



Maria Anáber Melo e Silva

OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELOS CIDADÃOS: REALIDADES BRASILEIRA E PORTUGUESA

Tese de doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, orientada pelo Professor Doutor
José Carlos Vieira de Andrade, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MARIA ANÁBER MELO E SILVA

**Os instrumentos jurídicos de controle das contratações públicas
pelos cidadãos: realidades brasileira e portuguesa**

Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e
Cidadania no Século XXI, apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do
grau de Doutora.

Orientador: Prof. Doutor José Carlos Vieira de Andrade

Agosto de 2015

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,1789

[...]

Artigo 15º - A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público de sua administração.

Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela oportunidade de ter chegado até aqui.

Foi com eles que tudo começou, meus pais! Eterna gratidão pelos esforços empreendidos para tornar-me o que sou e por terem sempre acreditado em mim, sem eles sequer existiria! Irmãos e irmãs, tarefa difícil enumerá-los, além de Humberto Júnior, Lara, Jacyara e André Luiz, filhos dos meus pais, outros juntaram-se à família e ajudaram-me nessa empreitada desde o início, um especial agradecimento a Otávio Correia e Max Anjos.

Aos meus amigos e amigas de todas as horas Angélica Gusmão, Márcia Bertoldi, Josefina Maria, Mônica Leite, Raimundo José e tantos outros que assim defino, incansáveis nos suportes emocional e logístico!

Meus filhos Vitor, Tâmara e Rodrigo, peças do meu tesouro, sempre ao meu lado, obrigada pelo amor e carinho a mim dedicados! Minha filha do coração, Elizabeth Broom (Liz), obrigada pelo apoio mesmo de tão larga distância territorial. Aos filhos que agregaram-se, Eduardo (Dudu) e Gessycar, obrigada pelas contribuições!

Professora Alexandra Aragão, profissional competente e dedicada, agradeço pelo apoio de todas as horas.

Ao meu orientador, Professor José Carlos Vieira de Andrade, obrigada pelas direções na escrita da tese e tranquilidade que sempre conduziu nossos diálogos.

Professor João Pedroso, obrigada pelas contribuições!

Minha revisora Tânia M. da Conceição Meneses Silva, obrigada pela paciência e carinho.

RESUMO

O presente trabalho de investigação centra-se na análise dos instrumentos jurídicos de controle das contratações públicas disponíveis aos cidadãos (individuais e coletivos) no contexto dos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, visando demonstrar sua conformidade com o princípio da participação popular na Administração Pública. O controle realizado pelo cidadão sobre as contratações públicas é um direito fundamental essencial e necessário na pós-modernidade ainda por ser fortalecido, considerando que o direito positivado não é capaz de sozinho garantir a efetivação do interesse público. Nesse sentido, o método de análise documental adotado tem por base as Constituições e as normas infraconstitucionais de cada país, inclusive as diretivas europeias, considerando os princípios da legalidade, da publicidade e da participação popular. Estão identificados os instrumentos jurídicos mais relevantes para o controle direto e indireto dos cidadãos nos procedimentos de contratações públicas de bens e serviços formalizados pela Administração Pública com terceiros. A participação popular apresenta-se, neste contexto, como um meio de legitimação do interesse público na medida que conduz à eficiência do procedimento e reduz os riscos sobre o objeto pretendido na contratação; é um recurso democrático inevitável. Para a análise teórico-jurídica da legislação em vigor foram considerados os fatores jurídicos e sociológicos envolvidos no processo participativo-democrático que conduziram a sugestões de alteração legislativa, a criação de novas leis e a instituição de um órgão colegiado independente, de representatividade democrática, com o fim de analisar as contratações públicas de grande impacto financeiro e social. O controle está intimamente ligado à ideia do controle daquilo que é público.

Palavras-chave: controle das contratações públicas; instrumentos jurídicos; participação dos cidadãos; interesse público.

ABSTRACT

This research project focuses on the analysis of the legal instruments available to citizens (both individual and collective) for the control of public procurements in Brazilian and Portuguese legislation, in order to illustrate compliance with the principle of citizen participation in public administration. The control exercised by citizens over public procurement is a fundamental and necessary right - yet to be strengthened in post modernity - considering that positive law alone cannot ensure the effectiveness of public interest. In this sense, the method for document analysis adopted is based on the constitutions and infra-constitutional norms of each country - including European directives - taking into consideration the principles of legality, advertising, and public participation. The most relevant legal instruments for the direct and indirect control of citizens in public procurement procedures are identified in relation to the contracting of goods and services by public administration to third parties. In this context, citizen participation is presented as a way of legitimising public interest to the extent where it leads to efficiency in procedures and reduces risks for the intended objects of such contracts; it is an unavoidable democratic resource. For the theoretical and juridical analysis of legislation, the sociological and legal factors involved in democratic participatory processes leading to suggestions for legislative change were considered, as well as the creation of new laws and the establishment of an independent collective group of democratic representation, with the aim of analysing public contracts of great financial and social impact. Such control is closely linked to the idea of “control over what is public”.

Keywords: control of public procurements; legal instruments; citizen participation; public interest.

LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- AD – Administração Pública
- CCP – Código de Contratos Públicos (Portugal)
- CPA – Código de Procedimento Administrativo
- CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- HC – *habeas corpus*
- IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
- LADA - Lei do Acesso aos Documentos Administrativos (Portugal)
- LAI - Lei de Acesso à Informação (Brasil)
- LDO – Lei de Diretriz Orçamentária (Brasil)
- LOA – Lei de Orçamento Anual (Brasil)
- LOPTC – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Portugal)
- MP – Ministério Público
- MS – Mandado de Segurança
- OP – Orçamento Participativo
- PNCE - Programa Nacional de Compras Eletrônicas
- PRACE - Programa de Reestruturação da Administração do Estado
- RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas
- REsp – Recurso Especial
- RITCU - Regulamento Interno do Tribunal de Contas da União
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TCUE - Tribunal de Contas da União Europeia

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE - Tratado da União Europeia

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Dados colhidos do Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet), gerenciado pelo Ministério do Planejamento, através da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Os valores estão em Real (moeda brasileira).....	94
Tabela 2: Contratação Pública Eletrônica Realizada em Portugal: número de procedimentos tramitados em 2012 Fonte:Portal Base (setembro de 2013).....	112
Tabela 3: Relatório Anual Apresentado à Assembleia da República – ano base 2008...	2967

LISTA DE FIGURAS

Figura 1- Dados do Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet).....	93
Figura 2: Corrupção em Minas Gerais. Fonte: Observatório Social do Brasil	136
Figura 3: Site Oficial de compras do Governo Federal do Brasil.....	152
Figura 4: Site Oficial de compras do Governo Federal do Brasil.....	152
Figura 5: Site Oficial de compras do Governo de Portugal.	154
Figura 6: Site Oficial de compras do Governo de Portugal.	154
Figura 7: Ordenamento do Território e Obras Públicas.....	296

