedade brasileira. Nas palavras de Almeida,

“A aceitação social do patrimonialismo é muito grande. O caso mais extremo, no qual alguém se utiliza do cargo público como se fosse propriedade particular, é tolerado por 17% da população brasileira! Considerando-se a gravidade da situação, é possível dizer que 17% é uma proporção bastante elevada. No extremo oposto (...) quase $\frac{3}{4}$ da população brasileira afirmam não considerar que o que é público merece ser cuidado por todos. A extensão dessa forma de pensar para a esfera dos tributos implica considerar recursos advindos dos impostos do governo e não de toda a população. Trata-se do oposto da visão republicana, que advoga que o que é público é de todos e, portanto, deve ser zelado por todos” (p. 102).

A pesquisa mostrou, ademais, que os setores menos modernos – cida-

dãos do interior, habitantes do Nordeste, idosos, não PEA e baixa escolaridade – são os mais patrimonialistas. As maiores diferenças se deram de acordo com o nível de escolaridade. 50% dos analfabetos concordam que “já que o governo não cuida do que é público, então ninguém deve cuidar”, enquanto apenas 2% dos cidadãos com ensino superior concordaram com a proposição.

Tendo em vista que o patrimonialismo é tão disseminado, Almeida conclui que *“a margem de manobra dos políticos é muito maior do que seria em um contexto social no qual esse apoio fosse menor. Portanto, dada a visão da população brasileira sobre o tema, não surpreende que a corrupção e suas práticas sejam tão comuns.”* (p. 110) É importante observar que, no caso do patrimonialismo, há uma relação muito mais forte com a variável escolaridade. Assim, um dos melhores caminhos para a expansão do controle social é, certamente, o avanço da educação. A recusa do patrimonialismo produz a consciência de que todos são responsáveis pelo que é público.

No que se refere à falta de espírito público, mensurado pelas perguntas “deve-se colaborar com o governo mesmo que ele não cuide do que é público”, 41% dos pesquisados concordou com tal proposição, contra 56% que optaram pela sentença de que “só se deve colaborar com o governo quando ele cuida do que é público”. A falta de espírito público é agravada nas cidades do interior, na baixa escolaridade e no Nordeste.

Em complemento à obra, Almeida (2007b) apontou que quanto menor a escolaridade, maior a concordância com o político que rouba, mas faz. Houve um debate na mídia em razão de posicionamento do Cláudio Weber Abramo, da Transparência Brasil, contra tal resultado, dizendo que os brasileiros preferem políticos que fazem e não roubam. O debate sobre o livro, em outras instâncias, também polemizou o comportamento e a opinião das classes mais baixas e escolarizadas.

2.3. A hipótese evolucionista da emergência de uma cultura global

Almeida conclui sua obra de modo bastante surpreendente, com uma postura universalista, retirando o jeitinho e a visão patrimonialista e hierárquica como essencialmente brasileiras. Em consonância com as críticas às abordagens damattianas de que os traços culturais supostamente brasileiros não seriam especificidades nacionais, o autor procura resgatar DaMatta, afirmando que *“ele não estaria falando especificamente do Brasil, mas sim da cultura de qualquer sociedade cuja escolaridade geral é muito baixa. E se teria, neste caso, uma antropologia da escolaridade baixa vis-à-vis a da escolaridade alta.”* (p. 276) Aponta-se, assim, uma interpretação no sentido de uma cultura global que engloba a cultura da dádiva e os regionalismos. Até aqui a posição do autor é aceitável. O problema surge quando postula que essa cultura global seria a cultura do liberalismo, de matiz

anglo-saxã. Em dois trechos, o antepenúltimo e o último parágrafo, esta opinião aparece:

“(...) um forte aumento da escolaridade em nosso país aproximará a cultura dos brasileiros de outras culturas, inclusive as dos países anglo-saxões. Para variar o exemplo, podemos afirmar que, após muitos anos de intenso esforço educacional, a população da Coréia do Sul está culturalmente mais próxima dos norte-americanos do que há 50 anos.”

No último parágrafo:

“Não estou negando as especificidades nacionais, apenas enfatizando que culturas nacionais podem ser menos importantes do que as de grupos sociais transnacionais, unidos pela escolarização formal. (...) História e herança não mudam, mas o nível de escolaridade traz alterações de conseqüências bastante profundas para qualquer sociedade. Entre elas, a consolidação da democracia” (p. 276-77).

O exemplo da Coréia do Sul, dado no texto, é particularmente infeliz para os analistas, como nós, que avaliam os resultados da pesquisa tendo em mente o tema da corrupção. Este país obteve taxas expressivas de crescimento econômico nas últimas décadas do século XX convivendo com significativa corrupção, principalmente nos setores estratégicos da economia. Se a cultura desse país aproximou-se da americana, isto se deve a um conjunto amplo de fa-

tores, desde a ajuda pós-guerra proveniente dos EUA até os efeitos diretos do crescimento econômico, que podem anteceder os efeitos do aumento da educação na mudança cultural. Dito isto, cabe ainda lembrar que a estruturação do capitalismo sul-coreano foi muito diferente da americana, por ter presenciado uma participação ativa do Estado no processo de desenvolvimento, conforme notou, dentre outros autores, Canuto (1994).

A nosso ver são de fundamental importância, em primeiro, as observações do caráter antiliberal e patrimonialista do brasileiro e, em segundo, a comprovação de uma relativa separação entre o que é jeitinho (circuitos dadivosos) e o que é corrupção.

As críticas apontadas, no entanto, não devem desdourar a grande contribuição da Pesquisa Social Brasileira, organizada por Alberto Carlos Almeida e Clifford Young, para a compreensão dos temas abordados. A nosso ver são de fundamental importância, em primeiro, as observações do caráter antiliberal e patrimonialista do brasileiro e, em segundo, a comprovação de uma

relativa separação entre o que é jeitinho (circuitos dadivosos) e o que é corrupção.

No primeiro caso, o antiliberalismo mostra como são equivocados os ataques à presença do Estado em razão de práticas ineficientes e corruptas. Essas práticas não induzem as pessoas a desejarem um Estado menor, mas sim um Estado melhor, mais eficiente e menos corrupto, o que acentua a importância de uma política sistemática e vasta de combate à corrupção.

No que se refere ao patrimonialismo, principalmente na idéia de que ‘cada um deve cuidar somente do que é seu, e o governo cuida do que é público’, a grande presença dessa idéia comprova, indiretamente, o fato de nossa cidadania ser vista como concedida e não como conquistada.

No que se refere ao patrimonialismo, principalmente na idéia de que “cada um deve cuidar somente do que é seu, e o governo cuida do que é público”, a grande presença dessa idéia comprova, indiretamente, o fato de nossa cidadania ser vista como concedida e não como conquistada. É possível que a cidadania concedida

seja comum em países em desenvolvimento, de industrialização tardia e de escassa tradição democrática. A implicação do patrimonialismo no combate aos corruptos é a de que a maior transparência e disponibilidade de informações sobre os gastos públicos e os processos decisórios não necessariamente significam maior controle social. Para que este se expanda, faz-se necessária maior conscientização da natureza da cidadania conquistada, do Estado democrático e do processo mais geral de reivindicação de direitos. Essa conscientização deve ser promovida tanto pelos movimentos sociais como pelo próprio Estado, em função de *ombudsman*.

No segundo caso, a pesquisa mostra que os cidadãos sabem diferenciar práticas dadivosas, que envolvem trocas pessoais não monetárias, das práticas corruptas, trocas impessoais monetárias. A existência de uma correlação entre a frequência de práticas dadivosas e a frequência de práticas corruptas nos países mais pobres e atrasados em nenhum momento justificaria postularmos a existência de causalidade nesse processo. Assim, ao menos na realidade contemporânea dos países, não se pode dizer que o jeitinho é a ante-sala da corrupção.

A literatura, principalmente Mauro (1994), apontou como a instabilidade política está relacionada a altos índices de corrupção. Países que passam por crises políticas graves, com guerras civis, por exemplo, que não são poucos, têm sua economia desorganizada, o que favorece o aumento da corrupção, mas também

favorece o aumento dos circuitos dádivosos, de jeitinhos, pois a população busca sua sobrevivência para além das trocas impessoais e monetárias, até mesmo porque grande parte da população vive na informalidade e muitas vezes sem acesso à moeda oficial. Embora o exemplo citado seja bastante extremo, ele pode ser atenuado para entender a vida econômica das populações pobres ou empobrecidas em geral.

O erro de uma análise que conecta a dádiva à corrupção é partir de uma visão evolucionista das sociedades, que postula economias primitivas como totalmente imersas em uma economia da dádiva e as economias modernas em uma economia de Estado e mercado e um destino inexorável conectando primitivos e modernos. Se dependesse do evolucionismo, a corrupção poderia ser vista como própria de um estágio primitivo de desenvolvimento, em que indivíduos têm pouca educação e são despreparados e não adaptados a uma vida social regulada pelo mercado e pelo Estado. Tal evolucionismo não existe, como se pode notar pela análise dos dados da Transparência Internacional, que revelam países como o Chile, de democracia consolidada recentemente, com melhores notas para prevenção e combate à corrupção do que países como os Estados Unidos, com seus mais de dois séculos de democracia.

O controle social e a redução do patrimonialismo não são conquistas definitivas das sociedades. É claro que muitos países pobres estão em processo de constituição de suas ins-

tituições modernas e, assim sendo, a população não está habituada com o exercício democrático. De qualquer forma, a construção institucional é um processo contínuo, e não um estágio que uma vez alcançado garante aos países presença *sine qua non* no rol dos países desenvolvidos respeitados pela qualidade de sua governança.

O controle social e a redução do patrimonialismo não são conquistas definitivas das sociedades. É claro que muitos países pobres estão em processo de constituição de suas instituições modernas e, assim sendo, a população não está habituada com o exercício democrático.

3. Cultura da Corrupção

Almeida (2007) propôs que a “cultura da corrupção” estaria enraizada em nós brasileiros e camuflada pelo chamado jeitinho. Argumentamos, no item anterior, que esta mistura entre corrupção e jeitinho não é aplicável, como a própria pesquisa demonstrou. Os indivíduos têm noção da diferença entre trocas pessoais e não monetárias (jeitinho) e trocas impessoais e monetárias

(corrupção). Não há porque supor que a presença maior de um causa a presença maior de outro, ainda que exista uma correlação forte entre os dois fenômenos.

É importante, para tornar mais rigoroso o debate, nos indagarmos se é possível haver uma cultura do jeitinho e uma cultura da corrupção. Todavia, esta discussão é muito extensa e infelizmente não pode ser abordada por completo neste artigo. De qualquer forma, urge apontar as direções de pesquisa e nos posicionarmos a respeito do tema.

A cultura do jeitinho seria a cultura da dádiva. No entanto, não seria correto falarmos de uma “cultura” da dádiva. A dádiva, tão bem descrita por Mauss (1926), está muito mais para um modelo universal de ação-estrutura do que para uma cultura. Esta perspectiva, do ponto de vista teórico, com suas implicações, foi explicada, com algumas variantes, por Caillé (2002). Já do ponto de vista das práticas dádivas nas sociedades contemporâneas, Godbout (2002) se encarregou de compilar inúmeros exemplos, com o intuito de demonstrar que a dádiva persiste na modernidade, em meio à regulação do mercado e do Estado. Ou seja, não há cultura do jeitinho e nem uma cultura das sociedades de baixa renda-educação, como propôs Almeida (2007, p. 276).

Mais complicada é a discussão sobre a “cultura da corrupção”, pois para esta não temos um gigante como Mauss para nos ombros nos apoiarmos, ainda que tenhamos

Weber para nos auxiliar. A dificuldade inicial é de que se tratam de termos de definição ampla, principalmente o termo “cultura”. A antropologia fornece inúmeras definições e não convém adentrar neste longo debate¹. Para nós, é interessante nos ater a duas abordagens, vistas a seguir.

Em primeiro, a cultura é utilizada como oposição à natureza². Essa discussão é importante, porque as análises da economia da corrupção que usam a matriz neoclássica, postulam um ser humano utilitarista, atomizado e racionalista, que age sem cultura, a partir da lógica do interesse próprio, comum aos seres humanos. A matriz institucionalista já abre espaço para a existência de um vetor de características culturais que influenciam a agência humana. Análises de cunho histórico-estruturalista também levam em consideração a cultura, mas esta é estruturada e os elementos estruturantes são de fundamento econômico.

Em segundo, a cultura é postulada como uma diferença entre grupos. Ações, identidades, práticas, comportamentos, gostos, crenças que diferem quando comparamos duas ou mais coletividades. Esta definição é redutível à primeira, pois a natureza, neste contexto, pode ser entendida como tudo que é fixo e não varia, enquanto a cultura é tudo

1. Para uma discussão ampla sobre o significado do termo cultura, ver Eagleton (2000)

2. Há, também, um interminável debate sobre o que é natureza, a ponto de questionar a validade desta discussão.

o que é variável, ainda que a variação seja configurada estruturalmente.

O termo corrupção, por sua vez, tem pelo ponto de vista legalista a mais estrita definição, a saber, ações ilegais. No entanto, com vistas a abarcar os desafios propostos pela opinião das pessoas pesquisadas pela PSB, propusemos ao longo do texto outra compreensão, de cunho sócio-econômico, que nos pareceu mais operante, qual seja: trocas irregulares impessoais e monetárias. Definindo deste modo, cobre-se a maior parte dos exemplos de corrupção existentes e a chamada zona cinzenta entre corrupção e clientelismo, para fins teóricos, diminui sensivelmente. É uma definição compatível com a opinião dos cidadãos acerca das fronteiras entre corrupção e jeitinho.

Não obstante, cabe um alerta. É claro que para fins legais e de controle social, a discussão muda de teor, porque muitas das trocas pessoais e não-monetárias vistas como socialmente desregradas ou irregulares podem ser ilegais e causar graves prejuízos à sociedade. Neste caso, dependendo do conteúdo, o fato de ser uma troca dádiva, um jeitinho, não faz omitir a responsabilidade da sociedade de criminalizar tais práticas.

Pode-se explicar, alternativamente, pela via da análise criminal. As práticas ilegais ou desregradas impessoais e monetárias são, de hábito, reconhecidas como crime e, portanto, são vistas como corrupção. As práticas ilegais ou desregradas pes-

soais e não monetárias não são normalmente reconhecidas como crime, mas como dádivas, e, portanto, não são vistas como corrupção. O alargamento do que é definido como corrupção depende da criminalização dos atos e da conscientização a esse respeito.

Cartier-Bresson (2000) é um dos autores que apresentam essa linha de análise concisamente. Para ele, na perspectiva de trivialização das superposições entre o público e o privado, *"as fronteiras entre a corrupção e o clientelismo somente podem ser demarcadas mediante a criminalização dos atos. [...] A dinâmica da denúncia (a remarcação das fronteiras) reside na evolução da tolerância em relação ao fosso entre as políticas oficiais e oficiosas e continua sendo uma simples questão de governabilidade"* (p. 82).

Feitas as considerações acima, até que ponto poderíamos falar de uma cultura da corrupção? A cultura influencia a corrupção? As respostas para estas perguntas dependem da matriz teórica utilizada. As teorias de cunho neoclássico, com ênfase na análise microeconômica, assumem que "a oportunidade faz o ladrão" e, desta forma, a cultura pouco influencia a disposição dos indivíduos para se corromperem. As teorias institucionalistas, principalmente a de North (1990), buscam explicar as especificidades das instituições de um país. Assim sendo, contribuem para explicar porque pode haver maiores oportunidades de corrupção em um país do que noutro. Nesse caso, há espaço para influência da cultura, porque esta exerce efeitos na forma-

tação das instituições. Na sociologia, caminho semelhante pode ser trilhado pelas análises weberianas. Quanto às análises histórico-estruturalistas e marxistas em geral, há pouco espaço para a cultura, pois esta, quando reduzida, é vista como produto de forças econômicas.

A cultura influencia a corrupção? As respostas para estas perguntas dependem da matriz teórica utilizada. As teorias de cunho neoclássico, com ênfase na análise microeconômica, assumem que ‘a oportunidade faz o ladrão’ e, desta forma, a cultura pouco influencia a disposição dos indivíduos para se corromperem. As teorias institucionalistas, principalmente a de North (1990), buscam explicar as especificidades das instituições de um país.

Em nossa opinião, é possível falar em cultura de corrupção, de modo comedido, para explicar parte deste

fenômeno complexo. A análise microeconômica neoclássica contribui em muito para entendermos a lógica da corrupção e do combate à mesma. No entanto, como bem alertou Cartier-Bresson (1998), não é capaz de explicar porque nem sempre “oportunidade faz o ladrão”. A despeito das leis de um país, as sociedades têm padrões éticos e morais específicos, que cabem na definição de cultura. A disposição para roubar, *coeteris paribus*, não deixa de ter uma inclinação cultural.

No entanto, seria difícil postular que a cultura, aqui entendida como disposição de fundamento moral e ético para roubar ou transgredir, é fator determinante nos índices de corrupção. Antes, vários outros fatores, em geral não associados à cultura, disputam a primazia, como a instabilidade política, os regimes de Estado, as estruturas de mercado, o rigor das instituições legais e de controle, a baixa renda e escolaridade e a inércia do comportamento grupal corruptivo.

É preciso reconhecer que a presença do problema da amplitude do termo ‘cultura’ pode dificultar a análise. Em uma abordagem inspirada em “A Ética Protestante” de Weber, é lógico pensar que a cultura é determinante na formatação das instituições. Por exemplo, é razoável imaginarmos que diferentes formações religiosas afetam de modo particular a definição das leis e o entendimento sobre o processo de criminalização de atos que desrespeitam os limites entre o público e o privado. Neste, e somente neste sentido, a cultura

torna-se variável determinante, pois podemos dizer que afeta a estabilidade política.

