

ISSN 1980-234X

## COORDENAÇÃO E REVISÃO GERAL

Renato Geraldo Mendes  
Anadriça Vicente de Almeida

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

Alessandra Corrêa Santos

## EQUIPE DE REDAÇÃO

Ricardo Alexandre Sampaio  
Gabriela Lira Borges  
Priscila de Fátima da Silva

## EQUIPE DE APOIO TÉCNICO

Joelma Staviski Sanchez Gomes  
Luan Campagnolo de Mattos  
Luiz Augusto Soares de Lima

## REVISÃO LINGUÍSTICA

Fabia Mariela De Biasi

## DIAGRAMAÇÃO E FINALIZAÇÃO

Joelma Staviski Sanchez Gomes

## CAPA E PROJETO GRÁFICO

Celso Bock

## COLABORADORES

Adilson Abreu Dallari  
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho  
Alice Gonzalez Borges  
Benedicto de Tolosa Filho  
Carlos Ari Sundfeld  
Carlos Ayres Britto  
Daniel Ferreira  
Edgar Guimarães  
Egon Bockmann Moreira  
Fernando Vernalha Guimarães  
Flávia Daniel Vianna  
Flávio Amaral Garcia  
Flávio C. de Toledo Jr.  
Gabriela Verona Pércio  
Gustavo Henrique Carvalho Schiefler  
Gustavo Justino de Oliveira  
Jessé Torres Pereira Junior  
Joel de Menezes Niebuhr  
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes  
José Anacleto Abduch Santos  
Juarez Freitas  
Luciano Elias Reis  
Luís Roberto Barroso  
Marçal Justen Filho  
Marcelo José das Neves  
Márcio Cammarosano  
Paulo Sérgio de Monteiro Reis  
Ricardo Alexandre Sampaio  
Rodrigo Vissotto Junkes  
Romeu Felipe Bacellar Filho  
Sidney Bittencourt

## CORRUPÇÃO E CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA – A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DO MODELO JURÍDICO BRASILEIRO<sup>1</sup>

MARÇAL JUSTEN FILHO

Advogado. Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP.

A situação brasileira atual, com a revelação dos escândalos de corrupção, tem sido enfrentada com a proposta de “mais do mesmo”. Não existem propostas de soluções adequadas. Talvez porque não há um diagnóstico satisfatório dos problemas enfrentados.

A corrupção é um desvio que acompanha a organização do poder político. Na tradição ocidental, consagrou-se que “o poder corrompe o ser humano”. A separação de poderes conduz a uma função administrativa, exercitada pelos diversos órgãos estatais.

Ocorre que a função administrativa tem sido concebida como uma manifestação da supremacia do Estado em face dos particulares. Os poderes administrativos são exercitados para promover o interesse público, o que justifica o sacrifício de direitos e interesses dos particulares. Esse modelo se baseia na ideia de que “o ser humano corrompe o poder” (Ulisses Guimarães). O modelo do Direito Administrativo resultante se funda no ideal de que o Bem Comum é alcançado por seres humanos dotados de virtudes extraordinárias – incorruptíveis, portanto.

Nessa concepção, os desvios ocorridos na realidade são interpretados como resultantes de falhas de caráter dos agentes públicos e dos particulares ou defeitos na ideologia do partido político. As soluções cogitadas são a substituição dos governantes, a exacerbação das punições e a substituição da Lei de Licitações. Todas essas providências já foram tentadas no passado, não deram resultado e possivelmente não produzirão a alteração do atual cenário.

É necessário um governo de leis, não de seres humanos. Todos os seres humanos são dotados de virtudes e de defeitos. Os fins de interesse comum devem ser realizados pela virtude do Direito, não dos homens. Não é suportável subordinar o destino da Nação às virtudes (e aos defeitos) dos indivíduos governantes. Justamente por isso, o despotismo esclarecido é um

A Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC) é uma publicação técnico-jurídica em matéria de licitações e contratos, com conteúdo científico e prático, que traz ao leitor artigos doutrinários, orientações práticas, perguntas e respostas, jurisprudências, decisões dos tribunais de contas e atos normativos que envolvem licitações, pregão, dispensa e inexigibilidade, concessão e permissão, contrato e convênio.