ÍNDICE

MENSAGEM	iii
AGRADECIMENTOS	v
RESUMO	vii
ABSTRACT	ix
LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS	xi
LISTA DE TABELAS	xiii
LISTA DE FIGURAS	xiii
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1	33
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	33
1.1 O Sentido de Direitos Fundamentais	35
1.2 O Direito à Participação: um direito fundamental.....	42
1.3 Conclusão do Capítulo 1	51
CAPÍTULO 2	53
OS PRINCÍPIOS DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	53
2.1 Considerações Iniciais.....	55
2.2 O Princípio da Legalidade	68
2.3 Princípio da Publicidade	82
2.4 O Princípio da Participação Popular	113
2.5 Conclusão do Capítulo 2	125
CAPÍTULO 3	129
INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELOS CIDADÃOS NO BRASIL E EM PORTUGAL	129
3.1 A Participação no Âmbito Administrativo – Considerações preliminares	131

3.2 Instrumentos Jurídicos de Controle das Contratações Públicas em Espécie – perante o poder público não judicial	137
3.3 Instrumentos Jurídicos de Controle em Espécie: perante o poder público judicial.....	183
3.4 Conclusão do capítulo 3	212
CAPÍTULO 4.....	225
<i>O CIDADÃO E O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ATRAVÉS DOS ÓRGÃOS ESTATAIS DE CONTROLE</i>	225
4.1 Introdução ao Tema	227
4.2 Informações Históricas Preliminares	230
4.3 O Tribunal de Contas - Brasil	232
4.4 O Tribunal de Contas das Comunidades Europeias.....	247
4.5 O Tribunal de Contas Português	249
4.6 Ministério Público	259
4.6.1 Antecedentes Históricos	259
4.7 Conclusão do Capítulo 4.....	301
CONCLUSÃO.....	311
REFERÊNCIAS	326

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem como principal parâmetro para sua atuação o princípio da igualdade perante a lei, considerando sua conformidade com a vontade geral, fundamentos do constitucionalismo francês (Canotilho, 2003), adotado por sistemas jurídicos de vários Estados democráticos.

A relação de poder entre dois sujeitos implica a negação da liberdade daquele que está na posição de submissão, neste caso, a sociedade perante o Estado, quando não deveria acontecer, pois ambos estão igualmente submissos ao direito (Bobbio, 2005:78). Nesse contexto, o Estado não deve adotar políticas à revelia das necessidades sociais, fundamentado no poder discricionário, ao contrário assumiria uma postura hegemônica, sem dar lugar à participação dos cidadãos na Administração Pública. Os cidadãos, por outro lado, devem cumprir o papel de atores sociais e contribuir na efetivação dos direitos consagrados nas normas, refletindo positivamente no alcance do interesse público. Estado e cidadãos (organizados ou individuais) devem unir-se e complementar-se, cada um a executar as tarefas, sem qualquer tipo de hierarquia, dentro dos limites de suas competências, em prol do bem estar coletivo, munidos de mecanismos democráticos.

O modelo de gestão pública adotado por alguns países nem sempre é totalmente favorável à coletividade, e os erros cometidos revelam-se em desigualdades sociais geradores de muitos problemas, tal como a corrupção ainda muito presente em todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário). Em meio aos problemas enfrentados pela administração pública e pela sociedade não escapam os que afetam as contratações públicas, um dos motivos confirmadores da hodierna necessidade do fortalecimento e ampliação do controle¹ pelos cidadãos, expressão do princípio da soberania popular exercido com a participação direta.

¹ A nível histórico, o controle da Administração Pública tem feito parte das sociedades desde os povos antigos, e representa uma forma de impor a regularidade da atividade administrativa em conformidade com os fins colimados. “A origem dos órgãos de controle remonta à gênese embrionária dos Estados, presentes tais controles já aos tempos do Código Indiano de Manu (século XIII a.C.). É notada também na Antiga China a existência de um órgão fiscalizador da administração financeira, chefiado por um censor, que examinava toda a atividade estatal, inclusive a do rei, algo inimaginável até o período do advento do Estado Moderno, sucessor do Estado Absolutista. Foi, no entanto, nas Antigas Grécia (logistas) e Roma (questores) que a atividade de fiscalização do Estado recebeu institucionalização, servindo de inspiração para as demais gerações. No período medieval, foram criados órgãos de controle na França e Inglaterra, os *Chambres de Comptes* e *Exchequer*, respectivamente, os quais delinearam, grosso modo, os atuais modelos de controle: tribunais de contas e controladorias. Entre nós, a origem do controle das contas públicas deu-se com a vinda

A responsabilidade de o Estado promover o planejamento e a execução das ações para o atendimento do interesse público² impõe, na maioria das vezes, a formalização de contratos³ com particulares, através de um procedimento formal⁴ que tem como objetivo o

da Família Real para o Brasil, pois, em 28 de junho de 1808, o Príncipe Regente D. João VI lavrou alvará criando o Erário Régio e Conselho de Fazenda. Vale observar que o referido controle tomou a feição atual com a iniciativa do pranteado baiano Ruy Barbosa, concomitante à instituição da República, através da criação do Tribunal de Contas da União.” Nascimento, Márcio Gondim. *O controle da administração pública no estado de direito*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2023/O-controle-da-administracao-publica-no-Estado-de-Direito>. Acesso em 01.10.14.

² Várias teorias abordam o tema do interesse público e comportam tendências jurídicas, econômicas, filosóficas, políticas, etc. Richard Posner, Robert Cooter, Andrés Roemer, Robert Dworkin, Robert Alexy, entre tantos outros dissertaram sobre o “verdadeiro” sentido da eficiência. No campo da eficiência pública, o entendimento de Vieira de Andrade é esclarecedor para a presente pesquisa porque o delimita enquanto fundamento da atividade da Administração governada em democracia: “em sentido jurídico-administrativo, do que é qualificado, a nível normativo superior, como manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política e cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas. [...] O interesse público, ainda que concebido no mais amplo dos sentidos que comporta, caracteriza-se por ser, em contraposição ao interesse privado, um interesse radicalmente objectivo, não individualizado nem individualizável: revela a circunstância de se tratar do interesse de um “público”, mais ou menos vasto, mas sempre geral ou globalmente encarado, [...] dá fundamento à actividade da Administração Pública, corporizando os fins e as tarefas que lhe cabe realizar na divisão constitucional dos poderes. Andrade, José Carlos Vieira de. *Interesse público*. In: Dicionário Jurídico da Administração Pública. vol. V, Lisboa, 1993, p. 275. Nesse sentido: “[...] o interesse público essencial ou primário, enquanto critério objectivo e juridicamente relevante da sua atuação. O que vem ponderando são os interesses públicos secundários e os interesses privados, não o interesse público primário. Este resulta da norma a interpretar e a aplicar, servindo os processos ponderativos, não para individualizar o interesse público primário, mas tão-só para relativizar proporcionalmente o valor e o peso do interesse público específico correctamente contextualizado.” Antunes, Luíz Filipe Colaço (2001:55). *O esquecimento do interesse público no direito administrativo*, In: O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI: algumas questões. Coimbra: Almedina. O interesse público eleva-se à condição de princípio, e como tal deve ser enaltecido na observância dos atos da administração pública, aduz - Di Pietro, Maria Sylvia Zanella (2001:68) *Direito administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas: “[...] também chamado de princípio da finalidade pública está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.” Bobbio, Norderto. (2005) *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 12ª ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 24. Sobre o primado do público, “Ele se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre à irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais [...]”.