No entanto, seria difícil postular que a cultura, aqui entendida como disposição de fundamento moral e ético para roubar ou transgredir, é fator determinante nos índices de corrupção.

Então, como escolher o melhor tratamento para a cultura? Em nossa opinião, de pouco adiantaria tornar endógenas, dependentes da cultura no longuíssimo prazo, as variáveis tipicamente usadas para explicar a corrupção (instabilidade, governo, mercado, instituições, renda e escolaridade), pois teríamos um retrocesso na qualidade da explicação. O maior potencial explicativo de um modelo que inclui cultura, assim sendo, é limitá-la à influência da disposição moral dos indivíduos em praticar a corrupção. Ademais, enfim, a conclusão mais importante é a de que só com esse limite faz-se operante falar em “cultura da corrupção”.³

Tudo isto dito, podemos nos perguntar se é válido dizer que a “cultura da corrupção está enraizada no Brasil” ou que há uma “cultura da

3. Caso contrário, seria preciso explicar, na linha weberiana, como ao longo dos séculos a suposta cultura da corrupção formou instituições, estruturas de mercado, baixa renda e escolaridade, etc.

corrupção no Brasil”, ou, ainda, que “a cultura brasileira é adequada para corrupção”. Ainda que válido, por certo, a resposta para esta pergunta é bastante complexa, pois exigiria uma nova análise da cultura brasileira, se isto for possível, refazendo a interpretação damattiana e correndo um sem número de riscos teóricos e históricos.

Finalmente, ainda que se aceite a idéia de uma cultura da corrupção no Brasil, influenciando as demais variáveis que alteram os níveis de corrupção, é preciso reconhecer que essa influência não é necessariamente única e dominante. Ou seja, mesmo que a cultura da corrupção, em movimentos de longuíssimo prazo, seja capaz de influenciar a renda, a escolaridade, a legalidade, as estruturas políticas e de mercado, ainda assim há um espaço amplo de mudanças destas variáveis originadas de outros fatores que certamente afetarão os níveis de corrupção praticados no presente.

Portanto, a corrupção é um fenômeno complexo. Assim sendo, não deve ser tratada como passível de explicação por fator isolado, seja ele proveniente da cultura, da economia ou da política.

4. Conclusão

Este pequeno artigo procurou discutir a cultura da corrupção no Brasil. Com este objetivo, foram feitas duas análises. Em primeiro, reanalisamos os dados da PESB, Pesquisa Social Brasileira, e criticamos a obra

de Almeida (2007). Em segundo, avaliamos, em termos teóricos, as dificuldades de se pensar a corrupção a partir da cultura.

Mostramos como a prática do jeitinho não é a ante-sala da corrupção. De acordo com os próprios dados da pesquisa, os entrevistados sabem diferenciar os dois tipos de comportamentos. O jeitinho envolve trocas pessoais e não monetárias em geral, enquanto a corrupção trata de trocas ilegais impessoais e monetárias. A disseminação do jeitinho, neste contexto, não implica deterioração dos padrões éticos. Não se poderia, desta forma, falar, por exemplo, que o Nordeste é menos ético.

Também expusemos que o jeitinho não é uma característica específica da cultura brasileira ou de outras culturas, mas um comportamento relativamente universal tratado na literatura como dádiva e dons. As trocas feitas sob a lógica da dádiva diferem daquelas realizadas sob o comando do Estado e do Mercado. Ainda que em menor grau, as práticas dadivosas estão presentes nas sociedades modernas e não devem ser consideradas arcaicas. Ademais, não há fundamentos para que se imagine que as sociedades caminham, evolutivamente, de uma cultura da dádiva para a cultura moderna, em sucessivos estágios, em direção a um país mais educado e com menos corrupção.

A dificuldade do combate à corrupção não se deve ao enraizamento de uma cultura da corrupção, mas sim à visão de mundo hierárquica e

patrimonialista dos brasileiros, própria de países que experimentaram um processo de cidadania concedida e não conquistada. Isto implica a necessidade de mobilização social para conscientizar os indivíduos quanto à necessidade de controle social. Em nossa opinião, a transparência, por si só, é insuficiente.

A importância do combate à corrupção ganha ênfase tendo em vista que o brasileiro defende um Estado amplo, regulador e participativo, ainda que seja ineficiente. Os indivíduos não querem um Estado menor, mas um Estado melhor. Nesse sentido, combater a corrupção é um ato de defesa do Estado, perante opiniões liberais em prol de um Estado mínimo.

A importância do combate à corrupção ganha ênfase tendo em vista que o brasileiro defende um Estado amplo, regulador e participativo, ainda que seja ineficiente. Os indivíduos não querem um Estado menor, mas um Estado melhor. Nesse sentido, combater a corrupção é um ato de defesa do Estado, perante opiniões liberais em prol de um Estado mínimo.

Quanto ao conceito de cultura da corrupção, concluímos que este deve ser usado apenas para explicar a propensão de cunho moral dos indivíduos e coletividades à corrupção. A cultura justificaria porque nem sempre a “oportunidade faz o ladrão”. As religiões são exemplos de como a cultura pode influenciar os níveis de corrupção.

No entanto, a corrupção é um fenômeno complexo, influenciado por diversas variáveis. A cultura é apenas uma fonte de influência, ao lado da instabilidade política, os regimes de Estado, as estruturas de mercado, o rigor das instituições legais e de controle, a baixa renda e escolaridade e a inércia da reputação de grupos. Exceto pelas análises históricas de longuíssimo prazo, em que se pode buscar na cultura a explicação para o formato moderno das instituições, a compreensão dos níveis presentes de corrupção nos países não pode posicionar a cultura como variável explicativa chave.

O erro de postular a cultura como origem dos maiores ou menores níveis presentes de corrupção pode induzir a sociedade civil e o Estado à inação no que se refere à necessidade de se promover o controle social e o combate. A compreensão errônea de que a corrupção é um mal inevitável porque provém da cultura dá margem para a propagação de idéias liberais favoráveis ao Estado mínimo. Todavia, essas idéias são contrárias aos anseios da maioria da população, que deseja um Estado melhor, capaz de promover o desenvolvimento com justiça social.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Alberto Carlos. “Polêmica sobre ‘rouba mas faz’ agita debate”. *Valor Econômico*, 31 de agosto de 2007.

CAILLÉ, Alain. *Antropologia do Dom: o Terceiro Paradigma*. Petrópolis: Vozes, 2002.

CANUTO, Otaviano. *Brasil e Coréia do Sul: os (des)caminhos da industrialização tardia*. São Paulo: Editora Nobel, 1994.

CARTIER-BRESSON, Jean. *Corrupções, Liberalizações e Democratizações*. Disponível para baixar no sítio do Programa Euro Brasil, MPOG. Publicado originalmente em *Revue Tiers Monde*, nº 161, jan-mar. 2000.

CARTIER-BRESSON, Jean. *Da velha à nova corrupção nos países em desenvolvimento*. Disponível para baixar no sítio do Programa Euro Brasil, MPOG. Publicado originalmente em *Mondes em Developpement*, nº 102, 1998.

EAGLETON, Terry. *The Idea of Culture*. Oxford: Blackwell, 2000.

GODBOUT, Jacques T. *O Espírito da Dádiva*. Rio de Janeiro, FGV, 1999.

LANNA, Marcos P. *A Dádiva Divina*. Campinas: Unicamp, 2002.

MARTINS, Paulo Henrique (org) *A Dádiva entre os Modernos*. Petrópolis: Vozes, 2002.

MAUSS, Marcel. *O Ensaio sobre a Dádiva*. In *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.(1926)

NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

SALES, Teresa. “Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira.” *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 9 (25), p. 26-37, junho, 1994.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

Regulação de combate à lavagem de dinheiro: é possível evitar a corrupção nos bancos?

Luiz Humberto Cavalcante Veiga, doutor em Economia pela Universidade de Brasília, Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados

1. Introdução

Uma série de notícias relacionadas à corrupção e à conseqüente lavagem de dinheiro tem preenchido o tempo do mundo jornalístico. A começar pelo escândalo conhecido por “Mensalão” e seguido por uma longa lista que não cabe aqui mencionar.

Fatos semelhantes não são exclusivos a esse período, mas a sua insistente divulgação foi mais destacada do que os casos anteriores. Um bom exemplo foi a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) do Banestado, da qual poucas pessoas tiveram conhecimento, uma vez que a maior rede de comunicação aparentemente não se dedicou com tanto afinco à divulgação daquele processo investigativo. A cobertura foi inversamente proporcional à dimensão dos crimes sujeitos à análise da CPMI do Banestado, cuja magnitude de valores e de pessoas envolvidas faria os casos ocorridos nos últimos seis anos parecerem insignificantes.

Por outro lado, um órgão recém introduzido (1998) no arcabouço institucional brasileiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), começou a ocupar um papel de destaque em todos esses acontecimentos. Criado com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei de combate à lavagem de dinheiro, o órgão vem ocupando o seu espaço e aumentando a sua importância quando o assunto é a prevenção a essa modalidade de crime.

Todas as situações mencionadas anteriormente acabaram por requerer que o COAF se pronunciasse e provesse informações que antes eram de acesso apenas ao Banco Central. A criação do órgão específico e cuja vocação exclusiva é o combate à lavagem de dinheiro “valorizaram” esta iniciativa e sinalizaram à sociedade a determinação na busca desse objetivo.

A criação do COAF se deu com a sanção da Lei nº 9.613, de 3 de mar-

ço de 1998, que tipificou, no arcabouço legal brasileiro, o crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

O sistema financeiro é o principal alvo de qualquer regulação de combate à lavagem de dinheiro. Talvez porque as firmas desse segmento sejam um duto previsível dos recursos após a lavagem ou porque algumas instituições forneçam esse tipo de serviço a determinados clientes, ou ainda porque os bancos configurem-se como instituições com órgãos reguladores capazes de implementar a norma com maior facilidade, mas não necessariamente com mais eficácia.

Como fazer para que a indústria financeira, o segmento mais capacitado para detectar operações de lavagem de dinheiro, informe tempestivamente essas operações e que esteja imune às possíveis tentações de não fazê-lo? Será que a regulação brasileira é capaz de aplicar os incentivos corretos ao atendimento desse objetivo?

2. Regulação no Brasil

Ao assinar, em 20 de dezembro de 1988, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (conhecida como “Convenção de Viena de 1988”), o Brasil dedicou-se a elaborar uma lei para combater a lavagem de ativos. Com efeito, em 03 de março de 1998, foi sancionada a Lei nº 9.613, que tipificou o crime de “lavagem”

ou ocultação de bens, direitos e valores no ordenamento jurídico do País e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Como fazer para que a indústria financeira, o segmento mais capacitado para detectar operações de lavagem de dinheiro, informe tempestivamente essas operações e que esteja imune às possíveis tentações de não fazê-lo?

Decorrente dessa mesma seqüência de fatos, e sendo a lei “filha” de uma convenção sobre combate ao tráfico de drogas, destacamos que o desenho da legislação vigente estabelece um modelo no qual a “lavagem” de dinheiro é crime posterior, sendo necessária a ocorrência de um crime antecedente, sem o qual não existe a lavagem de dinheiro. São crimes antecedentes, hoje, os seguintes, conforme o artigo 1º da Lei:

*Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:
I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;*

II – de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002)

As leis que adotam apenas o tráfico de drogas como crime antecedente são denominadas de primeira geração. Aquelas que ampliam a relação de crimes são chamadas de leis de segunda geração e as de terceira geração são aquelas nas quais a lavagem de dinheiro é independente do crime antecedente. Assim, a legislação vigente no País pode ser considerada de segunda geração.

Sobre a exposição de motivos, a justificativa para a adoção de uma lei de segunda geração seria o fato de já haver a tipificação do crime de receptação, conforme previsto no arti-

go 180 do Código Penal para o caso da “grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio”.

Uma curiosidade, contudo, é a defesa, registrada no parágrafo 34 da citada exposição, da não inclusão dos crimes contra a ordem tributária, como no caso a sonegação de impostos, como crime antecedente, que citamos a seguir:

“34. Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recur-

... dos próprios que não têm origem em um ilícito.”(grifos nossos)

Ora, sendo isso verdade, o próprio termo “fato gerador” passa a não fazer sentido, pois não estaria “gerando” nenhuma obrigação. A partir do momento que o fato gerador se deu, existe a obrigação de recolher os impostos devidos e, por sua vez, o não recolhimento caracterizar-se-ia como apropriação indébita, tal qual o agente público que desvia recursos do erário para seu proveito.

A adoção da lei de segunda geração continua sendo objeto de pressão interna, tendo em vista a nova proposta de legislação já aprovada no Senado Federal, dado que a minuta do projeto trata de levar a lei brasileira à categoria de terceira geração.

3. Sigilo Bancário

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências foi sancionada para, dentre outras coisas, possibilitar ao COAF o acesso às informações das operações bancárias suspeitas.

Fica garantido, conforme essa lei complementar (parágrafo 6º do artigo 2º), que o “Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de

Controle de Atividades Financeiras – COAF as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas na lei de combate ao crime de lavagem de dinheiro”.

4. O COAF

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), unidade de inteligência financeira (UIF) brasileira, foi criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998.

A referida lei estabelece que o COAF expedirá a regulação à qual serão submetidas as instituições que não estejam sujeitas a órgão regulador próprio. Foi atribuída (pela Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003) também ao COAF a possibilidade de requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

É atribuição do COAF comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos na Lei 9.613, de 1998, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

O COAF não possui quadro próprio de funcionários, mas uma com-

posição de integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, de órgão de inteligência do Poder Executivo, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria-Geral da União, atendendo, nesses quatro últimos casos, à indicação dos respectivos Ministros de Estado. O presidente do COAF é nomeado pelo Presidente da República, por indicação do ministro de Estado da Fazenda.

A Lei 9.613, de 1998 estabelece que as decisões do COAF relativas às aplicações de penas administrativas estão sujeitas a possível entendimento em contrário do ministro de Estado da Fazenda, manifestado em resposta a recurso interposto pelos interessados.

5. Lavagem de dinheiro e bancos

Os bancos costumam ser os principais alvos de qualquer regulação de combate à lavagem de dinheiro. O motivo para isso pode residir no fato que eles sejam um duto previsível dos recursos após a lavagem ou porque algumas instituições fornecem esse tipo de serviço a determinados clientes, ou ainda porque os bancos são as instituições com órgãos reguladores capazes de implementar a norma com maior facilidade e eficácia.

O Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, dando apoio a que seja implementada uma política global de combate à lavagem de dinheiro, além das prescrições dos Princípios Básicos para uma Supervisão Bancária Efetiva¹, editou o documento “Customer due diligence for banks”, em que especifica o risco de reputação, o risco operacional² e o risco legal³ como sendo os principais riscos para os bancos advindos de transações com clientes envolvidos em atividades criminosas. Restringir-nos-emos a comentar o risco de reputação, por ser o que decorre mais diretamente da atividade de lavagem de dinheiro.

6. O Risco de reputação importa?

O potencial de que a publicidade adversa relativa às práticas ou asso-

1. Conhecido como Princípios Básicos (ou *Core Principles*), este documento, produzido pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, enumera vinte e cinco princípios que devem nortear a ação dos supervisores bancários. O princípio de número 15 chama a atenção dos reguladores para a questão relativa ao conhecimento do cliente (*Conheça seu Cliente*, ou *Know Your Customer* - KYC).

2. O risco operacional pode ser definido como o risco de perda direta ou indireta resultante da inadequação ou falha dos processos internos, das pessoas e sistemas ou de eventos externos. O risco operacional no caso do conhecimento do cliente (KYC) caracteriza-se pela falha em detectar e prevenir a prática de atos de lavagem de dinheiro.

3. O risco legal é a possibilidade de que processos judiciais, julgamentos adversos ou contratos que se tornam impossíveis de serem executados possam interromper ou afetar adversamente as operações ou a condição financeira do banco. O banco pode tornar-se réu em processos judiciais resultantes de falha em observar a regulação de combate à lavagem de dinheiro.

ciações do banco leve à perda de confiança do público na integridade da instituição, seja a publicidade verdadeira ou não [Basel Committee on Banking Supervision, 2001], é a definição do risco de reputação, que não parece ter efeito forte no Brasil.

Por conta da característica fiduciária das instituições financeiras, a reputação deveria ser de grande importância no controle de riscos dos bancos. Apesar disso, não temos registros significativos de quebra de bancos decorrentes de risco de reputação no Brasil. Para sermos mais específicos, um dos bancos mais mencionados em escândalos na história do País continua em plena atividade por uma questão que trataremos em seguida.

“ Por conta da característica fiduciária das instituições financeiras, a reputação deveria ser de grande importância no controle de riscos dos bancos. Apesar disso, não temos registros significativos de quebra de bancos decorrentes de risco de reputação no Brasil. ”

Podemos citar dois casos básicos de reação dos depositantes em função do risco de reputação: a) Os depositantes, como uma resposta ao

mau comportamento do banco, recusam-se a colocar seus recursos naquela instituição exclusivamente por questões ético-morais; b) os depositantes resgatam seus recursos por medo de que o banco torne-se insolvente em função de ações similares de outros depositantes ou do Banco Central e, como consequência, amarguem perda financeira.

Nosso entendimento é de que o primeiro fator não é relevante no País, estando mais os cidadãos preocupados com o segundo fator. Motivo pelo qual o envolvimento com a lavagem de dinheiro por si não é razão para abandonar o banco, mas sim a ameaça de que a empresa venha a quebrar.