A Revista Zênite ILC é obra coletiva organizada pela Zênite Informação e Consultoria S.A., sendo de sua exclusiva responsabilidade a edição, comercialização e distribuição, em todo o território nacional.

Os artigos e pareceres assinados são de responsabilidade de seus respectivos autores, inclusive no que diz respeito à origem do conteúdo, não refletindo necessariamente a orientação adotada pela Zênite. As Dicas do Mês são elaboradas pela Zênite e não refletem o entendimento do autor da matéria nem se referem ao assunto tratado na seção em que foram inseridas.

## ENTRE EM CONTATO

Zênite Atendimento  
Personalizado  
(41) 2109-8686  
zap@zenite.com.brFinanceiro  
(41) 2109-8666  
financeiro@zenite.com.brComercial  
(41) 2109-8660  
vendas@zenite.com.br  
evento@zenite.com.brOrientação Zênite  
(41) 2109-8666  
orientacao@zenite.com.brRevistas e Webs  
(41) 2109-8666  
editora@zenite.com.br  
www.zenite.com.br



regime insuportável. Nenhum governante pode ser autorizado a consagrar sua própria vontade como critério fundamental das decisões políticas. O exercício das competências públicas deve ser submetido a controles que impeçam a imposição da vontade individual.

Também quando se trata de corrupção, a melhor solução é a prevenção. Nenhuma sanção concebida pelo Direito (nem a pena de morte) foi suficiente para eliminar a ilicitude. A severidade da sanção é insuficiente para eliminar a opção individual pelo ilícito. É indispensável adotar mecanismos que impeçam a oportunidade para a corrupção, sem imaginar que sanções severas bastariam.

Depois, não há corrupção na esfera pública sem a participação de agente público. É claro que a corrupção é uma atuação bilateral. Mas a atuação isolada do agente privado é insuficiente para a corrupção. Portanto e independentemente de mecanismos de prevenção e repressão dos particulares, é essencial a adoção de mecanismos de prevenção da corrupção no âmbito administrativo.

A substituição da Lei de Licitações é uma providência muito limitada para prevenir a corrupção. A ausência de corrupção na licitação não significa ausência de corrupção durante o contrato. O máximo resultado propiciado pela licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa. Mas o acordo reprovável entre agente público e agente privado supera a eficácia da licitação. Afinal, a corrupção se consuma durante a execução do contrato.

Isso não significa negar a necessidade da reforma das licitações. Isso não pode envolver, no entanto, a ampliação ainda maior da sua complexidade. Quanto mais complexa a licitação, tanto menor é o número de interessados. E isso torna inviável que a própria Administração consiga realizar a licitação. Mas o pior é que a ampliação da complexidade da licitação não

produz contratações melhores. Não se pode ignorar a questão da assimetria de conhecimentos. O setor privado detém conhecimento mais preciso e aprofundado sobre sua atividade do que o Poder Público. Nenhuma providência permitirá que o Estado seja titular de conhecimento equivalente ao do particular. O uso de critérios formais e padronizados conduz à seleção adversa, que consiste em realizar a pior escolha possível: pagar muito por um produto de qualidade inferior. A única alternativa é ampliar a competição e recorrer ao diálogo competitivo, em que os particulares têm a oportunidade para apontar as virtudes dos próprios produtos e os defeitos das ofertas dos competidores. Quanto mais a licitação se afastar dos modelos de negociação privada, tanto maior é o risco de contratação desastrosa. Isso não tem a ver com a corrupção propriamente dita, mas com o desperdício puro e simples dos recursos públicos.

A corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo Direito para escolhas prepotentes do agente público. Sempre que o agente estatal dispuser de competência para escolher entre mais de uma alternativa, alguma das quais é favorável ou desfavorável ao particular, surgirá potencial oportunidade para a corrupção. E o Direito Administrativo brasileiro é repleto dessas previsões. Isso tem a ver com as condições anômalas da execução do contrato. É o chamado regime das prerrogativas extraordinárias, que contemplam poderes unilaterais para o agente realizar uma escolha. Em tese, tal escolha deve ser norteada pelo Bem Comum. Na prática, é uma situação de poder que pode ser utilizada para a corrupção. Existem cinco manifestações principais dessas prerrogativas.

A primeira é a escolha entre contratar e não contratar. Segundo a doutrina tradicional, o vencedor da licitação não tem direito adquirido a ser contratado. A autoridade pode escolher se contrata ou não contrata. Se permanecer inerte, o particular nada poderá fazer.

A segunda é a suspensão do pagamento. Admite-se que a autoridade deixe de realizar o pagamento no tempo devido. O particular não pode se insurgir contra isso antes de 90 dias.

A terceira é alteração unilateral das condições contratuais. O Poder Público pode alterar as condições pactuadas originalmente. Isso inclui, inclusive, a modificação do cronograma previsto no edital.

A quarta é a imposição de sanções. O Estado pode punir, sem a intervenção de uma autoridade independente e imparcial, o particular contratado. Se isso ocorrer, caberá ao particular recorrer ao Poder Judiciário, mas sempre enfrentando a presunção de legitimidade do ato administrativo.

A quinta é a extinção do contrato por decisão unilateral da Administração. Pode ser fundada na conveniência administrativa e não apenas no inadimplemento do particular.

Em todas essas situações, o particular contratado se encontra na dependência de uma escolha do agente administrativo. Em um mundo ideal, essa escolha seria sempre orientada pelo Bem Comum. Mas o mundo real é muito diferente. É muito comum que essas oportunidades sejam aproveitadas para a obtenção de resultados indevidos para ambas as partes.

O resultado prático é a redução do interesse de potenciais fornecedores. Muitas empresas preferem não se arriscar a contratar com a Administração Pública em vista dos riscos gerados por esse sistema jurídico. Mas outro efeito indireto é o aproveitamento pelo particular de oportunidades futuras para compensação por perdas passadas.

Nunca será possível eliminar a corrupção de modo absoluto. Porque não é possível eliminar a ilicitude. Mas é necessário reduzir as oportunidades para sua prática. No Direito Administrativo brasileiro, isso significa a redução radical

das prerrogativas extraordinárias reservadas ao Poder Público. É indispensável um tratamento mais igualitário entre Administração Pública e particular – não porque os interesses privados sejam superiores aos interesses públicos. Mas porque a ausência de isonomia dá oportunidade a desvios insuportáveis, em virtude da confusão entre o interesse público propriamente dito e os interesses privados reprováveis. É indispensável a adoção de mecanismos próprios da iniciativa privada. Não significa que o mercado privado seja perfeito, nem que os particulares tenham intentos filantrópicos. O ponto fundamental é o diálogo concorrencial, em que a Administração recorra à própria competição para obter propostas mais vantajosas – ainda que não tenham o menor valor.

É relevante promover a dissociação da competência administrativa. Os poderes extraordinários não devem ser exercitados pela autoridade diretamente envolvida no relacionamento com o contratado. Isso permitirá que o poder controle o poder, inclusive na via administrativa. O exercício de qualquer competência anômala deverá, então, ser absolutamente transparente.

Todas essas propostas são orientadas, em última análise, a ampliar a concepção democrática do Estado brasileiro. O respeito aos interesses dos particulares é uma exigência inerente à democracia. O particular não é um súdito e seus reclamos não se constituem em desrespeito aos poderes dos agentes públicos. Mas sempre resta uma indagação última e essencial: até que ponto o governante deseja efetivamente implantar um regime democrático?

#### Como citar este texto:

JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 258, p. 721-723, ago. 2015.