³ Designação de contrato público: a) Código de Contratos Públicos (PT) – art. 1º “[...] contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente de sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas nesse Código”; b) Na Lei 8.666/93 – art. 2º [...] Parágrafo Único - Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

⁴No Brasil para designar contratação pública, através das modalidades previstas na legislação pátria, utiliza-se o termo licitação: “é um procedimento administrativo unilateral, discricionário, deslindado à seleção de um contratante com a Administração Pública para a aquisição ou a alienação de bens, a prestação de serviços e a execução de obras”. Dallari, Adilson Abreu. (1992) *Aspectos jurídicos da licitação*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva. Cfr. Di Pietro, Maria Sylvia. (2001) *Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas. p. 291; Meirelles, Hely Lopes. (1998) *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed., 2ª tirag., São Paulo: Malheiros. p. 237.

bem ou o serviço a se contratar de forma eficiente⁵, com base nas normas jurídicas vigentes e, no caso dos países democráticos, os princípios constitucionais devem ser o fundamento na busca do interesse público com eficiência, sem afastar a possibilidade de o cidadão estreitar sua interferência na Administração Pública, através dos diversos instrumentos jurídicos disponíveis. Essa interferência participativa com o objetivo de exercer o controle da Administração Pública abrange toda sua atuação, mas a presente abordagem detalhará as formas de controle no âmbito das contratações públicas.

No âmbito das contratações públicas, os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, referências neste trabalho, indicam a possibilidade de controle sobre diversos atos, não somente os das contratações. As normas constitucionais, principalmente, permitem o cidadão interferir, fiscalizar ou mesmo controlar diversas atividades públicas. No decorrer do presente trabalho serão abordadas essas possibilidades no campo das contratações públicas de forma específica, apesar da apresentação de argumentos doutrinários e fáticos sobre outras formas de controle, porque o objetivo da investigação é explorar as diversas situações em que o cidadão, com o uso dos instrumentos jurídicos, pode exercer essa cidadania.

O cidadão pode, de forma direta, administrativa ou judicialmente, agir em defesa do interesse público atuando como fiscal dos atos que formalizam as compras no âmbito público, fazendo uso das prerrogativas jurídicas estampadas na Constituição e demais normas gerais e especiais. O cidadão, enquanto administrado, pode participar do controle da administração pública, excetuando-se os casos legalmente previstos que exigem reserva e sigilo em benefício da coletividade; o cidadão participante desse processo em favor de seus interesses e dos da coletividade funda-se no princípio da soberania popular.

As normas jurídicas relativas às contratações públicas no Brasil e em Portugal consagram formas de participação e controle pelos cidadãos nos procedimentos que visam

⁵ O sentido de eficiência aqui empregado refere-se à atuação da Administração Pública para alcançar seus objetivos em relação ao interesse da coletividade, considerando a melhor gestão dos recursos públicos utilizados para a realização dos programas e ações previstos nos planos governamentais, os quais exigem a efetivação de vários atos, entre eles os pertinentes às contratações públicas. O princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva deve ser percebido como a uma norma constitucional e por isso deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, e deve ser “invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve referir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” Canotilho, José Joaquim Gomes. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., Coimbra: Edições Almedina, p.1224.

contratar com particulares ou com membros da própria Administração para o atendimento das necessidades desta e/ou interesses da coletividade, e representa uma lúdica forma de participação popular, importante recurso democrático abordado na presente pesquisa. A ideia de participação popular aqui adotada encontra suporte no entendimento defeso por Modesto (2005), como um conceito mais restrito, trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais legítimos⁶.

Delegar ao Estado o poder conferido pelas normas jurídicas de manter estável determinada sociedade e imaginar que tudo será realizado sem problemas sociais, políticos ou econômicos, é desconsiderar a própria natureza imperfeita do agente da Administração Pública⁷ e a do próprio cidadão, ambos passíveis de descumprir os preceitos jurídicos, morais e consuetudinários em desfavor da satisfação do interesse público. Mas apesar das imperfeições de ambos, cada um deve desempenhar bem seus papéis, e o cidadão, no contexto atual, mostra-se como mais um recurso, além da “lei”, para contribuir com a melhor satisfação do interesse público, ou mesmo garantir a sua efetivação. O interesse público revela-se um direito fundamental na medida em que engloba todas as necessidades a serem satisfeitas pelo Estado para a sociedade.

A incessante busca por uma sociedade mais justa implica ultrapassar as dificuldades, superar e corrigir os reincidentes desrespeitos aos direitos fundamentais, principalmente os relativos aos direitos não individuais. Os direitos fundamentais são direitos obrigatórios ao Estado na intervenção ativa para criar e manter *as condições de gozo efectivo, por todos os cidadãos* (Andrade, 2009:91). Os direitos fundamentais não estão restritos aos direitos essenciais aos humanos (direito à vida, à liberdade, ao trabalho digno, etc.), vão mais além, pois existem direitos fundamentais dependentes de certos procedimentos⁸. Nesse sentido, a participação do cidadão no controle da contratação

⁶Modesto, Paulo. (2005) Participação popular na administração pública; mecanismos de operacionalização, Bahia: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 2, p. 2. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>. Acesso em 15.12.13.

⁷ A Administração Pública funciona como uma organização econômica, porque administra os recursos públicos e adequa todas as suas atividades que interferem sobre o mercado. Caballería, 2011:95. *A Administração Pública é o sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, que asseguram, em nome da coletividade, a satisfação regular e contínua dos interesses públicos secundários*. Dias; Oliveira, 2004:7.

⁸Cfr. Andrade, 2007:188 e ss.

pública pode ser entendida numa “dimensão subjetiva”⁹, e ser acolhida como um direito fundamental capaz de contribuir para o alcance da eficiência pública.