Por outro lado, o Comitê da Basileia considera que os bancos são especialmente vulneráveis ao risco de reputação dado que podem facilmente tornar-se veículo para atividades ilegais ou vítimas dessas atividades perpetradas por seus clientes devendo, portanto, proteger-se por meio de contínua vigilância efetuada por programas de conhecimento do cliente (KYC).

Apesar dessa pouca incidência de fechamento de bancos decorrente de risco de reputação, a *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN), unidade de inteligência financeira norteamericana, tem como missão:

To safeguard the financial system from the abuses of financial crime, including terrorist financing, money laundering, and other illicit activity.

Notamos, portanto, que a retórica da FinCEN é de que os bancos estão expostos a riscos de se verem envolvidos em crimes financeiros, financiamento do terrorismo, lavagem de dinheiro e outras atividades ilícitas. Desse modo, precisam de “proteção” contra essas práticas.

A relação com o risco de reputação surge também no texto da *United Nations Office on Drugs and Crime*, como mostramos abaixo:

“Because they deal with other people’s money, banks (and other financial and professional institutions) rely heavily on a reputation for probity and integrity. Banks need their good name to build business. A financial institution with a reputation for shady dealing will be shunned by legitimate enterprise. The prestige of even a major bank that is revealed to have assisted in the laundering of money can be severely damaged. Money laundering is bad for business”.

7. Preparando-se para a regulação

Reunidos em um castelo na Suíça (castelo de Wolfsberg), representantes de um grupo de 12 bancos⁴, com a presença de dois membros da Transparency International, listaram os princípios que julgaram relevantes

4. ABN AMRO, Banco Santander Central Hispano, Bank of Tokyo-Mitsubishi, Barclays, Citigroup, Credit Suisse Group, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, J.P. Morgan Chase, Société Générale e UBS.

para conduzir de forma eficiente os negócios no segmento de private banking⁵, sem que se sujeitem à lavagem de dinheiro.

Desde sua edição, os princípios foram atualizados em 2002 e um segundo conjunto de princípios foi lançado para listar os riscos potenciais advindos de relacionamentos com bancos correspondentes⁶.

Uma razão para a criação dos princípios foi instituir um padrão comum. Este padrão seria capaz de reduzir as incertezas e complexidades resultantes da administração de bancos multinacionais sujeitos a múltiplos regimes de combate à lavagem de dinheiro. Como resultado da abordagem adotada, os princípios, quando comparados aos requerimentos de determinados países, chegam a ser mais onerosos, mas, em compensação, tornam a gestão dos negócios internacionais

5. Segmento bancário dedicado ao atendimento de clientes possuidores de grandes fortunas (normalmente superiores a um milhão de dólares). A atividade principal desse segmento é a administração de patrimônio, incluindo, dentre outros serviços, o planejamento fiscal, o que favorece a abertura de empresa no exterior ou contas em países com regime tributário favorecido.

6. Bancos correspondentes são aqueles utilizados para a compensação (nesse caso, internacional) de transferências em localidades nas quais não existem agências. Os bancos brasileiros, por exemplo, possuem contas em bancos americanos em Nova York, por exemplo. Essas contas são mantidas para o recebimento de recursos no exterior, assim como para a remessa de recursos para aquele país (na praça de Nova York ou fora dela). Os pequenos bancos situados em paraísos fiscais ou bancários também possuem relacionamento de correspondência em Nova York para os mesmos fins citados anteriormente.

mais simples, além de reduzir os riscos operacionais.

Aparentemente, os princípios resultaram também de um movimento de antecipação dos bancos a uma tentativa, frustrada pelo Congresso norte-americano, do presidente Bill Clinton de tornar a lei mais restritiva naquele país, o que só veio a ser implantado com o *Patriot Act*, pelo presidente George W. Bush, sob a comoção pública do ataque às torres de New York em 11 de setembro de 2001.

Haynes [2004] evidencia o descrito anteriormente, assim como reforça o entendimento de que, tradicionalmente, quando defrontados com ameaças de maior rigor regulatório, os bancos tendem a adotar a autorregulação (podemos estender esta atuação a todos os segmentos econômicos mais organizados). Assim, se um grupo de bancos chegou a um acordo sobre um conjunto de regras que parece satisfazer ou exceder o que o regulador está pretendendo, a adoção voluntária dessas regras demonstra que os bancos signatários estão engajados em manter “boas práticas”. Do ponto de vista do próprio regulador, esse comportamento tende a agregar mais regulados ao conjunto inicial.

Em linhas gerais, os princípios dizem respeito às diretrizes gerais na aprovação do cliente; situações nas quais são exigidas investigação adicional ou atenção; atualização do cadastro de clientes; práticas de identificação de atividades anormais ou suspeitas; monitoração; responsabilidades de controle; relatórios

das atividades de combate à lavagem de dinheiro; aprendizado, treinamento e informação; requisitos para a manutenção de arquivos e registros; desvios e exceções e organização e prevenção à lavagem de dinheiro, como o estabelecimento de departamento específico para tal.

Apesar de estabelecer as responsabilidades dos gerentes de contas, os princípios não estipularam que estes deveriam comunicar as manobras suspeitas que viessem a observar diretamente às agências reguladoras.

8. Comportamento dos agentes diante da lei

Faremos, a partir de agora, uma análise de como a questão dos incentivos econômicos pode nos ajudar a entender a forma pela qual a regulação deve ser desenhada com o intuito de se obter o melhor resultado possível.

Começamos por uma citação de Gary Becker [1968] que, quando formulou sua teoria relativa à abordagem econômica da relação entre crime e punição, procurava responder a seguinte pergunta:

“...quantos recursos e quanta punição devemos utilizar para tornar efetivos diferentes tipos de legislação? Reformulando de modo equivalente, embora mais curioso, quantos delitos devem ser permitidos e quantos delinqüentes devem permanecer impunes?” Gary Becker [1968].

Becker propõe que a punição deva ser suficiente para que aqueles que cometam crimes internalizem o custo social por eles causado. Internalizar, neste caso, é arcar com este custo, como o caso de uma empresa poluidora, que não sofre acréscimo em seus custos por poluir, está fazendo com que este custo seja arcado pelos demais participantes da sociedade (externalidade negativa).

Contudo, não será o nosso enfoque nesse momento o estabelecimento das punições, conforme prescreve Becker. Pretendemos tão somente analisar os efeitos da transferência, prescrita pela Lei nº 9.613, de 1998, para alguns setores econômicos, do dever de informar às autoridades de combate à lavagem de dinheiro a ocorrência de operações suspeitas.

Obviamente, como o escopo do artigo delimita, a nossa análise será focada no caso dos bancos, tendo em conta a maior atuação desse segmento na função de agentes de combate à lavagem.

Apesar de nos distanciarmos um pouco das preocupações de Becker, é importante não perdermos de vista alguns dos pressupostos básicos para a análise econômica do crime. Um desses pressupostos é o de que os criminosos são racionais, de modo que o criminoso opta por aquela prática porque essa “profissão” é a que lhe proporciona os melhores frutos (vamos nos abster dos casos patológicos que não estão sujeitos a qualquer forma de prevenção com base em incentivos econômicos). A

idéia, portanto, para o caso de prevenção, seria, em vez de tornar um crime impossível, torná-lo não-lucrativo. A esperança é a de que, se os benefícios diminuem e os custos aumentam, poucas pessoas estarão interessadas em ser criminosas.

Outro pressuposto importante é o fato de que a regulação altera a estrutura de incentivos (recompensas ou punições, caso em que a ausência de punição é um incentivo) e, portanto, o comportamento dos agentes.

O pressuposto da racionalidade aplica-se, como destacado por Becker [1968], não apenas aos criminosos. Assim, os juízes, os policiais, os legisladores, as vítimas em potencial e os agentes⁷ dos bancos (o caso particular de nossa análise) são indivíduos racionais, perseguindo os seus próprios interesses, da melhor forma possível. Por esta razão, não encontramos, na teoria econômica, motivos para acreditar que os representantes dos bancos sejam menos egoístas do que os criminosos e de que esses últimos sejam mais racionais do que os primeiros.

A Lei nº 9.613, de 1998, em seu artigo 9º estabelece, dentre outras, que as instituições que tenham como atividade principal ou acessória,

7. Por agentes dos bancos queremos nos referir àquelas pessoas que são capazes de decidir sobre atuação da instituição financeira, ou seja, os seus administradores. Nem sempre, todos os administradores têm poder sobre todas as decisões do banco e, às vezes, para o motivo que aqui nos propomos, bastará pensar que um único agente seria capaz de implementar as ações relativas a desvios nas normas de combate à lavagem de dinheiro.

cumulativamente ou não, (1) a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, (2) a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial e (3) a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários, sujeitam-se à obrigação “de comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes,” a **proposta** ou a **realização** de transação que “possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos” na Lei nº 9.613, de 1998, ou com eles relacionar-se.

Em suma, a regra “obriga” os bancos a comunicarem **propostas** ou a **realização** de operações suspeitas. Fica claro, portanto, que os bancos serão **agentes** dos órgãos de prevenção à lavagem de dinheiro, como bem destacou Masciandaro [2001]. Por agentes devemos entender que não lhes interessa diretamente o resultado advindo da atividade exercida, mas sim os incentivos para exercê-la. Para agravar a situação, esses agentes incorrerão em um custo de observância da regra (*compliance cost* para os que preferirem esta terminologia) que não será resarcido pelo Estado.

Para analisarmos o comportamento dos representantes dos bancos sob o pressuposto da racionalidade e que ele é aplicável a todos os participantes do processo de prevenção ao crime de lavagem de dinheiro, vamos observar esta situação

descrita por Becker e Stigler [1974], que pode ser resumida da seguinte forma: um policial obtém provas de que um determinado delinqüente cometeu um crime e, com base nessas provas, o criminoso pode ser condenado em julgamento. Vamos supor que o custo que o delinqüente incorrerá relativo à pena seja de R\$ 60.000,00 (que pode ser tanto uma multa quanto o equivalente a uma condenação à prisão). O benefício para o policial será uma promoção e um aumento de salário que, trazido a valor presente (calculando o valor deste aumento no salário como se estivesse sendo pago uma única vez), chegará a R\$ 20.000,00.

O resultado esperado seria, olhando sob a ótica da racionalidade econômica, um pagamento de qualquer quantia entre vinte mil e sessenta mil reais pelo delinqüente ao policial e ambos saem ganhando, desde que o “valor esperado da pena” (discutiremos depois) fosse insignificante.

Nessa linha, Polinsky e Shavell [2001] demonstram, com a incorporação da possibilidade de corrupção na teoria da aplicação ótima da lei, os efeitos dessa prática na redução da prevenção. Seguindo o mesmo caminho, utilizaremos parte do arcabouço desenvolvido pelos autores mencionados até aqui como base para a nossa argumentação.

9. Situação 1 - bancos como únicos agentes de prevenção

Como nossa lei é de segunda geração só é considerado “lavador” de

dinheiro aquele que cometeu os crimes antecedentes, portanto, denominamos o agente que irá lavar dinheiro por criminoso.

Inicialmente, devemos nos lembrar que o dinheiro “sujo” de nada serve para o criminoso, uma vez que poderá servir de pista para a polícia localizá-lo. Masciandaro [1999] cunha, para refletir a atividade de lavagem de dinheiro, a expressão “transformar poder de compra potencial em poder de compra efetivo”.

Vamos supor que o criminoso possua um montante de recursos para ser “lavado”, ou seja, para transformá-lo da condição de “poder de compra em potencial” para a de “poder de compra efetivo”. Sabendo que o banco pode detectar a movimentação de recursos e comunicar esta operação aos órgãos de repressão, o criminoso procura um representante do banco, antecipadamente, para propor a “lavagem”, de modo a garantir que o negócio não será comunicado ao poder público.

A outra opção seria “testar” o sistema de prevenção do banco, de modo a não ter que pagar nada pela lavagem. O risco é o sistema detectar a operação suspeita e fazer a comunicação. Isso dependerá da capacidade de descobrir tais operações, que será diretamente proporcional aos gastos do banco com esta atividade.

Se apenas o banco tiver capacidade de “perceber” o crime, o po-

tencial de corrupção do representante do banco aumenta muito, porque para ele será apenas uma questão de acertar o valor a ser pago, pois qualquer valor acima de “zero” será vantajoso. Para o criminoso, por outro lado, deve levar em conta a possibilidade de não pagar nada ao utilizar a opção descrita no parágrafo anterior.

Chamamos a atenção para o fato de que o representante do banco tem poder de barganha para o estabelecimento da propina a ser cobrada, uma vez que ele sabe que ela é determinado pela capacidade do banco em detectar as operações de lavagem. Além disso, a propina aumenta com o tamanho da multa estabelecida pela lei. Obviamente, se a multa for pequena para o criminoso, pode ser mais vantajoso correr o risco de ser pego do que pagar a propina.

Apenas para deixar claro, quando falamos em multa, estamos nos referindo tanto a multa pecuniária quanto à transformação de uma penalidade na forma de restrição à liberdade, convertida em dinheiro. Por exemplo, se a penalidade for passar um ano (líquido) na prisão, isso pode valer para o criminoso, por exemplo, R\$ 40.000,00.

Se estivermos certos em nossa análise, o representante do banco estará mais disposto a incentivar a instituição a investir em sistemas de combate à lavagem de dinheiro, assim como será melhor para ele que a multa estabelecida na lei para o criminoso seja a mais alta possível.

Lembrando a citação inicial a Becker [1968], a teoria da análise econômica da lei estuda, dentre outras coisas, a forma pela qual a regulação deve ser posta em prática, ou seja, como a regra deve ser aplicada e quantos daqueles que a descumprirem devem ser identificados e punidos, como forma de sinalizar à sociedade que a norma é para valer. Contudo, como bem ressalta Stigler [1970], “a extensão da efetividade da lei depende do montante de recursos aplicados à tarefa”. Além disso, ele destaca o fato de que a sociedade deve abandonar a idéia de “completa” aplicação da lei tendo em vista que a cada aumento na eficácia da aplicação da lei corresponde um aumento de custos.

Para nós, o banco irá gastar o mínimo possível para que seja capaz única e tão somente de cumprir com sua obrigação, se considerarmos que o risco de reputação estará eliminado quando os órgãos de repressão atestarem que o banco cumpriu as normas.

Sob o ponto de vista do banco (como instituição e não sujeitos à ação do seu representante), qual o investimento ótimo em combate à lavagem de dinheiro dado que a instituição não se apropria dos recursos

gerados pela corrupção (supomos que os recursos assim obtidos ficam nas mãos dos representantes dos bancos), não é ressarcida pelos custos que incorre na detecção de lavagem ou ocultação de bens e valores, nem é recompensada em função do número de casos de lavagem que informar?

Para nós, o banco irá gastar o mínimo possível para que seja capaz única e tão somente de cumprir com sua obrigação, se considerarmos que o risco de reputação estará eliminado quando os órgãos de repressão atestarem que o banco cumpriu as normas. A Lei nº 9.613, de 1998, confirmando a afirmação anterior, deixou claro o que espera da instituição. Em seu artigo 11, parágrafo 1º, determina que as autoridades competentes “elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou a falta de fundamento econômico ou legal” possam constituir-se em “sérios indícios” dos crimes previstos na referida Lei. O parágrafo 2º possibilita maior flexibilidade às instituições ao garantir que não acarretarão responsabilidade civil às comunicações de boa fé.

10. Situação 2 - A atuação dos órgãos de combate à lavagem de dinheiro

O quadro, contudo, se altera quando entram em ação os órgãos de combate à lavagem de dinheiro, que se deu de forma gradual no Brasil em dois momentos: o primeiro

teve início com a sanção da Lei 9.613, de 1998, e levou o tempo necessário para a alteração e implementação do sistema de combate à lavagem de dinheiro. O segundo foi a questão da violação do sigilo bancário em relação à transferência dessas informações ao COAF, que levou mais tempo, mas concretizou-se com a sanção da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

O Capítulo VIII da Lei de Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro, que trata da “Responsabilidade Administrativa” estabelece as seguintes sanções: (1) advertência; (2) multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); (3) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.

Algumas regras são fixadas para a aplicação das penalidades. São elas:

§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10.

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por negligência ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no

prazo assinalado pela autoridade competente;

II – não realizarem a identificação ou o registro previstos nos incisos I e II do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso III do art. 10;

IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

§ 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do caput deste artigo.

(Parágrafos 1º ao 4º do artigo 12 da Lei 9.613, de 1998).

A multa, portanto, aplica-se aos casos em que não forem informadas as operações suspeitas, a inabilitação temporária no caso de infrações graves (definição vaga) ou de reincidência e a cassação da autorização no caso de reincidência de alguma infração que já tenha sido objeto de inabilitação temporária.

No que tange à multa pecuniária, são dadas ao seu aplicador três opções: (1) de um a duzentos por cento do valor da operação, (2) até duzentos por cento do lucro obtido (ou

presumivelmente obtido), e (3) multa até duzentos mil reais.

Nesse caso, vamos analisar apenas os resultados gerais, nos quais tanto o criminoso quanto o representante do banco apresentam neutralidade ao risco (determinado comportamento quando confrontados com situações que envolvem risco, cuja discussão foge ao escopo deste texto).

No nosso entendimento, considerando a condição de neutralidade, se a multa esperada (uma espécie de combinação entre a probabilidade de a penalidade ser descoberta, da probabilidade da pena ser atribuída e do volume da multa aplicada) para o representante do banco for menor do que a multa esperada do criminoso, será alta a chance de que haja corrupção.