Cabe aos cidadãos assumirem a responsabilidade de concretizar os preceitos jurídicos na defesa do interesse geral, no momento em que o sistema representativo¹⁰ mostra-se em profunda crise e os valores morais, éticos e políticos estão cada vez mais comprometidos com interesses pessoais, em afronta a princípios jurídicos, entre eles os inerentes à atividade pública. A demonstração de autointeresse por parte dos cidadãos não é, propriamente, um “pecado”, é consequência da própria falta de legitimidade do Estado que desarticula e desmotiva as iniciativas de participação popular.

O Estado tem a liberdade de atuar dentro dos limites da lei, tendo-a como fundamento para cumprir um de seus papéis de garantidora dos direitos fundamentais da melhor forma, com moralidade e ética, sem permitir as ideologias de grupo interferirem na base institucional cumprindo seu objetivo a fim de realizar o interesse da coletividade¹¹. Realizar bem o interesse público exige ponderação dentro dos limites da legalidade e da discricionariedade, sem perder de vista a satisfação do interesse público com eficiência. Quando, por exemplo, um governador decide sobre a construção de uma determinada ponte, não pode considerar os interesses partidários em detrimento dos interesses da comunidade a ser beneficiada com a obra¹²; os critérios de análise devem perseguir exclusivamente o interesse público e não o interesse de grupo, por vezes camuflado de legalidade. A liberdade concedida à Administração Pública está vinculada à lei, funcionando como parâmetro para sua atuação, com as devidas adequações fáticas, sem desconsiderar os princípios e valores envolvidos no caso concreto.

No art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, a cidadania¹³ é apontada como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, responsável por

⁹Cfr. Andrade, 2012:109.

¹⁰Cfr. Bobbio, Norberto.(2005) *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. 12. ed.São Paulo: Paz e Terra. p. 116 e ss. V. também Ackerman; Bruce; Fishkin; James S. (2006) *Deliberation Day*, in: *Debating Deliberative Democracy*, edited by James Fishkin, Peter Laslett, Blackwell Publishing, p. 13.

¹¹Cfr. art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

¹²Fatos dessa ordem são recorrentes, e levam a uma certa insegurança jurídica quando os princípios e regras das contratações são manipulados. Nesse panorama o “direito pressupõe conferir uma estabilidade ou um mínimo de certeza aos seus diversos atores[...]”. Capez; Capez (2010:41).

¹³ “Os conceitos de cidadania na Grã-Bretanha desenvolveram-se e evoluíram no seio da herança europeia. Marshall encarava a cidadania sob três aspectos: um aspecto civil (largamente desenvolvido no final do século XVIII), um aspecto político (desenvolvido no final do século XIX) e um aspecto social (desenvolvido no século XX). A cidadania é um ‘estatuto concedido a todos os que eram membros de pleno direito de uma

promover as relações entre os indivíduos e o Estado em razão de um conjunto de direitos e deveres recíprocos (Canelo, 2012:44). Em favor da efetivação da cidadania, a educação desempenha iquestionável papel, quando realizada por processos educativos inovadores, dentro ou fora da escola, promovida pelo Estado e com a contribuição da sociedade. A educação para a cidadania deve ter como um dos objetivos, instruir os cidadãos quanto aos direitos e garantias disponíveis, e como podem ser concebidos, ou melhor, como podem sair do “papel” para se transformarem numa verdadeira garantia na prática. Um Estado que deixa grande lacuna na educação capaz de elevar o indivíduo à condição de cidadão age para manter uma sociedade indefesa, e deixa de cumprir uma das mais importantes políticas públicas de qualquer governo, a da educação para a cidadania.

A CRFB em seu art. 205¹⁴ impõe como dever do Estado, com a colaboração da sociedade, educar para a cidadania, uma das principais tarefas do ensino nas diversas formas possíveis e adequadas. Na CRP a tarefa de o Estado promover a cidadania está implícita em diversos artigos, em alguns deles o termo “cidadania” é utilizado para fins de identificação civil do indivíduo, enquanto membro de um determinado território; é no art. 73º, nº 2, onde encontra-se expressa a responsabilidade de o Estado promover as condições para a educação, realizada dentro e fora da escola, capaz de desenvolver no indivíduo o espírito de participação democrática¹⁵.

O Estado deve ser eficiente no gerenciamento de seus bens, recursos e responsabilidades perante a sociedade, na busca da satisfação do interesse público, sem desviar-se da legalidade e dos demais princípios constitucionais e infraconstitucionais

comunidade. Todos os que possuam esse estatuto são iguais perante os direitos e os deveres a ele inerentes. Não existe qualquer princípio universal que determine o que devam ser esses direitos e deveres, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em evolução criam uma imagem ideal de cidadania em direcção a qual é necessário convergir.” PARISOT, Françoise, coordenadora. *Cidadanias nacionais e cidadania europeia*. (2001) Tradução Germano Rio Tinto. Lisboa: Didáctica, pp. 243-244.

¹⁴ CRFB - Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁵ CRP – Art. 73º, nº 2 - O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.

norteadores da Administração Pública¹⁶, presentes em diversas constituições democráticas como a brasileira e a portuguesa.

O procedimento de contratação pública, um dos meios de concretização do interesse público, não foge à regra da obrigação estatal, e deve alcançar com a formalização do contrato, a satisfação do interesse público, com ênfase na obtenção da proposta mais vantajosa, a partir de um procedimento administrativo¹⁷ formal prévio à contratação. Ressalta-se oportunamente que contratar a proposta mais vantajosa nem sempre significa adjudicar a de menor preço, haja vista outros critérios técnicos e financeiros envolvidos para satisfação do interesse público pretendido, o que não afasta a responsabilidade da Administração Pública de primar pela contratação mais adequada e menos onerosa para alcançar o seu objetivo de forma eficiente.

A obrigação de o Estado contratar para satisfazer o interesse público lhe confere a responsabilidade não só de realizar um procedimento formal, mas também de acompanhar a execução do bem contratado e garantir o cumprimento integral do objeto contratado, tarefa que envolve técnicos comprometidos e competentes, a fim de não deixar escapar as exigências pactuadas, seja quanto à quantidade ou qualidade do objeto contratual.

Infelizmente, muitas contratações formalizadas com particulares estão eivadas de irregularidades: de ordem técnica, desde a formulação do instrumento convocatório quando se apresenta mal definido o objeto a ser contratado; por ineficiente fiscalização, quando na execução do contrato desde o recebimento dos bens ou serviços não há um

¹⁶ I - Portugal: a) CRP– Art. 266º 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé; b) CPA – Art. 2º Âmbito de Aplicação – [...] 5 – Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada. II – Brasil: a) CRFB - Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...]; b) Lei 8.666/93. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (destaques nossos).

¹⁷Segundo Soares (1988:28) “[...] o procedimento é um encadeamento de actos que vão desembocar num acto final, ou seja, num acto que suporta o efeito principal de servir uma determinada função [...]”. Zimmer Júnior (2009:151-153) “o ato administrativo é praticado pelos agentes públicos, no exercício da competência atribuída aos órgãos, aos entes ou às entidades públicas. [...] sempre passível de análise pelo Poder Judiciário. [...] é um ato jurídico, uma espécie do gênero fato jurídico.”

acompanhamento adequado pelo contratante (adjudicante), o que pode comprometer o objeto contratado; fatos ilícitos, *e.g.*, atos de corrupção praticados por agentes da AP que usam o cargo público como facilitador do desvio de dinheiro público ou mesmo obtenção de vantagens para promoção pessoal e/ou enriquecimento ilícito¹⁸. Tais variantes comprometem a eficiência da contratação e devem ser objeto de investigação (administrativa e/ou judicial) nos termos previstos na legislação ordinária para inicialmente apurar-se a responsabilidade e, posteriormente, aplicar-se a penalidade cabível¹⁹. Se presentes irregularidades incompatíveis com o objeto da contratação os órgãos²⁰ de controle e a sociedade civil devem agir e promover as ações imprescindíveis para obstar, quando possível, os prejuízos ao patrimônio público. Afirma Dallari (1992:131) que o controle da licitação realizado pelo Poder Judiciário mostra-se ainda tímido, e encontra barreiras na suposta autonomia representada pela discricionariedade administrativa, mas por outro lado deixa de aprofundar as análises da licitação, limitando-se à verificação de ritualística²¹.

¹⁸Brasil - Segundo o art. 317, do Decreto-Lei 2848/40 (Código Penal do Brasil), o crime de corrupção define-se como “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:[...]§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: [...]. **Portugal** – Segundo o art. 372º, do Decreto- Lei nº 48/95, a corrupção passiva para ato ilícito é praticada por “funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão contrários aos deveres do cargo [...]. No art. 373º - 1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão não contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364º e nos nºs 3 e 4 do artigo anterior.

¹⁹As leis penais brasileiras e portuguesas, bem como as normas administrativas sobre a matéria das contratações públicas, trazem previsões sobre os procedimentos administrativos e judiciais cabíveis para a apuração dos fatos e a aplicação de possíveis penalidades aos responsáveis por danos ao patrimônio público e outros casos típicos.

²⁰ Órgão público são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica que pertencem.” Meirelles, 2004:67.

²¹ “Admite-se hoje que a realização de controle de princípios constitucionais como os da razoabilidade e proporcionalidade, que estão implícitos na CF, além dos da moralidade e eficiência, que estão expressos, apesar de representar controle de legalidade, é possível reconhecer que esses princípios limitam a liberdade do Administrador e que, por vias tortas, acaba atingindo o mérito, apesar de se afirmar categoricamente que esse não é controle de mérito”. Marinela, 2012:1018. Cfr. na íntegra a decisão emblemática do STF sobre a possibilidade de controle das políticas públicas em confronto com jurisprudência firmada no STJ. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada

Quando agentes públicos atuam fundamentados na discricionariedade decorrida da norma, o exame da legitimidade pode exigir uma tarefa tormentosa para verificar a possibilidade de manipulação e sua extrapolação; quando apreciado pelo judiciário, este deve observar se o ato “guardou afinamento com a significação possível dos conceitos expressados à guisa de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva” (Mello, 2004:826-827). Segundo Di Pietro (2005:133), “a legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa”. Apesar de a legalidade ser ainda a mais evocada fonte de análise dos limites da discricionariedade, não deve ser a única, outras fontes de direito aliadas a uma melhor interpretação da observância dos princípios norteadores da Administração Pública e da contratação pública, entre eles o da eficiência, devem ser razoavelmente valorados para efeito do controle, especialmente exercido por interessados através do judiciário.

Em matéria de controle da atividade pública, o cidadão tem especial destaque, principalmente sobre os atos praticados nas contratações, considerando a ineficiência político-administrativa dos órgãos controladores de muitos países democráticos na atual conjuntura, principalmente quanto ao fim de fiscalizador a legalidade dos atos da Administração Pública. Convém inclusive frisar que a referida atividade tem natureza jurídica vinculativa (obrigada por lei), não representando uma *faculdade* atribuída pelo ordenamento jurídico, mas sim um dever, que se não cumprido pode ensejar na responsabilização do agente público em razão de seus atos (Guimarães, 2002:29). A ação controladora praticada pelo cidadão não tem a mesma natureza jurídica vinculativa daquela exercida por representantes do Estado, é tão somente uma garantia, uma prerrogativa, e como tal, se não observada, nenhuma penalidade lhe será atribuída. Entretanto, talvez seja penalizado, na prática, quando for vítima de uma prestação de serviço público ineficiente para o qual ele pouco ou nada fez para evitar. Com isso não se coloca a responsabilidade de uma Administração eficiente nas mãos do cidadão, mas apenas ressalta-se o seu

hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF 45 - MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 29.04.2004, pub. 04.05.2004.

importante papel, porque “[...] não há democracia sem limitação do poder do Estado e sem cidadania” (Touraine, 1996:129).

Uma ação mais efetiva dos cidadãos no controle das contratações públicas pode refletir como garantia dos direitos fundamentais, tal é a sua abrangência e interferência na vida das pessoas, considerando o potencial de contratação da Administração Pública com terceiros para realizar obras, adquirir bens ou serviços, no sentido de cumprir com o planejamento governamental e satisfazer, obrigatoriamente, as necessidades dos cidadãos configuradas no interesse público. Um questionamento se coloca: o que faria o cidadão participar, e assumir um papel de ator social? É realmente uma resposta de difícil formalização, e neste trabalho não será investigada, mas pode-se dizer que “o sujeito integra identidade e técnicas, construindo-se como actor capaz de modificar o que o rodeia e de tornar as suas experiências de vida em provas da sua liberdade. [...]” (Touraine, 1996:176).

As contratações públicas representam um dos meios indispensáveis para o Estado atingir seus fins em prol da coletividade, regidas por normas e princípios de Direito Público a serem observados pela Administração Pública e pelos cidadãos, que podem participar direta ou indiretamente dos procedimentos, seja enquanto interessados em contratar ou mesmo em controlar os atos prévios ou pós-contratação. Esta última mostra-se de fundamental importância em razão do papel que pode desempenhar como um dos agentes responsáveis pela consolidação da democracia e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Impõem-se alguns questionamentos acerca da relação Estado, cidadão e direito positivado: os cidadãos estão dispostos a se envolver em assuntos há muito delegados ao Estado? A chamada crise da modernidade envolve as relações entre a sociedade, o Estado e o mercado, e como elas se processam em favor do bem estar coletivo? O direito oficial colabora com o bem estar da coletividade? Nesse sentido, o direito normatizado deve funcionar como instrumento pacificador das contradições sociais e contribuir no processo de bem estar da coletividade, na medida em que a Administração Pública executar as suas tarefas públicas de forma eficiente. Mas o direito oficial não é o único com esse papel, e como tal, não funcionaria sozinho, principalmente em meio à complexidade das atuais necessidades sociais. Além disso, ele precisa de impulso. Referindo-se ao papel do direito, Santos (2000:120) entende que seu “potencial emancipatório reside no facto de a sua

racionalidade não se distinguir do bem-estar social universal”, e cabe ao cidadão, enquanto ator social desse processo, conduzir seus próprios interesses (não de cunho individual somente), haja vista a impossibilidade de se creditar ao Direito consagrado nas normas (direito oficial) e ao Estado a competência para reduzir os fracassos da modernidade, graças a uma política de hegemonia do capitalismo(Santos, 2000:130).