Devemos observar que estamos supondo que a detecção da lavagem é feita pelo banco, enquanto a detecção da corrupção é resultado da ação dos órgãos de combate à lavagem de dinheiro, caso verifiquem uma movimentação que deveria haver sido informada e não o foi, e que os indícios apontem para o fato de que o banco sabia e não informou⁸.

Por esse motivo, a atuação dos órgãos de combate à lavagem de dinheiro aumenta a probabilidade de descoberta de corrupção do representante do banco, o que, por sua vez, eleva a multa (pena) esperada

8. Podemos citar como exemplo real do que está sendo discutido aqui, o registrado no relatório da CPMI dos Correios sobre os pagamentos em espécie realizados diretamente no caixa do banco.

deste representante, funcionando como um indutor à redução da corrupção.

É importante notarmos que não se pode simplesmente aumentar a exigência de detecção por parte dos bancos, uma vez que o aumento na exigência, aumenta o custo do banco, e, por conseguinte, a probabilidade de detecção da instituição.

Para que se evite a corrupção, se houver aumento na exigência de operações a serem reportadas aos agentes públicos deve haver um aumento absoluto no mínimo igual na capacidade de detecção por parte desses agentes.

Para que se evite a corrupção, se houver aumento na exigência de operações a serem reportadas aos agentes públicos deve haver um aumento absoluto no mínimo igual na capacidade de detecção por parte desses agentes.

Por outro lado, entendemos que isso não é uma tarefa fácil, tendo em vista que as operações ocorrem no âmbito do banco e não dos órgãos de supervisão. Contudo, algumas medidas têm sido tomadas no sentido de aumentar a capacidade desses órgãos de detectar operações de la-

vagem de dinheiro, como é o caso da obrigatoriedade de informação de operações com dinheiro em espécie superiores a cem mil reais (Carta-Circular 3.098, de 11 de junho de 2003), e a edição de regras específicas para os outros segmentos econômicos, como forma de verificar as informações dos bancos, sujeitos a operações que possibilitem a lavagem, de que são exemplo as Resoluções nº 13 e nº 14 do COAF, que definem obrigações objetivamente para os setores de fomento mercantil (factoring) e imobiliário, respectivamente.

11. Conclusão

Como discutimos inicialmente, a série de notícias relacionadas à corrupção e à conseqüente lavagem do dinheiro tem preenchido o tempo do mundo jornalístico e a grande esperança é que as instituições financeiras possam atuar com maior eficácia na prevenção destes crimes. Nesse sentido, procuramos nos dedicar à análise, sob o ponto de vista econômico, da regulação de combate à lavagem de dinheiro brasileira.

Nossa tarefa foi procurar entender o comportamento dos representantes dos bancos e dos criminosos que possuem recursos a serem lavados. Nos interessou discutir a forma pela qual a indústria financeira, que é a principal responsável por detectar operações de lavagem de dinheiro, deve ser regulada de modo a informar tempestivamente essas operações e ficar imune às possíveis tentativas em contrário.

A primeira análise teve como foco uma fase em que a observância da norma estaria limitada à ação das instituições financeiras em detectar e comunicar operações suspeitas aos órgãos reguladores para que estes últimos tomassem as providências cabíveis. Já na segunda, os órgãos teriam capacidade de observar se os agentes por eles “contratados” estariam agindo de acordo com as determinações legais.

A série de notícias relacionadas à corrupção e à conseqüente lavagem do dinheiro tem preenchido o tempo do mundo jornalístico e a grande esperança é que as instituições financeiras possam atuar com maior eficácia na prevenção destes crimes.

O resultado que propomos na primeira, em que a instituição financeira é o único agente capaz de detectar operações de lavagem de dinheiro, é que haverá corrupção e ela será tanto maior quanto mais elevado for o montante da multa imposta na lei e mais alta a probabilidade de que a lavagem seja descoberta pelo banco, limitada a valor marginalmente menor do que o montante a ser lavado. Esta probabilidade, por sua vez, dependerá das

exigências da lei, uma vez que o banco gastará na prevenção única e exclusivamente o valor necessário a atender a norma.

Já na segunda, consideramos que os atos das instituições financeiras estariam sob supervisão dos órgãos de combate à lavagem de dinheiro, e que haveria pena para o representante do banco se a norma fosse burlada. Nesse caso, nossas teses são

as seguintes: (1) quanto maior a pena para o representante do banco, menores serão as chances de ocorrer corrupção; (2) quanto mais se exige que os bancos sejam capazes de “detectar” as tentativas de lavagem, as chances de corrupção aumentam; e (3) quanto mais os órgãos de combate à lavagem de dinheiro forem capazes de detectar as operações fraudulentas, menor será a chance de corrupção.

Referências Bibliográficas

BECKER, Gary S. “Crime and Punishment: An Economic Approach.” *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.

Basel Committee on Banking Supervision. “Sound Practices for the Management and Supervision of Operational Risk”. Disponível em <http://www.bis.org/publ/bcbs96.htm> February 2003

_____. “Customer due diligence for banks”. Disponível em <http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf> October, 2001.

_____. “Core principles for effective banking supervision”. Disponível em <http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf> September, 1997.

Conselho de Controle de Atividades Financeiras, “Cartilha sobre lavagem de dinheiro” em: <https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/publicacoes/cartilha.htm> – (acesso em: 06.02.2006).

DAMANIA, Richard. Fredriksson, Per G. and Mani, Muthukumara, “The Persistence of Corruption and Regulatory Compliance Failures: Theory and Evidence” IMF Working Paper No. 03/172, September 2003.

EHRLICH, Isaac, “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement”, *The Journal of Legal Studies*, Volume I (2). June, 1972.

HELLEINER, Eric, “The Politics of Global Financial Regulation: Lessons from the Fight Against Money Laundering”, Center for Economic Policy Analysis Working Paper Series III, Working Paper No. 15, April 2000.

HYLTON, Keith N., “The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law”, Boston University School of Law, Working Paper Series, Law and Economics Working Paper n° 02-17. 2005.

MASCIANDARO, Donato. “Money Laundering: the Economics of Regulation”. *European Journal of Law and Economics*, May 1999.

MASCIANDARO, Donato. “Money Laundering Regulation and Bank Compliance Costs: What Do Your Customers Know? Economics and the Italian Experience”. *Journal of Money Laundering Control*, Autumn 2001.

POLINSKY, A. M., and Shavell, Steven. “The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines”. *The American Economic Review*, Volume 69, number 5, December 1979.

POLINSKY, A. M., and Shavell, Steven. “Corruption and optimal law enforcement”. *Journal of Public Economics*, 81 1-24, 2001.

STIGLER, George J. “The Optimum Enforcement of Laws” *The Journal of Political Economy*, Vol. 78 No. 3, May-June 1970.

U.S. Department of The Treasury. “National Money Laundering Strategy for 1999”, at <http://www.ustreas.gov/press/releases/docs/money.pdf> - September, 1999.

Wolfsberg Principles. Disponível em <http://www.wolfsberg-principles.com/>

Denúncia anônima no direito disciplinar à luz do princípio constitucional da vedação ao anonimato

Aline Cavalcante dos Reis Silva, advogada especialista em Direito Público, farmacêutica clínica e industrial, Analista de Finanças e Controle, Corregedora Setorial do Ministério da Previdência Social da CGU.

1. Introdução

É razoável a instauração imediata de Processo Administrativo Disciplinar com base em informações obtidas a partir de denúncia anônima? Há conflito com o princípio constitucional da vedação ao anonimato? Quais as possíveis providências que a Administração Pública poderia adotar, de modo a garantir que o serviço público seja preservado de servidores descompromissados com a ética e o interesse público, e de outro lado, que denúncias inverídicas e descabidas sejam desconsideradas por quem detém o poder para apurar eventuais irregularidades?

Aqueles que argumentam contra o recebimento de denúncias anônimas ressaltando que o cidadão, servidor público ou não, poderia se utilizar de seu direito de se manifestar para denunciar servidor levemente, utilizando-se do anonimato para se proteger de eventual ação penal

em seu desfavor, questionam o seguinte: como evitar eventuais prejuízos moral e material para aquele que se vê processado injustamente, apenas em razão de vingança?

Por outro lado, aqueles que defendem as denúncias anônimas ponderam que estas poderiam veicular informações importantes, sem as quais a Administração não teria meios de tomar conhecimento de irregularidades perpetradas por agentes públicos que, muitas vezes, utilizam-se de mecanismos sofisticados para o cometimento de infrações administrativas e crimes contra a Administração.

Há incerteza jurídica quanto à possibilidade de uma denúncia anônima fundamentar a abertura de investigações. A Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, por exemplo, aprovou, no ano passado, projeto legislativo que pretende proibir as denúncias anônimas no âmbito dos

processos administrativos instaurados na órbita dos três Poderes do Estado paranaense (KOTZAN, 2008). Já na Controladoria-Geral da União, a denúncia apócrifa é recebida e processada, conforme se verá adiante.

2. Controle na Administração Pública

A atividade administrativa deve ser transparente e isenta, visando garantir o exercício legal e legítimo do poder para atingir os reais objetivos sociais (MEIRELLES, 2004, p. 638). Nesse contexto, o controle social da atuação dos servidores do público torna-se fundamental.

A atividade de controlar é princípio consagrado na Constituição Federal e na legislação ordinária. A Carta Maior previu o exercício do controle em seu artigo 74. Segundo tal dispositivo, “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno [...]”. Já o Decreto-lei 200, de 12 de dezembro de 1967, estabeleceu o artigo 13, que dispõe que “o controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos [...]”.

Para Odete Medauar, “todo aquele que atua em nome de outro deve prestar contas de sua atuação; não há ação coletiva sem controle” (MEDAUAR, 1993, p. 9). É preciso que existam instituições e mecanismos para controlar aqueles que detêm o poder, considerando que, voluntariamente, o autocontrole é

exercido com dificuldades e ineficácia (MEDAUAR, 1993, p. 11). Não se pode ter a garantia de que o detentor do poder não será contaminado por ele, desviando-se da meta primordial de atendimento ao interesse público.

O controle externo realizado pela sociedade, denominado **controle social**, vem crescendo. O exercício efetivo de tal controle por meio de representações ou denúncias na proteção do interesse coletivo pode ser bastante eficiente na prevenção e no combate a fraudes ocorridas no âmbito da Administração Pública, permitindo ao Estado garantir à sociedade os serviços essenciais ao seu desenvolvimento (DI PIETRO, 2003, p. 598).

A fiscalização da conduta dos governantes pelo cidadão contribuinte “é direito subjetivo ao governo honesto [...]”. A moralidade pública e a probidade administrativa dos agentes do poder são um direito do povo, daí a razão por que o controle da Administração foi ampliado até o mais simples cidadão” (MEIRELLES, 2004, p. 442-443).

2.1. Direito de petição ou representação

O direito de peticionar, seja para requerer ou reclamar contra autoridades perante o Poder Público, surgiu com o *Bill of Rights* inglês, de 1688 (BARROS, 2005, p. 352). No constitucionalismo brasileiro, o direito de petição originou-se com a Constituição do Império de 1822 (artigo 179, §30), “mas já na Cons-

tuição Republicana de 1891, o poder em questão foi denominado de direito de representação, a ser exercido ‘mediante petição’ (artigo 72, §9º)” (FIGUEIREDO, 2003, p. 352). Na Constituição Federal de 1988, o direito de petição está previsto no artigo 5º, inciso XXXIV.

A denúncia ou representação, anônima ou nominada, é uma das formas de exercício do controle dos atos da Administração pela sociedade. Os órgãos de controle têm assumido responsabilidades relevantes nesse contexto e não deveriam desconsiderar a notícia anônima de irregularidades praticadas no âmbito da Administração.

Além de ter assento constitucional, é incondicionado, imprescritível e independe do pagamento de taxas (MEIRELLES, 2004, p. 651). Pedir ao poder público para defender direito pessoal ou social e obter respostas, ainda que apenas esclarecedoras de situação de fato, por prática ilegal ou exercida com abuso de poder, é garantia fundamental de todo cidadão (DALLARI, 2001, p. 22).

O artigo 104 da Lei 8.112/90 também prevê tal direito nos seguintes moldes: “É assegurado ao servidor o direito de requerer aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou interesse legítimo”. A Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que regulamentou o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, faculta, em seus artigos 14 e 22, a possibilidade de qualquer pessoa representar acerca da prática de atos de improbidade administrativa por servidores públicos ou não.

A denúncia ou representação, anônima ou nominada, é uma das formas de exercício do controle dos atos da Administração pela sociedade. Os órgãos de controle têm assumido responsabilidades relevantes nesse contexto e não deveriam desconsiderar a notícia anônima de irregularidades praticadas no âmbito da Administração.

3. Denúncia anônima e processo administrativo disciplinar

O manual de processo disciplinar do Governo do Distrito Federal, aprovado pela Portaria 16, de 24 de janeiro de 2003, da Secretaria de Gestão Administrativa, muito bem preceitua que “denúncia, na terminologia administrativo-disciplinar, é a revelação à autoridade de fatos indicativos de ação ou omissão do servidor, ofensivas das prescrições disciplinares que regulam o exercício de suas funções e o comportamento ético social” (DISTRITO FEDERAL, 2005).

Conforme o citado manual, a denúncia pode se originar do exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 1988), do cumprimento do dever de comunicar ao superior as irregularidades no serviço (art. 116, IV, da Lei 8.112/90), e do exercício de atividades desenvolvidas pelos órgãos de auditoria e correedoria.

Inobstante a existência e a importância do controle popular, é da Administração a competência para determinar a apuração das irregularidades, sob pena de condescendência criminosa, crime definido no artigo 320 do Código Penal Brasileiro: “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”. Tal idéia ganhou força com o artigo 74, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária” (DI PIETRO, 2003, p. 604).

A Administração tem o dever de investigar e punir os responsáveis, tendo em vista que seus atos são vinculados, devendo submeter-se aos princípios constitucionais, especialmente o da legalidade (DI PIETRO, 2003, p. 604-605). A Administração é obrigada a apurar irregularidades e deve objetivar, como *ultima ratio*, a manutenção da regularidade dos serviços. É o que

estabelece o artigo 143 da Lei 8.112/90.

Por outro lado, e apesar de o representante possuir a faculdade de denunciar qualquer desvio de conduta funcional à Administração e, ainda, não se exigir que detenha qualquer interesse para o exercício desse direito, poderá ser responsabilizado nas esferas penal e civil, caso haja lesão a alguém pela falsidade da imputação feita (MEIRELLES, 2004, p. 651). Assim, a despeito da previsão do exercício do direito de representação, **a Constituição Federal vedou o anonimato em seu artigo 5º, inciso IV, buscando garantir a liberdade responsável.**

3.1. O princípio constitucional da vedação ao anonimato e a denúncia apócrifa: abusos e aplicações.

O artigo 144 da Lei 8.112/90 determina que “as denúncias sobre irregularidades serão objetos de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”. Adiante, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que se o fato narrado não for ilícito penal ou disciplinar, a denúncia será arquivada por falta de objeto.

A Constituição Federal de 1988 diz ser livre a manifestação do pensamento pelo cidadão, permitindo que, em caso de abusos cometidos durante o exercício indevido desse direito, o Poder Judiciário aprecie o

caso concreto e, conforme a circunstância, responsabilize civil e penalmente seus agentes causadores (MORAES, 2003, p. 206).

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) tratou do tema em seu artigo 19, que prevê que “constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inóceno”. Adiante, o parágrafo único desse dispositivo determina que “além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado”.

O abuso do direito de denunciar caracteriza-se pela constância de denúncias infundadas, quando o autor desconhece sua procedência, bem como pela denunciação caluniosa quando sabe da inocência do acusado. Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Inquérito nº. 1957, assim decidiu acerca do assunto:

“VOTO DO RELATOR: O veto constitucional ao anonimato (CF, art. 5º, IV, “in fine”) busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas, pois, ao exigir-se a identificação de seu autor, visa-se [...] possibilitar que eventuais excessos derivados de tal prática sejam tornados passíveis de responsabilização, “a posteriori”, tanto na esfera civil quanto no âmbito penal. [...] Há, de um lado, a norma constitucional, que, ao vedar, o anonimato (CF, art.

5º, IV) objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade (como a honra, a imagem e a intimidade), buscando inibir, desse modo, delações de origem anônima e de conteúdo abusivo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005)”.

Conforme já se manifestou o ministro Carlos Velloso, em voto proferido no Mandado de Segurança 24.405/DF, o objetivo da Lei 8.112\90 é impedir o denunciismo irresponsável, de modo a resguardar o direito dos servidores públicos contra perseguições e denúncias sem fundamento, pois “aquele que, irresponsavelmente, formula denúncia contra alguém, deve responsabilizar-se pelo seu ato, respondendo na Justiça pelos danos causados à honra subjetiva e objetiva do denunciado”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).

O ordenamento jurídico não pode deixar sem garantias os gestores públicos que são vítimas de denúncias criminosas. “Protegidos pelo anonimato, pessoas com estímulos verdadeiramente escusos movem-se pelos extensos caminhos dos órgãos encarregados da defesa do interesse público, obviando o desempenho efetivo das funções constitucionais” (FERNANDES, 2004, p. 3442).

No julgamento do Mandado de Segurança nº. 24.405-4\2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* da expressão constante do § 1º, do artigo 55, da

Lei 8.443/92, *in verbis*: “manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia”, bem como do contido no disposto no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União – TCU, que, quanto à autoria da denúncia, estabelecia que seria mantido o sigilo.