Convém salientar, todavia, do ponto de vista prático, que o direito não absorve *os diferentes campos sociais, em constante mutação, e as suas respectivas necessidades de mutação* (Santos, 2000:141), o que torna imprescindível uma maior aproximação do cidadão individual ou coletivo (organizado) da esfera estatal para minimizar as “imperfeições” da gestão pública, inclusive as das contratações. E apesar da carga hegemônica presente no direito oficial, não o torna menos importante ou desqualificado quando fundado na democracia “como um espaço institucional que protege os esforços do indivíduo ou do grupo para se formarem e para fazerem com que sejam reconhecidos como sujeitos” (Touraine, 1996:178). Estes cidadãos devem ser percebidos não somente enquanto fiscais da Administração Pública, mas também partícipes do processo democrático em prol de uma sociedade mais justa, e o direito positivado tem seu papel, mas é salutar compreender sua limitação porque a “ordem jurídica não pretende ser uma regulamentação total da conduta humana” (Soares, 1955:1).

Há fatos da dinâmica social nem sempre alcançados pela lei, e mesmo quando alcançados *concedem à Administração poderes mais amplos* (ANDRADE, 2007:134), mas limitados por uma competência discricionária²² vinculante que lhe permite agir em favor do bem estar da coletividade e das necessidades administrativas, fundamentadas nos princípios da Administração Pública, e deles não pode fugir.

O presente estudo objetiva, primordialmente, apontar os instrumentos juridicamente disponíveis aos cidadãos nos ordenamentos português e brasileiro, destinados à realização do controle das contratações públicas, com vista ao enriquecimento dos debates sociojurídicos sobre o assunto, bem como a necessidade de se fortalecer a efetiva

²² A discricionariedade tem a ver com certa liberdade da Administração Pública em decidir diante de uma situação concreta, sem olvidar os limites legais e os critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade. Di Pietro, 2001:196-197. Cfr. também Antunes, Luís Filipe Colaço (2001). *O esquecimento do interesse público no direito administrativo*. In: O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI: algumas questões. Coimbra: Almedina, p. 62.

participação cidadã. Serão indicados os instrumentos jurídicos que concebem a atuação dos cidadãos no controle das contratações públicas, no âmbito administrativo e judicial, e terão como ponto de partida uma análise sobre a relação entre os direitos fundamentais e os princípios, em seguida os princípios mais relevantes para o controle das contratações públicas e o da soberania popular, enquanto fundamento do processo de participação popular na Administração Pública.

Os cidadãos podem utilizar os citados instrumentos para realizarem diretamente o controle das contratações públicas ou podem escolher exercer tal direito de cidadania mobilizando os órgãos institucionais de controle (Tribunal de Contas e o Ministério Público, por exemplo). Esse tipo de cidadania, apesar de usar como meio a “provocação” dos órgãos de controle para verificação de eventuais irregularidades em procedimentos de contratação pública, não perde o *status* de meio de interferência direta na medida em que o próprio cidadão mobiliza o órgão de controle a uma determinada atuação dentro dos limites de sua competência institucional, uma vez não concretizada de ofício.

A relevância para abordagem do presente tema tem amparo na necessidade do fortalecimento da participação do cidadão enquanto sujeito transformador, a fim de construir uma sociedade verdadeiramente democrática e cidadã, onde o princípio da participação popular seja intensificado, e os instrumentos jurídicos possam contribuir para o controle das contratações públicas como meio de questionar e/ou evitar ou corrigir práticas administrativas em desacordo com as normas, com a moral, a ética, contrárias ao alcance do real interesse público²³.

A execução de muitas políticas públicas exige a abertura de procedimentos prévios de contratação, com o uso de altos recursos públicos, originários das contribuições fiscais dos cidadãos e das pessoas jurídicas. Os vultosos investimentos pertencentes ao erário fundamentam o controle não somente realizado pelos órgãos de fiscalização, mas principalmente pelos próprios cidadãos.

Apesar de o Estado ter a obrigação de cumprir com eficiência a tarefa de contratar com terceiros e gerir bem os recursos públicos, nem sempre assim ocorre, e essa deficiência quando acontece reforça a responsabilidade dos cidadãos (organizados em

²³A ideia de “real” tem por fim ressaltar a possibilidade de manipulações políticas sobre o dito “interesse público” que cria um “falso” interesse público. Muitas vezes os atos praticados podem estar revestidos de legalidade formal, mas ausente de legitimidade baseada nos princípios norteadores da Administração Pública.

instituições ou mesmo individualmente) em agir como “fiscais” de seus atos. A presença mais efetiva do cidadão pode contribuir para redução de desvios de finalidade, melhor aplicação do dinheiro público. Os instrumentos jurídicos, analisados adiante, servem como meio de interferência, apesar de ainda não muito requisitados por ausência de conhecimento de sua força jurídica e por falta de coesão dos cidadãos ou mesmo desconhecimento dos direitos em exercer essas atividades. A compartimentação, a atomização e a fragmentação do conhecimento dificultam o processo de solidariedade (Edgar Morin, 2005:61). A fragmentação do conhecimento pode ser causada pela fragmentação do próprio processo de informação levado ao cidadão pelo Estado e pelas organizações sociais executoras de programas voltadas à educação para a cidadania. Uma informação bem repassada, sem fragmentação, coesa, criativa, contribuem para a promoção da cidadania no processo de controle da Administração Pública.

O cidadão precisa ocupar um lugar de destaque na condução da democracia para realizar as mudanças imprescindíveis a atual conjuntura política e social de muitos países democráticos repletos de desigualdades sociais e graves problemas de gestão pública, principalmente porque os órgãos de controle e os parlamentares eleitos como representantes da sociedade e defensores de seus interesses não têm cumprido com eficiência essas tarefas, entre estas uma inadequada fiscalização dos atos das contratações públicas. Alexy (2012:522) defende que a fiscalização do controle da constitucionalidade interfere na competência democrática e legítima do parlamento, mas nem por isso as leis deixam de ser fiscalizadas, aspecto negativo que implica em menor peso a representatividade democrática do parlamento em relação a fiscalização da constitucionalidade. Não menos importante é a legitimidade discricionária do agente público, mas não desconstitui do direito de o cidadão questionar atos discricionários.

As contratações públicas têm sido instrumento de manipulação para desvio de dinheiro público por certos agentes públicos, representantes do povo e membros da sociedade. A devolução de recursos públicos por inexecução de ações e por atos de corrupção é uma realidade presente em muitos países, principalmente porque as medidas de combate a tais inadequações não têm sido eficazes o suficiente para bani-las, deixando em risco a satisfação do interesse público.

Apesar de a Administração Pública ter a obrigação constitucional de atuar com eficiência na gestão dos recursos públicos e ter uma atividade baseada nas normas (regras e

princípios), ainda assim os desvios acontecem. O direito só produzirá efeitos sobre essas anormalidades se for evocado e manipulado com esse fim. Para exercer a “mobilização” do direito, ou seja, para o direito produzir seus efeitos práticos, implica a intervenção das instituições públicas e dos cidadãos munidos de instrumentos jurídicos ou não jurídicos, considerando o atual quadro normativo e a urgente necessidade de mudança que ampliem e garantam o direito a participação do cidadão na AP.

O Estado onde os cidadãos não podem exercer com tranquilidade seus direitos não é condizente com os preceitos democráticos, e a democracia por ser uma forma sócio-histórica, não determinada por leis naturais, *constitui uma nova gramática histórica* (Santos, 2009 b:51), devendo ter os cidadãos como principais autores na consolidação e ampliação do processo democrático. O Estado Democrático deve cumprir seu papel de garantidor da estabilidade social, conforme determinações contidas no ordenamento jurídico, com a participação dos cidadãos, não os afastando e sim os aproximando cada vez mais. Infelizmente, o Estado tem adotado posturas, desde sua criação, seja como Estado Mínimo, Estado Máximo, Estado Pluralista²⁴, na defesa de interesses das classes dominantes, muitas vezes abrangidos nas próprias normas, ou porque as instituições (ir)responsáveis nãoo concebem na prática com o fim positivado. Quando numa Constituição (CRFB –art. 3º, inciso II e art. 174; na CRP – art. art. 9º) se determina a responsabilidade de o Estado buscar o desenvolvimento nacional, a interpretação deve ser ampla para incluir a sua responsabilidade de envidar todos os esforços no alcance da qualidade de vida da sociedade, e tal obrigação lhe exige contratar com eficiência, sem a permissão de fatores alheios ao interesse público. Deve-se perceber que “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir” (Ávila, 2014:53), mas essa construção ou reconstrução, no caso das contratações públicas, deve ter como objetivo fim o interesse público, apesar de ter fácil manipulação, ajustável aos objetivos hegemônicos. Segundo Ávila (2014:54) “o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado”, e muitas vezes esse descompasso alcança, entre as diversas áreas, a Administração Pública nos atos de formalização das contratações (entre outros atos). As interpretações dadas aos princípios

²⁴Cfr. Sobre as diversas formas e funções do Estado In: BOBBIO, Norberto.(2005) *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. 12. ed.São Paulo: Paz e Terra. p. 113 e ss.

para fundamentar os atos administrativos devem ser observadas pelos cidadãos em seu próprio favor, dentro das possibilidades legais de controle.

A presente investigação aborda o tema da participação com enfoque no uso dos instrumentos jurídicos para o controle das contratações públicas pelos cidadãos por ainda não estar suficientemente percebido como um dos recursos democráticos relevantes na proteção de direitos fundamentais e efetivação do interesse público.

Quanto à metodologia adotada, a pesquisa documental é baseada nos ordenamentos jurídicos português, brasileiro e da União Europeia para indicação e análise dos instrumentos jurídicos disponíveis para o controle das contratações públicas pelos cidadãos, com o objetivo de avaliar se as regras e os princípios na forma prevista possibilitam a efetividade prática do direito fundamental à participação, enquanto expressão do Estado de Direito Democrático.

As fontes mais utilizadas são as normas jurídicas (vigentes ou não) publicadas nos referidos ordenamentos, nas formas eletrônica e impressa, além da jurisprudência importante para contextualização de alguns posicionamentos dos tribunais sobre a matéria explorada. A presente abordagem envolve aspectos jurídicos, da sociologia (jurídica) e da ciência política, considerando o campo de abrangência do estudo.

Os capítulos estarão divididos da seguinte forma: capítulo I – os direitos fundamentais e os princípios das contratações públicas; capítulo II – os princípios do controle das contratações públicas; capítulo III - instrumentos jurídicos de controle das contratações públicas pelos cidadãos em espécie; capítulo IV - Os modos de atuação do cidadão no controle das contratações públicas através dos órgãos oficiais de controle. A abordagem busca ainda levantar reflexões acerca da efetividade do direito oficial como uma das garantias ao exercício da participação para o controle das contratações públicas, a partir da ótica do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, correlacionados com a Ciência Política e a Sociologia, em face dos aspectos políticos e sociais envolvidos na produção e efetivação do direito, sejam eles provocados por interesses dos movimentos sociais ou mesmo dos partidos políticos. A relação interdisciplinar visa melhor contextualizar os institutos jurídicos apontados com base na realidade brasileira e europeia, neste caso, tomando por base Portugal, membro da União Europeia. Foram escolhidos esses países pelos seguintes motivos: a) o Brasil, além de ser o país onde nasci e resido, desenvolvo meu trabalho no magistério e realizo as minhas pesquisas, possui legislação e

experiências inerentes à participação popular, inclusive prerrogativas no controle das contratações públicas ainda carentes de publicização; b) Portugal é tomado como contraponto por ser um país da língua portuguesa, pertencente ao continente europeu e onde encontra-se uma vasta doutrina sobre o assunto, além das influências normativas e organizativas geradas pela colonização lusitana; c) a partir do estudo comparativo buscar-se-á apresentar a presença ou ausência atribuída nos ordenamentos dos dois países quanto ao direito de participação do cidadão no controle das contratações; e, ao final, apresentar-se-ão sugestões sobre a temática explorada a partir da realidade observada.

Este estudo serve de fonte científica para o alcance das conclusões acerca das características jurídicas do controle das contratações públicas pelos cidadãos, presentes nos ordenamentos português e brasileiro, por contribuir na satisfação do interesse público em benefício da sociedade no contexto democrático.