No presente caso, o TCU conhecia a autoria da denúncia, mas entendeu que não devia tornar pública a identidade do denunciante. No entanto, incidentalmente, o STF entendeu que tal posicionamento era inconstitucional por afronta, dentre outros, ao disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Nem sempre o sigilo perante o denunciado deverá ser mantido pela Administração, pois o resguardo do patrimônio moral das pessoas é princípio constitucional (artigo 5º, inciso X) e deve ser respeitado. Por isso, as denúncias sem fundamento e que coloquem em risco o patrimônio moral das pessoas devem ser arquivadas por ausência de materialidade.

Apesar de todo o exposto, a denúncia anônima é efetivamente um dos mecanismos que pode assegurar que delitos graves sejam levados ao conhecimento da autoridade competente para sua apuração. Caso não seja aceita e processada, o Estado terá dificuldades para tomar conhecimento de práticas abusivas.

Deve ser considerado que a falta de segurança reinante no Estado brasileiro interfere na iniciativa do cidadão acerca da denúncia e, portanto, o anonimato é uma maneira de resguardar a integridade física e

moral do denunciante. “Em um país como o nosso, onde o Estado não oferece aos cidadãos uma segurança eficaz, é irresponsabilidade sustentar que somente serão considerados os fatos apontados por pessoas que se identificam” (ALVES, 2001, p. 250), pois determinadas circunstâncias inibem as pessoas interessadas no resguardo do interesse público de assumirem publicamente as denúncias, “seja por possível pressão do ambiente do trabalho, seja por ameaças e jogo do mais forte” (FERNANDES, 2004, p. 3442).

Apesar de todo o exposto, a denúncia anônima é efetivamente um dos mecanismos que pode assegurar que delitos graves sejam levados ao conhecimento da autoridade competente para sua apuração. Caso não seja aceita e processada, o Estado terá dificuldades para tomar conhecimento de práticas abusivas.

Em voto vencedor, o ministro Adhemar Maciel, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 4.435\1995, ressaltou que “quanto à denúncia anônima, o dispositivo constitucional (art. 5º, IV) não tem a

extensão que o recorrente lhe dá. Tal cláusula constitucional não pode ser tomada em sentido absoluto. Não se pode pegar, isoladamente, um dispositivo de um artigo de lei e deletar conclusões inarredáveis. A vedação do anonimato está jungida a um dos direitos fundamentais mais importantes do homem e do cidadão: a livre manifestação do pensamento. [...] Caberá à Administração avaliar e verificar se a notícia apócrifa encontra ressonância ou não. [...] Desse modo, não importa como chegou a notícia. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA, 1995).

Deve haver um equilíbrio ao tratamento dado às denúncias anônimas, tendo em vista o resguardo da integridade moral e física do denunciante e do denunciado, e o necessário atendimento ao interesse público supremo. O balanceamento entre esses vetores deve ser um dos objetivos dos que aspiram a uma sociedade mais harmônica (FERNANDES, 2004, p. 3442).

Quando houver colisão entre a liberdade de expressão do pensamento e os direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada, deve o legislador e o administrador realizar a ponderação dos valores envolvidos tendo em vista a separação entre o que é público e o que é privado, já que **a liberdade de manifestação do pensamento, inclusive com a utilização do anonimato, possui função social** (FARIAS, 1996, p.137; 140-142).

Edilson Pereira de Farias ensina que “no Estado Democrático de

Direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação” (FARIAS, 1996, p.132).

A Controladoria-Geral da União, órgão de controle interno do Poder Executivo Federal, recebe e processa denúncias apócrifas, seja por meio da instauração de procedimento preliminar (auditoria, fiscalização, pedido de informações) ou de processo administrativo disciplinar (Portaria nº. 335, de 30.05.2006) no âmbito de seus órgãos de Corregedoria, mas desde que haja indícios mínimos de autoria e materialidade que permitam a apuração.

As denúncias anônimas não devem ser rechaçadas desde logo pelo administrador público, pois, além de ser um meio eficaz de veiculação de notícias de irregularidades administrativas, ampliando, assim, a eficiência da Administração no combate às fraudes e à corrupção no serviço público, o ordenamento jurídico conferiu a **qualquer cidadão responsável e comprometido com a ética e com a defesa da coisa pública**, o direito de denunciar servidores públicos.

O que se veda, na verdade, são mensagens apócrifas, injuriosas, difamatórias ou caluniosas. A finalidade constitucional é evitar a manifestação de opiniões fúteis, infundadas, de modo a garantir o respeito à intimidade, à honra de outrem, à ordem jurídica, ao regime

democrático e ao bem-estar social (MORAES, 2003, p. 207).

Um último argumento utilizado pela doutrina na defesa da denúncia anônima é que, ao impor que o denunciante seja identificado, o artigo 144 da Lei 8.112\90 referiu-se apenas a uma das hipóteses de conhecimento da notícia, pois há outras maneiras de se ter ciência de irregularidades – informação que um cidadão transmite em uma conversa de final de semana, em um telefonema em que o interlocutor não se identifica, em uma carta anônima, em um correio eletrônico ou em decorrência de flagrante da autoridade competente pela apuração da conduta irregular (ALVES, 2001, p. 249) –, o que afasta o entendimento restrito dado por alguns doutrinadores acerca do artigo 144 da Lei 8.112/90 de que as denúncias anônimas não podem ser consideradas para a instauração de procedimento apuratório de responsabilidades.

A Controladoria-Geral da União recebe e processa denúncias apócrifas, mas desde que haja indícios mínimos de autoria e materialidade que permitam a apuração.

Essa interpretação pode ser corroborada a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no

Mandado de Segurança nº. 24.369\DF, segundo a qual **não existe vício na aceitação de denúncias anônimas para a instauração de processos investigatórios pelos poderes e órgãos públicos, desde que haja indícios suficientes de autoria e materialidade das irregularidades e ilegalidades apontadas**, *in verbis*:

“EMENTA: Delação anônima. Procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes. A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, Art. 5º, IV, “*in fine*”), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. Obrigação estatal que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, Art. 37, “*caput*”), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos lesivos ao interesse público. Razões de interesse social em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (CF, Art. 5º, X). O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante a ponderação dos valores e interesses em conflito. Considerações doutrinárias. Liminar indeferida. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002)”.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou acerca da matéria no Recurso em Mandado de Segurança nº. 1.278\1993:

“EMENTA: Administrativo. Instauração de inquérito, mediante denúncia anônima. Possibilidade. I – A instauração de inquérito administrativo, ainda que resultante de denúncia anônima, não encerra, no caso, qualquer ilegalidade. [...]. VOTO (Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro): [...] inexistente nenhuma lei que impeça a instauração de inquérito administrativo com fundamento em carta anônima, lastreada em documentos hábeis à comprovação do ilícito lastreado. É certo que a autoridade geralmente procede a uma sindicância, mas, quando já tem elementos que levem à provável autoria, pode desencadear o inquérito administrativo. Isto posto, NEGOU provimento ao recurso”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1993)

Qualquer forma de conhecimento da irregularidade impõe providências. Não será admissível instaurar um processo de imediato contra alguém, mas impõe-se a obrigação de averiguar (ALVES, 2001, p. 250), seja por meio de um procedimento administrativo de coleta de informações ou mesmo sindicância inquisitorial ou investigativa. Apenas os procedimentos disciplinares instaurados a partir de denúncias anônimas que não contenham indícios suficientes da ocorrência de irregularidade denunciada

são viciados e devem ser arquivados (CARVALHO, 2000).

Recentemente, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006). Em seu artigo 13, que trata da participação da sociedade na prevenção e no combate à corrupção, o mencionado Decreto dispôs que “cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, **para a denúncia, inclusive anônima**, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção”.

3.2. Denúncia anônima e correio eletrônico

O avanço tecnológico tem permitido que a comunicação e a transmissão de informações ocorra rapidamente. Nesse contexto, e com a finalidade de garantir que a população em geral tenha acesso aos órgãos de controle, muitos deles possibilitam o contato com o cidadão por intermédio de correios eletrônicos, cujos endereços disponibilizam na rede mundial de computadores (Internet).

Cada vez mais os cidadãos utilizam essa ferramenta para se comunicarem com os órgãos administra-

tivos do Estado, especialmente com a finalidade de veicular denúncias de irregularidades de que têm conhecimento. Entretanto, apesar de ter imprimido agilidade nas comunicações entre as pessoas, a utilização do correio eletrônico acaba por acentuar a incerteza jurídica quanto à possibilidade de uma denúncia anônima fundamentar a abertura de investigações.

Ângela Bittencourt Brasil ensina que, quando a notícia de irregularidade se der via correio eletrônico (e-mail), a prova da existência dessa mensagem é bastante frágil e serve apenas como indícios da ocorrência do fato (BRASIL, 2001), não se podendo dizer, com absoluta certeza, quem foi o responsável pela denúncia encaminhada, tampouco se os fatos narrados na mensagem são verídicos. Constituem apenas indícios da ocorrência de supostas irregularidades, e dessa forma deverão ser trabalhados.

Em caso de denúncia infundada ou caluniosa, vislumbra-se, a princípio, a possibilidade de quebra do sigilo de transmissão do correio eletrônico para que possa ser desvendada a autoria da denúncia anônima, sendo necessário, entretanto, acionar o Poder Judiciário para a obtenção da devida autorização judicial (BRASIL, 2001). No caso de não ser possível identificar o computador por intermédio do qual foi encaminhada a mensagem apócrifa, deve-se averiguar as informações contidas nas mensagens eletrônicas anônimas e, com fulcro na razoabilidade, verificar a proce-

dência da representação (MARTINS, 2004).

4. Conclusão

O administrador e o servidor público estão vinculados aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, bem como ao dever de noticiar e apurar as irregularidades de que têm ciência (artigo 143 da Lei 8.112\90), sob pena de incidir em crime de condescendência criminosa.

Em caso de denúncia infundada ou caluniosa, vislumbra-se, a princípio, a possibilidade de quebra do sigilo de transmissão do correio eletrônico para que possa ser desvendada a autoria da denúncia anônima, sendo necessário, entretanto, acionar o Poder Judiciário para a obtenção da devida autorização judicial (BRASIL, 2001).

É imprescindível que a Administração Pública receba a denúncia anônima e investigue os fatos noticiados por meio dela, independente-

mente da forma de encaminhamento (carta, correio eletrônico, etc.).

Deve apurar os fatos imediatamente, mediante a realização de diligências, ou instaurar procedimento preliminar ou sindicância investigativa para ter certeza da ocorrência da irregularidade e de

sua autoria, evitando o abuso no direito de representação. E, a partir dos indícios de autoria e materialidade coletados com as investigações preliminares, cumpre a ela instaurar o processo administrativo disciplinar em desfavor do servidor faltoso, desvinculando-o da denúncia anônima.

Referências Bibliográficas

1. KOTSAN, ADRIANO. **CCJ aprova matéria que acaba com denúncia anônima no Paraná**. Disponível em: <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/parana/conteudo.phtml?tl=1&id=701194&tit=CCJ-aprova-projeto-que-acaba-com-denuncia-anonima-no-Parana>. Acesso em: 30 abril. 2008.
2. MEDAUAR, Odete. **O controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
4. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
5. DALLARI, Adilson Abreu; Sérgio Ferraz. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
6. DISTRITO FEDERAL. Manual de processo administrativo disciplinar. Disponível em: <http://www.sga.df.gov/siadrh/manualprocdisciplinar/tit1/>. Acesso em: 12 ago. 2005.
7. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. INQ nº. 1.957. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, DJ de 03 de novembro de 2005.
8. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS nº. 24.405. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2003. DJ de 23 de abril de 2004.
9. FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Denúncia anônima: responsabilidade do caluniante. **Revista fórum de contratação e gestão pública**, Brasília: Fórum, v. 3, n. 27, 2004.
10. ALVES, Léo da Silva. **Prática do processo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
11. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. RMS nº. 1.278. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, DF, 10 de março de 1993. DJ de 10.03.1993.
12. FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
13. CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **A instauração de processos administrativos disciplinares a partir de denúncias anônimas**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=402>. Acesso em: 02 ago. 2005.
14. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº. 24.369. Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 10 de outubro de 2002, DJ de 16 de outubro de 2002.
15. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. RMS nº. 4.435. Relator: Ministro Adhemar Maciel, Brasília, DF, 25 de setembro de 1995.
16. BRASIL, Ângela Bittencourt. **O e-mail e a prova judicial**. Dez, 2001. Disponível em: <http://www.ciberlex.adv.br>. Acesso em: 12 dez. 2005.
17. MARTINS, João Bosco Barbosa. **A notificação de irregularidades no serviço público através de correio eletrônico**. Jus Vigilantibus, Vitória, 6 mar. 2004. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_peças/ver/1649. Acesso em: 8 ago. 2005.

Contratação de obras e serviços de engenharia por meio do pregão

Vagner de Souza Luciano, bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Público, Coordenador-Geral de Auditoria da Área de Planejamento Orçamento e Gestão – DEPOG/CGU

1. Introdução

Na consecução de seus objetivos – em especial na persecução do bem comum para a sociedade – o Estado necessita realizar contratações de serviços, bem como adquirir bens a serem empregados em prol de sua funcionalidade, isto é, para que a máquina administrativa estatal funcione e alcance suas finalidades faz-se necessária a utilização de meios e recursos técnico-operacionais de particulares, com a devida remuneração pelos cofres públicos.

A concretização dessas contratações pela Administração se dá por intermédio de seus agentes, os quais, por sua vez, estão obrigados a observar os normativos legais que norteiam toda a atividade administrativa pública, de forma a garantir o cumprimento de metas e programas sociais de governo e, ao mesmo tempo, assegurar a preponderância dos princípios dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal – *legalidade, impessoalida-*

de, moralidade, publicidade e eficiência.

Em matéria de licitações e contratos administrativos, inúmeros são os pontos em que há discussões sobre o limite da discricionariedade desses gestores públicos diante do caso concreto. O princípio da eficiência – acrescido ao citado artigo pela Emenda Constitucional nº. 19 – impõe a esses gerentes da *res publica* o dever de agir sempre buscando melhor desempenho, maior celeridade, economicidade nos processos de trabalho, bem assim quaisquer resultados favoráveis no alcance de metas e objetivos, com o melhor emprego dos recursos disponíveis.

Nesse cenário, foi instituída a modalidade de licitação denominada “Pregão”. Diante de resultados bastante favoráveis em relação à melhora nos processos de contratação pela Administração, alguns estudiosos do ramo passaram a defender a utilização prioritária da nova modalidade e admitem, com bastante restrição, casos em

que o procedimento não tenha aplicabilidade. Por outro lado, outros entendem que os termos e conceitos trazidos no texto normativo da modalidade impedem sua aplicação prioritária, apresentando-se como mera faculdade de escolha pelo gestor, e sustentando, inclusive, sua inaplicabilidade em várias situações.

Assim, surgem dois posicionamentos opostos em relação à utilização do pregão para licitar obras e serviços de engenharia: o primeiro, favorável ao emprego do novo rito sempre que o critério de julgamento de uma licitação for o de menor preço, independentemente do objeto; o segundo, defendendo a aplicação do Pregão apenas quando o objeto a ser licitado puder ser enquadrado como bens ou serviços comuns, excluindo, de plano, sua utilização quando o objeto referir-se à contratação de obra ou de um serviço de engenharia.

Neste trabalho, pretende-se abordar alguns tópicos importantes e necessários à contextualização das licitações públicas no Brasil, com o fim de possibilitar a avaliação sobre o cabimento do Pregão nesses processos de contratação de obras e serviços de engenharia pelos órgãos e entidades que, por força dos mandamentos constitucionais, estão obrigados a observar em seus processos seletivos de contratação as disposições contidas nas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nº 10.520, de 17 de julho de 2002, bem como os princípios constitucionais correlacionados.

2. Evolução do Instituto no Brasil

Na contextualização histórica das licitações no Brasil, mostram-se bastante elucidativas as observações aduzidas por Carlos Pinto Coelho Motta, relativas ao seu tratamento positivo no Direito Brasileiro. Segundo o autor, questões atinentes às aquisições pelo Poder Público são tratadas no nosso ordenamento jurídico desde as Ordenações Filipinas (datadas de 1592).¹

A partir da cronologia dos atos normativos apresentados na mencionada obra, convém citar alguns exemplos dos atos legislativos que tratam das contratações pela Administração, quais sejam: a Lei 4.401/64; o Decreto-lei 200/67; o Decreto-lei 2.300/86; a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que se constitui no principal normativo objeto deste trabalho.

Em síntese, verifica-se que as licitações públicas, há tempos, são tratadas na legislação nacional com especial atenção, sobretudo por sua representatividade no campo de atuação dos gestores de recursos públicos. Nessa vertente, inúmeros estudos sobre esse tema são realizados pelos doutrinadores, bem assim pelos administradores e agentes públicos que buscam a melhoria na gestão da coisa pública.

1. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 5-9.

3. Criação da modalidade pregão

Historicamente, as contratações pelo Poder Público quase sempre eram efetuadas em condições menos vantajosas se comparadas às relações negociais entre particulares. Na tentativa de melhorar essas ofertas de bens e serviços aos órgãos governamentais, surgiram idéias e projetos com o fim de aprimorar a forma de disputa, bem assim de proporcionar maior competitividade entre os interessados.

Em síntese, verifica-se que as licitações públicas, há tempos, são tratadas na legislação nacional com especial atenção, sobretudo por sua representatividade no campo de atuação dos gestores de recursos públicos.

Dessas idéias e projetos nasceram as regras de disputa do Pregão, previstas atualmente na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. A partir de então, a ênfase dada no novo procedimento seletivo passou a ser a obtenção de preços e condições melhores, em especial a celeridade do procedimento e a possibilidade de os licitantes renovarem suas ofertas, tanto em relação aos seus preços ini-

ciais como em relação aos de seus concorrentes.

3.1. Aspectos gerais da modalidade

Várias inovações surgiram com essa nova forma de disputa, dentre as quais abordaremos de forma bastante resumida as principais, valendo o registro de que a realização da modalidade com a utilização de recursos eletrônicos - denominado pregão eletrônico - não terá suas peculiaridades tratadas neste trabalho.

3.1.1. Inversão de fases

Nas licitações tratadas na Lei nº 8.666/93 - guardadas as proporções entre as diferentes análises de condições habilitatórias previstas para cada modalidade - avalia-se em um primeiro momento os documentos de habilitação de todos os interessados, a saber: regularidade jurídica, regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica (os documentos que podem ser exigidos nas licitações estão previstos nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93), para depois conhecer e apreciar as condições comerciais das propostas de preços apresentadas por aqueles julgados aptos a continuar no certame.

Esses procedimentos são realizados em ordem inversa no pregão, ou seja, busca-se em um primeiro momento conhecer, apreciar e obter a redução dos preços inicialmente

apresentados – cabendo o registro de que o detalhamento de todo o procedimento e sua seqüência lógica estão previstos em legislação própria – para, depois de superada tal fase, avaliar os documentos de habilitação apenas do licitante declarado vencedor da disputa de preços, o que reduz significativamente o tempo de processamento da licitação.

3.1.2. Renovação de ofertas

Diferentemente das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, passa a existir a possibilidade de serem os preços apresentados nas propostas escritas reduzidos mediante a oferta de lances verbais, sucessivos e decrescentes pelos licitantes, na própria sessão de abertura de propostas de preços. Sobre esses lances, Marçal Justen faz os seguintes apontamentos:

“Os novos lances serão formulados verbalmente, por parte da pessoa física que dispuser dos poderes para tanto. Será possível estabelecer uma fase de lances por via escrita, ainda que entre os presentes? Não parece que essa seja a solução mais adequada. Imagine-se, no entanto, que o representante tenha uma dificuldade de fonação (permanente ou temporária). Não se poderia impedir que formulasse seus lances sucessivos em um papel, apresentando-os ao pregoeiro. Lembre-se que o pregão eletrônico, regulado pelo Dec. nº 3.697 e objeto de comentário adiante, consiste basicamente na utiliza-

*ção de meios eletrônicos para formulação de lances.”*²

3.1.3. Responsabilidade pela condução do certame

Enquanto nas licitações tradicionais, o recebimento, a análise e o julgamento – tanto dos documentos de habilitação quanto das propostas de preços – são realizados por uma comissão formada por no mínimo três membros (cabe ressaltar a exceção trazida pelo art. 51, § 1º, da Lei nº. 8.666/93, onde a norma permite em um convite a substituição da comissão de licitação por um servidor formalmente designado pela autoridade competente), no pregão, tal incumbência está adstrita ao pregoeiro, que tem o poder de conduzir o andamento da sessão, bem como decidir quanto às negociações para redução de valores – semelhante ao comprador na iniciativa privada – e adequação de ofertas aos patamares pretendidos pela Administração.

É certo que o desempenho dessas atribuições por um único agente público, e não mais por uma comissão, implica concentração de responsabilidades e, por conseguinte, necessidade de utilizar critérios mais eficazes na seleção desse profissional, bem assim de melhor prepará-lo para o desempenho dessa função.

2. JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3. Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 127

3.1.4. Prazo para divulgação do ato convocatório

O pregão, dada sua aplicabilidade a contratações de quaisquer valores, inovou consideravelmente, eis que o prazo mínimo entre a divulgação do ato convocatório e o recebimento das propostas é de apenas 8 (oito) dias úteis, independentemente do valor a ser contratado, diferente da concorrência e da tomada de preços, que os prazos são 30 (trinta) dias e 15 (quinze) dias, respectivamente. Denota-se, também nesse ponto, que a intenção do legislador foi a de tornar o procedimento mais célere e livre da grande demora a qual as outras modalidades estão sujeitas. Nesse aspecto, Marçal Justen alerta:

*“A Lei 10.520 alude ao prazo mínimo de oito dias úteis. Isso não significa impossibilidade de adoção de prazos mais longos. Aplicam-se, nesse ponto os princípios gerais de Direito Administrativo. A fixação de prazo de oito dias pode ser invalidada quando caracterizar modalidade de desvio de finalidade, tendo em vista a frustração dos princípios da competitividade e da isonomia.”*³

3.1.5. Realização da sessão

Nesse particular, convém destacar que no pregão, diferentemente das modalidades concorrência, tomada de preços e convite, a apreciação, o

juízo e a comunicação dos respectivos resultados – tanto da análise das propostas de preços quanto dos documentos habilitatórios – são realizados numa mesma sessão pública.

A concentração dos atos em um mesmo momento constitui-se como um grande avanço da legislação em relação à redução no tempo de atendimento de uma demanda pela Administração, sendo abordada por Vera Scarpinella nos seguintes termos:

“no pregão a sessão pública é etapa fundamental do procedimento, pois nela estão concentrados todos os principais atos do pregão relacionados à escolha do particular. É nesta sessão que as propostas são recebidas, analisadas, julgadas e decididas.

*Diferentemente do andamento-padrão da Lei de licitações, onde a análise e a decisão quanto à habilitação dos licitantes e classificação das propostas estão diluídas no tempo – sendo, por isso, muito marcante na Lei 8.666 as chamadas fases do procedimento licitatório (edital, habilitação, julgamento, adjudicação e homologação) –, no pregão o julgamento das propostas e análise dos documentos de habilitação estão concentrados na sessão pública, o que reduz consideravelmente o tempo entre a publicação do edital e a escolha do particular a ser contratado.”*⁴

3. JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3. Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 103-104.

4. SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade pregão. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111-112.

3.2. Vantagens advindas do pregão

Após a sua adoção nos diversos entes da Administração Pública, restou comprovado que os resultados alcançados foram altamente satisfatórios, sobretudo pela economia de recursos financeiros e pelo melhor emprego dos recursos humanos da unidade licitadora, decorrentes da aplicação dos princípios norteadores da modalidade, definidos no art. 4º do decreto regulamentador (o Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, regulamentou a modalidade), quais sejam: celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

Vera Scarpinella registra as vantagens obtidas com a utilização do pregão nos seguintes termos:

*“A consequência de um rito com tais características é a celeridade no processo de contratação e a possibilidade de celebração de um melhor negócio para o Poder Público. O procedimento do pregão é rápido, em comparação com as tradicionais modalidades licitatórias existentes na Lei Geral de Contratações Públicas (Lei 8.666/1993). O pregão amplia a participação de fornecedores na disputa e desburocratiza os meios de aquisição, porque seu procedimento é simplificado em relação aos demais previstos na legislação.”*⁵

5. SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade pregão. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13.

Ainda em relação à comprovação efetiva das vantagens alcançadas com o uso do pregão, ressalta-se números divulgados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em várias notícias veiculadas em seu site. Como exemplo, tem-se as matérias a seguir:

“PREGÃO AGORA É LEI E VALE PARA TODO O BRASIL. Em 28/06/2002.

*Desde sua implementação na administração federal, já foram realizados 3.871 pregões, sendo que atualmente 1.279 pregões estão em andamento. Eles envolveram compras e contratações no valor total de R\$ 1,27 bilhão, com uma redução média de preços da ordem de 25% (diferença entre preço inicial e preço final). O tempo gasto para uma licitação por pregão tem sido de aproximadamente 20 dias, enquanto procedimentos como concorrência exigiam cerca de quatro meses.”*⁶

“PREGÃO ELETRÔNICO REDUZIU CUSTOS DAS COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL EM ATÉ 30% EM DOIS ANOS. Em 17/02/2005 Nos últimos dois anos, uma lenta revolução vem ocorrendo no governo federal na hora de realizar suas licitações. As mudanças são importantes porque aumentou de forma significativa o número de fornecedores do governo e porque reduziram os custos das

6. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br>> Acesso em 14.out.2006.

compras governamentais em até 30%.

[...]

Essa mudança deve-se à prioridade dada aos pregões eletrônicos. Em 2003 e 2004, a utilização dos pregões cresceu 500% na administração federal. Somente no último ano, a União economizou 31,5% em relação ao preço-base estimado pelo governo antes de iniciar o procedimento de compra. Enquanto a expectativa inicial era gastar R\$ 567,028 milhões em produtos adquiridos por pregões eletrônicos, foram desembolsados R\$ 381,557 milhões.”⁷

É inegável que a implementação da modalidade pregão traduziu-se em um enorme passo para que o Poder Público tenha suas contratações de bens e serviços firmadas em condições e patamares semelhantes àqueles obtidos pelas empresas da iniciativa privada. Nessa esteira, as políticas públicas, os programas de governo e os atos de gestão sofreram significativas melhoras no tocante à principal forma de emprego de recursos públicos – as contratações com particulares.

4. A contratação de obras e serviços de engenharia

Em qualquer modalidade de licitação adotada pela Administração, a chamada fase interna é considerada como

7. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br>> Acesso em 11.nov.2006.

a mais importante, pois se os levantamentos necessários quanto ao objeto, quanto às condições de contratação, quanto aos orçamentos estimativos da obra, do bem ou dos serviços demandados, não forem suficientes e satisfatoriamente realizados, certamente o resultado final do processo seletivo não alcançará sua finalidade, em outras palavras, as contratações vantajosas de que trata o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 restará frustrada se houver falhas no momento em que se define o objeto a ser licitado.

É inegável que a implementação da modalidade pregão traduziu-se em um enorme passo para que o Poder Público tenha suas contratações de bens e serviços firmadas em condições e patamares semelhantes àqueles obtidos pelas empresas da iniciativa privada.

Note-se que a premissa segundo a qual a Administração Pública, primeiramente, deverá conhecer bem o que pretende contratar – por ser uma condição *sine qua non* para o sucesso em qualquer contratação – ganhará contornos ímpares quando se tratar de obras de engenharia. A esse respeito, torna-se ilustrativa a lição de Cláudio Sarian:

“Cada projeto apresenta características ímpares que devem ser analisadas caso a caso, como, por exemplo, padrão de acabamento, concepção estrutural, custos locais, produtividades regionais de mão-de-obra, tipos de solo e prazos de conclusão. Dessa forma, é fundamental que sejam adotadas durante o processo de contratação todas as medidas para se evitar “acidentes de percurso”⁸

No caso dessas obras, em virtude da complexidade do projeto e da vultosa soma de capital envolvido, antes mesmo de definir as características detalhadas do empreendimento, são realizados estudos preliminares, com o intuito de visualizar a real viabilidade do projeto.

No caso dessas obras, em virtude da complexidade do projeto e da vultosa soma de capital envolvido, antes mesmo de definir as características detalhadas do empreendimento, são realizados estudos preliminares, com o intuito de visualizar a real viabilidade do projeto.

8. ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 20.

Ademais, são estabelecidas possíveis alternativas, como forma de otimizar ao máximo os benefícios advindos do investimento dos recursos públicos alocados.

Enfim, os estudos de viabilidade do empreendimento são essenciais para a definição dos parâmetros que nortearão toda a realização da obra e, apesar de demandarem investimentos elevados para sua realização, justificam-se por sua relevância na elaboração dos projetos básico e executivo que, posteriormente, subsidiarão a execução e a fiscalização da obra.

No “Projeto Básico” (o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93 contém a definição de projeto básico), além da caracterização da obra e da previsão dos recursos orçamentários, são definidas as regras de estruturação da licitação, de julgamento das propostas, de habilitação das licitantes e de contratação. Ele servirá de fundamento para a elaboração do edital, que, por sua vez, definirá todas as regras do certame, vinculando a Administração e as empresas proponentes. Afinal, o projeto básico, que constitui o cerne da fase interna da licitação, visa descrever com a maior precisão possível o objeto a ser licitado, de forma a promover um ambiente de máxima competição, além de estimar todos os custos por meio de pesquisa dos valores praticados pelo mercado. A descrição detalhada da obra deverá conter um nível de precisão suficiente para dar pleno conhecimento, aos licitantes, das condições básicas da licitação.

A descrição minuciosa dos quantitativos e da estimativa dos seus respectivos custos unitários permite a fixação de critérios de aceitabilidade dos preços globais e unitários, além de constituir a principal, ou até mesmo única referência, para análise das propostas apresentadas pelas empresas concorrentes. Tendo em vista a importância da fixação dos valores de referência e a grande dificuldade encontrada na prática para obter fidedignas estimativas de preços, foi estipulado como referencial para os custos dos materiais e serviços das obras federais o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi (o art. 115 da Lei de Diretrizes Orçamentárias – Lei nº 11.439/2007 – estabelece que os custos das obras financiadas pela União não poderão ser superiores à mediana daqueles constantes do Sinapi. Caso os custos da obra não sejam abrangidos pelo Sinapi, poderá ser utilizado o Custo Unitário Básico – CUB). Trata-se de pesquisa realizada mensalmente em todas as capitais do país pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a partir de critérios e bases definidas pela Caixa Econômica Federal.

A estimativa de preços de obras também contém uma parcela específica denominada Bonificações e Despesas Indiretas – BDI, que reflete o lucro e as despesas com a administração da obra. A composição do BDI deverá ser detalhada pelas proponentes, para permitir a análise de compatibilidade de suas parcelas e evitar cobranças em duplicidade.

O “Projeto Executivo” (a definição para o projeto executivo está disposta no art. 6º, inciso X, da Lei nº 8.666/93) conterá todo o detalhamento necessário à completa realização da obra. Em função da complexidade do empreendimento, ele poderá ser concluído durante a execução da obra, devido a possíveis ajustes a serem efetuados nas especificações. Esse projeto também poderá ser elaborado anteriormente à execução da obra, hipótese em que servirá de base para a licitação.

5. Uso do pregão para obras e serviços de engenharia

A Lei nº 8.666/93 prevê três modalidades possíveis para licitar uma obra pública: concorrência, tomada de preços e convite. Os critérios estabelecidos para escolha da modalidade baseiam-se na natureza do empreendimento, distinguindo principalmente obras e serviços de engenharia das demais compras e serviços, e no valor estimado da contratação. No entanto, desde a edição da Medida Provisória nº 2.026/2000 – convertida na Lei nº 10.520/2002 – com a criação de nova modalidade licitatória, o Pregão, surgiu a problemática atinente ao cabimento ou não desse rito para a contratação de obras e serviços de engenharia, independentemente do valor envolvido.

5.1. Argumentos contrários

O fundamento mais utilizado nos posicionamentos contrários ao

uso do pregão para contratar obras e serviços de engenharia é de ordem legal, ou seja, refere-se à previsão contida no art. 5º do Anexo I do Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, cuja redação assim dispõe:

“Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.”

Questões de ordem técnica são também apontadas como impedimentos ao uso do pregão para contratar obras. Essas argumentações – bastante utilizadas por profissionais do ramo da engenharia que não vislumbram a aplicação do novo rito às contratações de obras pelo Poder Público – se fundam, principalmente na premissa de que o pregão possibilita a contratação de uma empresa de engenharia que não possua a *expertise* necessária para realizar a obra, vez que, inicialmente, são comparados os preços no início da sessão e apenas num segundo momento o pregoeiro avalia a capacidade técnica do primeiro colocado. Por esse motivo, segundo os que defendem esse ponto de vista, a Administração estaria fadada a, quase sempre, contratar mal.

Não menos importante que as ponderações de ordem legal e de ordem técnica, são apontadas, também, questões de ordem operacional, relacionadas, por exemplo, à dificuldade de se elaborar uma pro-

posta de preços para uma obra em apenas 8 (oito) dias úteis – que é o prazo mínimo entre a divulgação do edital e da abertura do pregão –. Para a concorrência esse prazo é de 30 (trinta) dias. Outros mencionam, ainda, a dificuldade de o pregoeiro avaliar a capacidade técnica da licitante vencedora na sessão do pregão, bem como as características das propostas apresentadas.

5.2. Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

Atualmente, predomina no Egrégio Tribunal de Contas da União (TCU) – a quem cabe o julgamento das contas dos agentes responsáveis pela aplicação de recursos públicos federais, consoante mandamentos contidos no art. 70 da Constituição Federal – o entendimento de que a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão não constitui afronta à legislação que trata das licitações e contratações pela Administração Pública. É o que se verifica em diversos julgados realizados por aquela Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 286/2007 – Primeira Câmara (TC-027.327/2006-9 – Min. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. DOU de 16/02/2007), cujo Relatório contém o trecho a seguir transcrito:

“11. Posteriormente, após a edição do Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara, o entendimento do Tribunal tem evoluído no sentido de que é possível a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, em ra-

ção, principalmente, de a Lei 10.520/2002 não excluir previamente quaisquer espécies de serviços dessa modalidade de licitação, somente condicionando a sua utilização aos serviços comuns, conforme se observa a partir do trecho do Voto do relator, Ministro Valmir Campelo, a seguir transcrito:

‘4. Ainda como razões de decidir, recordo que a Lei 10.520, de 2002, condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, e o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar é meramente exemplificativo. Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

5. Como se vê, a Lei 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

6. Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recordo que somente à lei compete inovar o ordenamento jurí-

dico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regradar a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988.

7. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei 10.520, de 2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.”

5.3. Análise crítica dos argumentos contrários

O argumento de que o Decreto nº. 3.555/00 veda a adoção do pregão para licitar obras e serviços de engenharia, *per si*, não possui sustentação inatacável, senão vejamos, a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, que instituiu a modalidade pregão no âmbito da União, não contém qualquer dispositivo fazendo referência à vedação de se utilizar tal rito para contratar obras e serviços de engenharia, e do mesmo modo vigora atualmente a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Questiona-se a validade da previsão contida apenas no decreto regulamentador, eis que seu poder normativo – conso-

ante regra do ordenamento jurídico pátrio – não deve ultrapassar o conteúdo tratado na lei e, por assim dizer, não cabe a um normativo apenas regulamentador inovar no ordenamento jurídico. É de boa técnica que se diga que a lei regula e o decreto regulamenta.

Quanto às alegações de ordem técnica que, supostamente, induzem a Administração a contratar mal, vale salientar que esses argumentos, por si só, não determinam a qualidade da contratação, mas apenas reforçam a existência de problemas na fase interna das licitações promovidas pela Administração, qualquer que seja a modalidade escolhida. Não será a escolha do pregão que permitirá o fracasso ou a má contratação de uma obra, pois não raro são identificados pelos órgãos de fiscalização projetos básicos e/ou executivos mal elaborados, orçamentos estimados irrealistas ou, mesmo, exigências e condições desnecessárias que acabam por restringir o caráter competitivo do certame, dificultando, inclusive, o julgamento pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro.

Outra questão importante está relacionada aos tipos de licitação. Segundo dispõe o art. 45, § 1º, da Lei nº. 8.666/93, quatro são os tipos de licitação possíveis: a) a de menor preço; b) a de melhor técnica; c) a de técnica e preço; e d) a de maior lance ou oferta (esse quarto tipo, sem importância para o estudo desenvolvido neste trabalho, é aplicável apenas nas licitações para alienação de bens ou para concessão

de direito real de uso). Importa saber que em relação ao primeiro tipo – menor preço – não serão comparadas diferentes técnicas para a futura execução do objeto – não se trata de avaliação da capacidade técnica dos licitantes, mas da atribuição de pontos aos licitantes em razão de diferentes técnicas a serem empregadas para a execução do objeto –, mas apenas o preço daqueles proponentes que possuírem o mínimo de qualificação técnica exigido no edital.

Sendo o tipo da licitação – por conseguinte o critério de julgamento – o de “Menor Preço”, o pregão teria cabimento. O que se deve priorizar nesse caso é o aprimoramento da fase interna da licitação, de modo a minimizar que o objeto especificado ou as condições de habilitação exigidas possibilitem a seleção de uma empresa licitante sem o conhecimento adequado do objeto ou mesmo desprovida de condições técnicas ou operacionais para executar o futuro contrato com qualidade e com a garantia necessária.

Os argumentos de ordem operacional merecem ser analisados com maior cautela, visto que a maioria das obras possui características singulares, seja em razão do elevado valor do empreendimento, seja pelas condições geográficas ou climáticas de seu local de realização. Assim, algumas pequenas alterações na atual legislação far-se-iam necessárias, como por exemplo, aumentar, nas licitações cujo valor estimado seja bastante elevado, o já mencionado prazo para elaboração

de propostas, de 08 (oito) dias úteis para 30 (trinta) dias.

Os argumentos de ordem operacional merecem ser analisados com maior cautela, visto que a maioria das obras possui características singulares, seja em razão do elevado valor do empreendimento, seja pelas condições geográficas ou climáticas de seu local de realização.

Em relação ao julgamento da habilitação pelo pregoeiro, não há na legislação atual a obrigação de que o mesmo seja realizado na sessão de abertura do pregão. O pregoeiro que, mesmo auxiliado por sua equipe de apoio, não se sentir em condições de julgar os atestados e documentos apresentados pela licitante classificada em primeiro lugar poderá suspender a sessão e marcar o seu reinício para um momento posterior à avaliação detalhada dessa documentação.

Outros argumentos dessa natureza demandariam um processo de discussão para promover pequenas modificações na legislação com a finalidade de esclarecer tais peculiaridades. Nesse sentido, há que ser ressaltada a tramitação de Projeto de Lei no Senado Federal, sob a identificação *SF PLC 00032/ 2007 de*

09/05/2007, contendo proposta de mudanças para a Lei nº. 8.666/93, com o fito de melhor definir alguns procedimentos e, conseqüentemente, minimizar a possibilidade de interpretações divergentes sobre o mesmo dispositivo.

6. Conclusão

A licitação pública no Brasil apresenta-se como um dos institutos do Direito Administrativo que vem atraindo a atenção de vários estudiosos do Direito Público. Tamaña importância pode ser atribuída ao fato de que a Administração Pública efetua inúmeras relações negociais com terceiros, visando à realização de seu papel frente aos interesses da sociedade. Esta pesquisa abordou, principalmente, o pregão: uma das formas de preparação e formalização dos contratos administrativos com os entes privados que se apresentarem aptos e dispostos a oferecer ao Poder Público seus produtos e serviços, em troca de uma contraprestação financeira.

Assim, o grande volume de recursos financeiros empreendidos pela Administração em suas contratações, as quais são efetivadas por seus prepostos, justifica e explica essa necessidade constante de conhecer da matéria e viabilizar a implementação de melhorias, tanto na regulamentação quanto na execução do processo de seleção de propostas. Na busca por essas melhorias foi criado o Pregão, contendo novas regras de escolha dos fornecedores de materiais e prestadores de serviços – atu-

almente regido pela Lei nº 10.520/02 e cuja premissa básica reside na redução de tempo e na melhoria das condições em que os contratos públicos eram firmados.

Pelos resultados, informações e posicionamento doutrinários sobre o tema, chegou-se ao entendimento de que os atos dos administradores devem ser norteados pela busca constante de melhores resultados no emprego dos recursos públicos.

Nesse contexto, identifica-se uma questão carente de definição, qual seja: avaliar se a modalidade licitatória pregão pode ser adotada para contratar uma obra ou um serviço de engenharia – por ser um procedimento mais eficiente na gestão de recursos públicos – ou se a modalidade não se aplica às contratações desses objetos.

Pelos resultados, informações e posicionamento doutrinários sobre o tema, chegou-se ao entendimento de que os atos dos administradores devem ser norteados pela busca constante de melhores resultados no emprego dos recursos públicos. Nesse sentido, não se identificou nos argumentos contrários grau de relevância capaz de tornar inaplicável o pregão às contratações de obras ou de serviços de engenharia que tenham como critério de julgamento o “Menor Preço”, cabendo ressaltar que o não uso desse rito seria admitido em raríssimas situações, em face das quais caberia ao administrador o ônus de demonstrar os motivos que inviabilizariam o uso da modalidade para contratar o objeto pretendido.

Não obstante o entendimento sobre a viabilidade de se realizar pregões para contratar obras ou serviços de engenharia, faz-se mister o registro de que algumas modificações na legislação atual devem ser efetuadas, de forma a evitar possibilidade de interpretações em sentido contrário, além de promover pequenos ajustes no detalhamento do rito processual, o que, em última análise, contribuirá para o aperfeiçoamento na gestão por resultados.

*L*egislação

Atos Normativos

Leis Ordinárias

11.647, de 24.3.2008 (DOU de 24.3.2008 - Edição extra)

Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2008.

11.644, de 10.3.2008 (DOU de 11.3.2008)

Acrescenta o art. 442-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, impedindo a exigência de comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses.

11.578, de 26.11.2007 (DOU de 27.11.2007)

Dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, e sobre a forma de operacionalização do Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social – PSH nos exercícios de 2007 e 2008.

Decretos

6.251, de 6.11.2007 (DOU de 7.11.2007)

Aprova o Programa de Dispendios Globais - PDG para 2008 das empresas estatais federais, e dá outras providências.

6.258, de 19.11.2007 (DOU de 20.11.2007)

Altera e acresce dispositivos aos Decretos nos 4.307, de 18 de julho de 2002 e 5.992, de 19 de dezembro de 2006, que dispõem sobre o pagamento de diárias.

6.326, de 27.12.2007 (DOU de 29.12.2007)

Discrimina ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC a serem executadas por meio de transferência obrigatória.

6.329, de 27.12.2007 (DOU de 28.12.2007)

Altera o art. 19 do Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

6.370, de 1º.2.2008 (DOU de 6.2.2008)

Altera os Decretos nos 5.355, de 25 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal - CPGF, e 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente, e determina o encerramento das contas bancárias destinadas à movimentação de suprimentos de fundos.

S/Nº de 25.2.2008 (DOU de 26.2.2008)

Institui o Programa Territórios da Cidadania e dá outras providências.

6.386, de 29.2.2008 (DOU de 29.2.2008 - Edição extra)

Regulamenta o art. 45 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e dispõe sobre o processamento das consignações em folha de pagamento no âmbito do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE.

6.394, de 12.3.2008 (DOU de 13.3.2008)

Dispõe sobre a execução orçamentária e financeira dos órgãos, dos fundos e das entidades do Poder Executivo até a publicação da Lei Orçamentária de 2008, altera o Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007, que institui o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e o seu Comitê Gestor, e dá outras providências.

6.403, de 17.3.2008 (DOU de 18.3.2008)

Dispõe sobre a utilização de veículos oficiais pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

6.420, de 1º.4.2008 (DOU de 2.4.2008)

Dá nova redação aos arts. 1º e 4º do Decreto nº 6.106, de 30 de abril de 2007, que dispõe sobre a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional.

Portarias

Portaria MPOG Nº 467, de 3.12.2007 (DOU de 4.12.2007)

Dispõe sobre a lotação de estagiários em órgãos ou entidade pública.

Portaria MPOG nº 6, de 28.12.2007 (DOU de 03.01;2008)

Atualiza os valores limites para contratação de serviços de vigilância em substituição aos valores limites publicados pela Portaria nº 3, de 15 de agosto de 2006 e Portaria nº 6, de 22 de novembro de 2006, para as Unidades Federativas que menciona e dá outras providências.

Portaria CGU nº 1.950, de 28 de dezembro de 2007 (DOU de 3.1.2008)

Orienta tecnicamente os órgãos e entidades sujeitos ao Controle Interno do Poder Executivo Federal sobre a organização e formalização do processo anual de contas relativo ao exercício de 2007.

Portaria INT. MPOG/MF/CGU nº 24, de 19.2.2008 (DOU de 21.2.2008)

Disciplina os procedimentos operacionais para o atendimento ao disposto no art. 17 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, e dá outras providências.

Portaria MPOG nº 3, de 21.2.2008 (DOU de 22.2.2008)

Atualiza os valores limites para contratação de serviços de vigilância em

substituição aos valores limites publicados pela Portaria nº 3, de 15 de agosto de 2006, para as Unidades Federativas que menciona e dá outras providências.

Portaria MPOG nº 1, de 20.3.2008 (DOU de 24.3.2008)

Estabelece orientações aos órgãos sobre o processamento das consignações em folha de pagamento do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE, fixa condições para o cadastramento e recadastramento de consignatários no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências.

Portaria CGU nº 328, de 29 de Fevereiro de 2008 (DOU de 3.3.2008)

Altera os itens 2.4, 2.5, 2.6 e 5.3 do Anexo I da Portaria nº 1950, de 28.12.2007, que orienta tecnicamente os órgãos e entidades sujeitos ao Controle Interno do Poder Executivo Federal, sobre a organização e formalização do processo anual de contas relativo ao exercício de 2007.

Instruções normativas

Instrução Normativa STN nº 6, de 31.10.2007 (DOU de 12.11.2007)

Disciplina os procedimentos relativos ao registro das Conformidades Contábil e de Registro de Gestão.

Instrução Normativa STN nº 7, de 20.11. 2007 (DOU de 21.11.2007)

Altera dispositivos, que especifica, da Instrução Normativa nº 1, de 15 de janeiro de 1997, disciplinadora da

celebração de convênios de natureza financeira.

Instrução Normativa STN nº 9, de 21.11.2007 (DOU de 24.11.2007)

Altera dispositivo, que especifica, da Instrução Normativa nº 1, de 15 de janeiro de 1997, disciplinadora da celebração de convênios de natureza financeira.

Instrução Normativa TCU nº 56, de 5.12.2007 (DOU de 7.12.2007)

Dispõe sobre instauração e organização de processo de tomada de contas especial e dá outras providências.

Instrução Normativa MPOG nº 2, de 11.12.2007 (DOU de 12.12.2007)

Dispõe sobre a transferência eletrônica de dados para o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG relativos aos contratos firmados pelas entidades integrantes do Orçamento de Investimentos.

Instrução Normativa MPOG nº 1, de 6 de março de 2008 (DOU de 6.3.2008)

Altera a Instrução Normativa n.º 01, de 21 de julho de 2007, que dispõe sobre aquisição, reaproveitamento, cadastramento, custo operacional, cessão, alienação, classificação, utilização, características, identificação, definição do quantitativo e licenciamento de veículos, pertencentes à Administração Pública Federal direta, autárquica e Fundacional, integrantes do Sistema de Serviços Gerais-SISG, e dá outras providências.

Legislação em destaque

Decreto nº 6.370, de 1º de fevereiro de 2008

Altera os Decretos nos 5.355, de 25 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal - CPGF, e 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente, e determina o encerramento das contas bancárias destinadas à movimentação de suprimentos de fundos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 15, inciso III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, DECRETA:

Art. 1º Os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.355, de 25 de janeiro de 2005, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º A utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal - CPGF, pelos órgãos e entidades da administração pública federal integrantes do orçamento fiscal e da seguridade social, para pagamento das despesas realizadas com compra de material e prestação de serviços, nos estritos termos da legislação vigente, fica regulada por este Decreto.

Parágrafo único. O CPGF é instrumento de pagamento, emitido em

nome da unidade gestora e operacionalizado por instituição financeira autorizada, utilizado exclusivamente pelo portador nele identificado, nos casos indicados em ato próprio da autoridade competente, respeitados os limites deste Decreto." (NR)

"Art. 2º Sem prejuízo dos demais instrumentos de pagamento previstos na legislação, a utilização do CPGF para pagamento de despesas poderá ocorrer na aquisição de materiais e contratação de serviços enquadrados como suprimento de fundos, observadas as disposições contidas nos arts. 45, 46 e 47 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e regulamentação complementar.

Parágrafo único. Ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda poderá autorizar a utilização do CPGF, como forma de pagamento de outras despesas." (NR)

Art. 2º O Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 45.

I - para atender despesas eventuais, inclusive em viagens e com serviços especiais, que exijam pronto pagamento;

.....

§ 5º As despesas com suprimento de fundos serão efetivadas por meio do

Cartão de Pagamento do Governo Federal - CPGF.

§ 6º É vedada a utilização do CPGF na modalidade de saque, exceto no tocante às despesas:

I - de que trata o art. 47; e

II - decorrentes de situações específicas do órgão ou entidade, nos termos do autorizado em portaria pelo Ministro de Estado competente e nunca superior a trinta por cento do total da despesa anual do órgão ou entidade efetuada com suprimento de fundos.” (NR)

“Art. 45-A. É vedada a abertura de conta bancária destinada à movimentação de suprimentos de fundos.” (NR)

“Art. 47. A concessão e aplicação de suprimento de fundos, ou adiantamentos, para atender a peculiaridades dos órgãos essenciais da Presidência da República, da Vice-Presidência da República, do Ministério da Fazenda, do Ministério da Saúde, do Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, das repartições do Ministério das Relações Exteriores no exterior, bem assim de militares e de inteligência, obedecerão ao Regime Especial de Execução estabelecido em instruções aprovadas pelos respectivos Ministros de Estado, vedada a delegação de competência.

Parágrafo único. A concessão e aplicação de suprimento de fundos de que trata o *caput*, com relação ao Ministério da Saúde, restringe-se a atender às especificidades decorrentes da assistência à saúde indígena.” (NR)

Art. 3º A Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda encerrará as contas bancárias destinadas à movimentação de suprimentos de fundos até 2 de junho de 2008.

Art. 4º Ficam revogados:

I - o Decreto nº 2.289, de 4 de agosto de 1997;

II - o Decreto nº 5.026, de 30 de março de 2004;

III - o art. 6º do Decreto nº 5.355, de 25 de janeiro de 2005; e

IV - o Decreto nº 5.635, de 26 de dezembro de 2005.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor em 3 de março de 2008.

Brasília, 1º de fevereiro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Guido Mantega
Paulo Bernardo Silva

Este texto não substitui o publicado no DOU de 6.2.2008

*J*urisprudência

Julgados recentes do TCU - Acórdãos

Repactuação de preços de contrato

O TCU determinou a uma entidade federal que quando da repactuação de preços de um contrato, em razão de variações de custos do primeiro período de apuração considere apenas as variações de custos efetivamente ocorridas e comprovadas pela contratada, dentro do primeiro período de apuração, ou seja, exclusivamente nos 12 (doze) meses a contar da data-limite fixada pelo edital de licitação para a apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir e faça incidir, nas devidas contraprestações, as variações de preços repactuadas, retroativamente, a partir do primeiro dia após o decurso do referido período de apuração, vez que o direito do particular à recomposição do equilíbrio econômico deve ser reconhecido a partir do preenchimento do critério temporal estipulado em cláusula contratual.

TC-006.761/2007-9, Acórdão nº 3.273/2007-TCU-1ª Câmara, itens 1.1.1.1 e 1.1.1.2. (DOU de 25.10.2007).

Regularidade fiscal

O TCU determinou a um Serviço Social Autônomo que exija a comprovação de regularidade fiscal em

todas as modalidades de licitação, inclusive por dispensa ou inexigibilidade, observando que a condição de regularidade fiscal deverá ser mantida durante toda a execução dos contratos e comprovada a cada pagamento efetuado, conforme previsto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal de 1988, bem como que as certidões negativas devem obedecer aos modelos definidos em normativos editados pelo órgão emitente, como a IN/RFB-MF nº 734/2007.

TC-012.898/2006-1, Acórdão nº 3.301/2007-TCU-1ª Câmara, item 1.3. (DOU de 25.10.2007).

Pessoal

O TCU determinou às unidades jurisdicionadas que se atenham ao exato cumprimento dos dispositivos legais contidos no Decreto 6.114, de 15.05.2007, ao conceder Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, bem como quanto à fixação dos limites nele especificados relativamente ao valor máximo da hora trabalhada, evitando a sua utilização como forma de pagamento de atividades administrativas de caráter permanente, em harmonia com entendimento já proferido em outras assentadas por aquele Tribunal, a exemplo do Acórdão 1.897/2003-

Plenário e Decisão 319/1998-1ª Câmara, entre outras.

TC-011.307/2005-7, Acórdão nº 3.327/2007-TCU-1ª Câmara, item 9.4. (DOU de 25.10.2007).

Participação em eventos

O TCU determinou a uma empresa estatal que fizesse constar dos processos de prestação de contas de viagem:

- a) justificativas visando comprovar a correlação entre a participação do beneficiário nos eventos/cursos/reuniões e outros com as atividades desenvolvidas, demonstrando os benefícios que possam reverter à própria entidade;
- b) relatório com informações adicionais a respeito do evento, contendo os principais temas tratados e a sua relevância para as atividades desenvolvidas pela Empresa bem como elementos comprobatórios da participação do beneficiário no evento/curso, sob pena de devolução das indenizações recebidas;
- c) passe a exigir, quando da prestação de contas, a apresentação de todos os recibos atinentes às diárias concedidas e referentes a trabalhos realizados por seus prepostos fora de seu domicílio, destacando que, na ausência de tais recibos, entender-se-ão não justificados os gastos, devendo o beneficiário das verbas percebidas devolvê-las aos cofres da empresa;
- d) justificativas visando comprovar a correlação entre a participação do beneficiário nos eventos/cursos/reuniões e outros com as atividades desenvolvidas, demonstrando os benefícios que pudessem reverter à própria entidade.
TC-013.112/2004-7, Acórdão nº 3.025/2007-TCU-2ª Câmara, item 9.2.1.1. (DOU de 25.10.2007).

Festividades

O TCU determinou a uma entidade federal que se abstenha de realizar despesas com festividades, jantares e outras de mesma natureza que não guardem relação com as finalidades da entidade, por falta de amparo legal.

TC-012.307/2006-0, Acórdão nº 3.375/2007-TCU-1ª Câmara, item 1.3. (DOU de 01.11.2007).

Aplicação da LRF

O TCU firmou entendimento de que o art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000 aplica-se aos titulares de todos os poderes e órgãos com autonomia administrativo-orçamentário-financeira (ou poder de autogoverno) garantida nos termos da Constituição, independentemente do período do mandato do respectivo titular à frente da gestão do órgão que, no âmbito do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União, é definido, em geral, por meio dos respectivos regimentos, e deve ser aplicado em conjunto com os princípios norteadores do orçamento, em especial o da anualidade previsto no § 5º, art. 165 da Constituição e arts. 34 e 35 da Lei nº

4.320/1964, limitada a sua abrangência ao encerramento do exercício em 31 de dezembro.

TC-002.798/2007-0, Acórdão nº 2.354/2007-TCU-Plenário, item 9.3. (DOU de 09.11.2007).

Nomeação de Fiscal de contrato

O TCU determinou a uma entidade federal que se abstenha de nomear terceirizados como fiscal de contrato, obedecendo ao especificado no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, e que divulgue às áreas gestoras as restrições à utilização de profissionais terceirizados para a atuação como fiscal de contrato.

TC-019.103/2007-0, Acórdão nº 3.464/2007-TCU-2ª Câmara, item 1.4. (DOU de 06.12.2007).

Pagamento de juros

O TCU determinou a um órgão federal que quando houver pagamento de contas (telefone, energia elétrica, água, etc.) de responsabilidade do órgão em atraso, que venha a acarretar prejuízo para o erário com encargos (juros de mora e multa), adote providências para a identificação do responsável pela falha, a fim de se proceder à cobrança amigável ou ao desconto em folha de pagamento do prejuízo causado pelo servidor, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/1990.

TC-009.773/2006-5, Acórdão nº 20/2008-TCU-2ª Câmara, item 1.2. (DOU de 31.01.2008).

Serviços de limpeza

O TCU determinou a um órgão federal que nas licitações realizadas para a contratação de empresa especializada em serviços de limpeza consigne claramente quais as dependências que serão objeto do contrato, com definição precisa da área a ser limpa e da produtividade esperada, nos termos da IN/MARE nº 18/1997.

TC-009.773/2006-5, Acórdão nº 20/2008-TCU-2ª Câmara, item 1.3. (DOU de 31.01.2008).

Indicação de marca

O TCU determinou a uma entidade federal que nos processos de aquisição de produtos em que for indispensável a indicação de marca, seja listado no instrumento convocatório o maior número possível de marcas que atendam à necessidade.

TC-021.221/2006-2, Acórdão nº 39/2008-TCU-2ª Câmara, item 9.1. (DOU de 31.01.2008).

Preços inexeqüíveis

O TCU alertou no sentido de que o critério para aferição de inexeqüibilidade de preços, definido no art. 48, inc. II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/1993, conduz a uma presunção relativa de inexeqüibilidade de preços, cabendo à Administração verificar, nos casos considerados inexeqüíveis a partir do referido critério, a efetiva capacidade de a licitante executar os serviços, no preço oferecido, assegurado o alcance do

objetivo da licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa e, por consequência, do interesse público, bem tutelado pelo procedimento licitatório.

TC-025.507/2007-6, Acórdão nº 141/2008-TCU-Plenário, item 9.3. (DOU de 15.02.2008).

Coffee-break e coquetéis

O TCU determinou a uma entidade federal que observe a compatibilidade de despesas previstas em contrato, notadamente as relativas aos serviços de coffee-break e coquetéis, com suas atribuições legais e regimentais, restringindo seu uso a eventos diretamente relacionado com suas atividades, nos termos da jurisprudência daquela Corte de Contas, a exemplo das Decisões nºs 188/1996-TCU-Plenário e 290/1997-TCU-Plenário, Acórdão nº 13/2001-TCU-Plenário, Acórdão nº 2012/2007-TCU-Plenário, entre outros julgados

TC-028.779/2007-0, Acórdão nº 186/2008-TCU-2ª Câmara, item 1.2. (DOU de 21.02.2008).

Atuação da CGU

O TCU determinou a uma Unidade Regional da Controladoria-Geral da União que, doravante, ao indicar as impropriedades e/ou irregularidades nos processos de contas analisados, fizesse constar, sempre que possível, o dispositivo regulamentar ou diploma legal infringido.

TC-011.795/2006-0, Acórdão nº 208/2008-TCU-1ª Câmara, item 2.1. (DOU de 22.02.2008).

Tomada de contas Especial e inscrição no CADIN

O TCU determinou a uma entidade federal que adote providências necessárias à observância das disposições contidas na Instrução Normativa/TCU nº 56/2007, especialmente quanto ao preconizado no art.5, § 2º, que trata da inclusão do responsável no CADIN quando o valor do dano, atualizado monetariamente, for inferior ao limite fixado pelo TCU para encaminhamento da tomada de contas especial – TCE.

TC-008.492/2006-0, Acórdão nº 220/2008-TCU-2ª Câmara, item 9.2. (DOU de 03.03.2008).

Parecer Jurídico

O TCU determinou a uma empresa estatal que advirta seu Departamento Jurídico de que a emissão de pareceres jurídicos que não estejam fundamentados em razoável interpretação das normas ou com grave ofensa à ordem jurídica, ou que deixem de considerar jurisprudência consolidada da Corte de Contas ou, ainda, que ignorem determinações proferidas à entidade, podem resultar na apenação dos consultores jurídicos que concorram para a irregularidade praticada.

TC-009.953/2002-0, Acórdão nº 336/2008-TCU-Plenário, item 9.5. (DOU de 07.03.2008).

Julgados recentes de tribunais – acórdãos

Supremo Tribunal Federal (STF)

SÚMULA VINCULANTE Nº 5

Por votação unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou, na sessão do dia 07/05/2008, sua 5ª Súmula Vinculante para estabelecer que, em Processo Administrativo Disciplinar (PAD), é dispensável a defesa técnica por advogado. A redação desta súmula é a seguinte: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

ADI E PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

Por vislumbrar ofensa ao art. 37, II, da CF, e aplicando o Enunciado da Súmula 685 do STF (“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 5.077/95, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Judiciário local a firmar con-

tratos administrativos para atendimento dos serviços vinculados aos cargos de provimento efetivo não providos, em caso de vacância, ou de afastamento de titular para exercício de outro cargo público. Precedentes citados: ADI 3190/GO (DJU de 24.11.2006); ADI 3061/AP (DJU de 9.6.2006); ADI 3332/MA (DJU de 14.10.2005); ADI 3519 MC/RN (DJU de 30.9.2005). ADI 2912/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, 7.11.2007. (ADI-2912).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS: INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. 2. A norma questionada aponta para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das

fundações públicas. 3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. ADI N. 191-RS RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA.

HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA DE JUSTIÇA ESTADUAL. REPASSE DE VERBAS. LEI Nº 8.666/93.

É de competência da Justiça estadual processar e julgar agente público estadual acusado de prática de delito de que trata o art. 89 da Lei nº 8.666/93, não sendo suficiente para atrair a competência da Justiça Federal a existência de repasse de verbas em decorrência de convênio da União com Estado-membro. Habeas Corpus deferido. HC 90174 / GO – GOIÁS Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgado em 04/12/2007.

LICITAÇÃO PÚBLICA.

Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98,

do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro. ADI 3583 / PR – PARANÁ Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgado em 21/02/2008.

Superior Tribunal da Justiça (STJ)

PROCURADOR-GERAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. E-MAIL.

A Turma concedeu a ordem e determinou o arquivamento do procedimento criminal instaurado contra procurador-geral, pois calcado em e-mail contendo denúncia anônima que atribuiu ao paciente, detentor de foro por prerrogativa de função, prática de crime contra a honra. O art. 5º, IV, da CF/1988 veda o anonimato, a fim de coibir tais abusos contra os direitos de personalidade (honra, vida privada e intimidade). Outrossim, ao se admitir a submissão de uma pessoa com tal prerrogativa, fragiliza-se, sobretudo, a instituição a que pertence e, em última instância, o próprio Estado democrático de direito. Embora não seja descartada a possibilidade de que o MP proceda à investigação mediante de-

núncia anônima, em se tratando de denúncia de crime contra a honra, não prevalecem tais denúncias anônimas. Precedentes citados: HC 44.165-RS, DJ 23/4/2007, e HC 42.914-RS, DJ 19/8/2005. HC 95.838-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 26/2/2008.

RMS. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO.

O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual não se exige a descrição minuciosa dos fatos na portaria de instauração do processo disciplinar, que tem como principal objetivo dar publicidade à constituição da comissão processante. Tal exigência tem momento oportuno, qual seja, quando do indiciamento do servidor. É genérica a argumentação do impetrante de que não teve oportunidade de produzir provas. Com efeito, não foram desenvolvidos argumentos tendentes a demonstrar, de forma específica, o ato omissivo ou comissivo da comissão processante que teria violado essa garantia, prevista nos artigos 5º, LV, da CF/1988 e 156 da Lei nº 8.112/1990. É oportuno registrar que ele foi devidamente acompanhado por seu advogado no curso do processo administrativo disciplinar. As alegações de que fora demitido sem que fosse declinado de que forma teria praticado a conduta irregular não encontram amparo nos autos. O relatório da comissão processante, o parecer da Divisão de Ética da Corregedoria-Geral da Secretaria da Receita Federal, assim como o parecer da Consultoria

Jurídica do Ministério da Fazenda, em harmonia com o conjunto probatório, delimitaram a conduta do impetrante que caracteriza a infração disciplinar imputada. MS 12.573-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/3/2008.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. COMPETÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 7/STJ.

Ementa

Ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei nº 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos na via da ação civil pública de improbidade administrativa. O STF, ao julgar a ADIN 2797, declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do CPP, acrescidos por força da Lei nº 10.628/02, remanescendo patente a inexistência de foro privilegiado na hipótese. Acerca da existência de improbidade administrativa, verifica-se que a irrisignação do recorrente, forte na afirmação de que não configurada atitude ímproba, ou mesmo que seria desproporcional a condenação, impõe o reexame do conjunto probatório, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial. Incide na espécie o teor da súmula 7/STJ. Sendo indicadas diversas matérias constantes de dispositivos infraconstitucionais, a não apreciação destas pelo Tribunal a quo atrai o comando da

súmula 282 do STF. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte improvido. REsp 764836 / SP RECURSO ESPECIAL 2005/0110965-0 Relator Ministro JOSÉ DELGADO (1105), julgado em 19/02/2008.

ADMINISTRATIVO – AÇÃO POPULAR – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PARA CAMPANHA PUBLICITÁRIA SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – DECRETO-LEI 2.300/86 – DISPENSA DE LICITAÇÃO: ILEGALIDADE.

Ementa

À época dos fatos estava em vigor o Decreto-lei 2.300/86 que, dispensava a licitação para contratação de profissional artista diretamente ou através de empresário, quando consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Na definição de artista não se inclui o publicitário. Enquanto o publicitário planeja, cria executa e/ou dirige a execução de campanhas publicitárias, o artista dedica-se às belas-artes como profissão, exibindo suas habilidades na interpretação em teatro, cinema, televisão ou rádio. A criatividade é atributo do profissional técnico da área de publicidade, mas seu trabalho não se confunde com a atividade artística. A dispensa de licitação na contratação de serviços de publicidade não foi contemplada no permissivo legal (art. 22, IX, do Decreto-lei 2.300/86), aplicando-se a regra geral da licitação. Na vigência da Lei 8.666/93, a inexistência de licitação para servi-

ços de publicidade e divulgação foi expressamente vedada (art. 25, II). Ação popular julgada procedente. Recurso especial provido. REsp 932821 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0054846-9 Relatora - Ministra ELIANA CALMON (1114). Julgado em 01/04/2008.

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO – REVOGAÇÃO – CONTRADITÓRIO.

Ementa

Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório. Recurso ordinário não provido. RMS 23402 / PR RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0271080-4 Relatora - Ministra ELIANA CALMON (1114). Julgado em 18/03/2008.

Regras para submissão de artigos à Revista da CGU

A CGU aceita contribuições de pesquisadores, estudantes, profissionais ligados à área de controle e interessados em temas ligados à corrupção. Os artigos são publicados após análise e seleção. O objetivo é garantir a qualidade do conteúdo informativo, de forma a tornar a Revista da CGU um instrumento útil e orientador para todos aqueles comprometidos com a boa gestão de recursos públicos.

Os artigos serão analisados quanto ao conteúdo; à compatibilidade com a linha editorial; aos objetivos da Revista e à forma de apresentação (qualidade e objetividade). Somente serão aceitos artigos inéditos e em português brasileiro.

Os trabalhos deverão ser elaborados contendo:

- Título
- Nome completo do autor
- Titulação e cargo que ocupa atualmente (máximo 180 caracteres)
- Endereço completo, telefone, e-mail
- Resumo de no máximo 15 linhas e indicação de três palavras-chave
- Texto
- Bibliografia

O formato dos textos deve seguir as seguintes orientações:

1) Organização dos textos

Os textos, incluindo as referências, devem ser digitados em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento simples entre as linhas. A primeira linha dos parágrafos deve ser sem recuo e deverá haver um espaço de uma linha entre um parágrafo e outro. Os títulos e subtítulos devem estar em negrito. O texto deverá ter entre 7 mil e 35 mil caracteres, o que corresponde a, aproximadamente, 3 a 15 páginas editadas da revista. Pede-se aos autores que evitem notas de rodapé. Caso necessário, elas não devem ultrapassar 210 caracteres.

O formato do papel deve ser A4 (21 x 29,7 cm), com margens esquerda e direita de 3,0 cm e superior e inferior de 2,5 cm. As páginas devem ser numeradas consecuti-

vamente. A folha inicial deve conter o título do artigo, nome completo, titulação acadêmica, vinculação departamental e institucional, e-mail, telefone e endereço completo do autor.

2) Referências bibliográficas

As referências devem, preferencialmente, restringir-se às citações no texto, sendo numeradas consecutivamente pela ordem de aparição no texto, no final do artigo.

3) Envio

O texto deve ser enviado para o e-mail revista@cgu.gov.br, em editor de texto, em qualquer versão atualmente em uso.

4) Quadros e imagens

Cada quadro (tabela) deve ser feito em folha separada e não pode ser apresentado sob forma de imagem. Sua numeração, seqüencial, deve obedecer à ordem da primeira citação do texto, com breve título. Cada coluna deve ter um título curto e abreviado. As notas explicativas e as abreviaturas não-padronizadas utilizadas devem ser colocadas detalhadas em rodapé. Para assinalar as notas de rodapé, usar asteriscos, por esta ordem: *, **, *** etc.

As imagens devem ser digitalizadas com resolução de 300 DPIs ou superior, e no mesmo tamanho a ser utilizado na publicação.

5) Seleção e publicação

O exame e a seleção do material a ser publicado na Revista CGU serão definidos de acordo com a compatibilidade em relação à linha editorial definida pelos editores, o enriquecimento do estudo a respeito de temas de trabalho e a qualidade e objetividade do texto produzido. A aprovação e posterior publicação dos trabalhos não darão aos autores direito de receber qualquer retribuição financeira, ficando resguardados os direitos autorais sob a forma da lei. Os textos aprovados, no que concerne ao seu conteúdo, não serão alterados pelos editores da Revista, uma vez que os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Caso necessário, será realizada revisão ortográfica e gramatical nos artigos.