A finalidade do controle das contratações públicas liga-se a ideia *do controle daquilo que é público* (França, 2008:21), e por essa razão, os cidadãos, principalmente, devem ter uma atuação mais participativa no intuito de preservar o que lhes pertence, e por ser uma das formas de garantia da eficiência pública, considerando a incapacidade de o Estado²⁵ atuar sozinho nessa tarefa. A atual tensão entre Estado e sociedade e as formas de dirimir essas tensões com a participação dos cidadãos fundamentam a relevância da investigação aqui proposta.

²⁵Comenta Soares (1982:11) sobre a incapacidade do Estado: “O poder público, incapaz de responder a todas as solicitações, vem aceitar que se constituam novas figuras de Administração representativas dos interesses sociais [...]”. A Constituição representa a vontade social e nela baseia-se o Estado, e se há garantias de participação dos cidadãos não cumpridas, impõe-se urgente reivindicação. Santos (2009b:75), afirma que há um processo cultural de reconhecimento de novas identidades acompanhado de novas práticas democráticas que vão além da democracia representativa, e inclui uma combinação desta com a democracia participativa.

CAPÍTULO 1

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

1.1 O Sentido de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são protegidos pela ordem jurídica de um Estado sob a forma de normas, e devem ser efetivados (concretizados) por sua estrutura administrativa. São normas jurídicas vinculativas, protegidas através do controle jurisdicional da constitucionalidade por estarem positivados na Constituição, e representam os direitos naturais e inalienáveis do indivíduo (Canotilho, 2003:377-378). São direitos inerentes à pessoa humana, decorrentes de sua natureza; preexistentes ao direito positivado, imprescindíveis à realização de suas satisfações primárias: como o direito à liberdade, o direito à vida, à dignidade, incidentes em outros direitos. Em sua dimensão natural, são direitos absolutos, imutáveis, intemporais e constituem um núcleo restrito que se sobrepõe a qualquer ordem jurídica.

Os direitos fundamentais não se restringem aos direitos naturais do homem. Estão destacados nas constituições dos Estados Democráticos em conformidade com os valores, crenças e princípios que os formam, e representam direitos primordiais perante o Estado e para a sociedade. Frustrá-los significa agir contra o próprio indivíduo, enquanto sujeito de direitos, em desrespeito ao Estado de Direito²⁶ que o impõe o dever de garantir dos instrumentos jurídicos disponíveis aos cidadãos na perspectiva de torná-los efetivos quando requisitados pelo cidadão participante, pois o direito não “anda” sozinho. Como bem nota Mikel Berraondo López (2004:67) “la importancia de la participación social, cobra más fuerza si cabe, si tenemos en cuenta la evolución que ha experimentado la cuestión de la responsabilidad gubernamental em materia de respeto, aplicación y promoción de los derechos humanos”. A principal base de atuação de qualquer Estado está no respeito aos direitos humanos. Se um determinado Estado não respeita os direitos humanos aos quais encontra-se vinculado legalmente, sob a responsabilidade

²⁶O Estado de Direito não é absoluto, e não deve ter normas e regras jurídicas como únicos parâmetros de liberdade e justiça. Dworkin apresenta duas concepções sobre o entendimento de Estado de Direito: “a centrada do texto legal” e a “centrada nos direitos”. Nesta, o Estado de Direito “é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais” e acolhe o ideal do texto legal retratar os direitos morais e os aplicar; naquela, há uma diferença entre o Estado de Direito e a justiça substantiva, enfatiza o cumprimento irrestrito das regras enquanto vigentes. Ambas têm aspectos a serem considerados na aplicação do direito. DWORKIN, Ronald. (2005) *Uma questão de princípio*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, p. 6 e ss.

constitucional de garantir a estabilidade e satisfação da sociedade na qual está inserido, outros direitos secundários, também importantes, dificilmente respeitará.

Os direitos fundamentais, à luz da Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, expressos enquanto direitos do homem ou de liberdade, são direitos naturais, inalienáveis e sagrados, e também direitos imprescritíveis, incluindo-se a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (Bonavides, 2012:580).

Os direitos fundamentais estão assim classificados: a) os de primeira geração: direitos da liberdade -direitos civis e políticos; b) os de segunda geração: os direitos sociais, culturais e econômicos; direitos coletivos ou de coletividade; c) os de terceira geração: assentam-se na fraternidade-solidariedade; direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade; d) os de quarta geração: o direito à democracia, à informação e ao pluralismo (Bonavides, 2012:580-590). A classificação dos direitos fundamentais é codificada de acordo com a natureza do modelo de sociedade que os sustenta e os remodela, causando-lhes constantes mutações, incorporações e inovações.

O Tratado de Roma, de 1957, foi omissivo em relação aos direitos fundamentais e contundente sobre as liberdades econômicas (liberdade de circulação de pessoas, de bens e de capitais no espaço da comunidade, a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços de entidades de um Estado-membro em outro território) firmados com base na não discriminação por motivo de nacionalidade. O tratado deixou em *albis, e. g.*, a liberdade política baseada no direito fundamental de participação, um dos fundamentos dos Estados Democráticos.

A ausência dos direitos fundamentais em histórico encontro de Estados europeus teve como uma das razões o escopo da Comunidade e o poder relativamente limitado para abordar outros direitos e liberdades, quando o foco era afirmar a Comunidade e consolidar as atribuições do Conselho, apesar das instituições terem sido dotadas de consideráveis poderes de autoridade normativos, administrativos e jurisdicionais, de efeitos diretos na ordem jurídica dos Estados-membros, inclusive prevalecendo em relação ao direito interno e afetando, conseqüentemente direitos individuais e de empresas. A ampliação das atribuições e fronteiras da CEE levaram a possibilidade de as normas e decisões afetarem direitos fundamentais dos cidadãos e das empresas em sua ordem jurídica interna, provocando a busca de Tribunais nacionais e da Comunidade por violação desses direitos. Essa situação inicial foi marcada pela displicência em relação aos direitos fundamentais,

pois sequer o Tratado de Roma e as Constituições nacionais reconheciam e garantiam um catálogo de direitos fundamentais. (Moreira, 2003:697-699)

Nos tratados de Maastricht e de Amsterdão, a ordem Comunitária incorporou algumas mudanças em favor das tutelas de direitos fundamentais, mas ainda marcada por incerteza quanto ao elenco de direitos fundamentais e de previsibilidade quanto aos seus efeitos, fatores que afetavam o Estado de Direito, e conseqüentemente colocava em risco a segurança jurídica e a competência dos tribunais constitucionais. Era uma realidade insustentável, apesar dos avanços trazidos com a criação da EU e a vinculação da CE/EU aos direitos fundamentais inscrito num único artigo (art 6º do Tratado da União Europeia, antigo artigo F).

Os tratados que revisaram os Tratados de Roma, de Maastrich e de Amsterdão incluíram um conjunto de direitos fundamentais à medida que ampliavam-se as competências da Comunidade, mas não resolvia a questão de forma definitiva, tendo sido ventiladas propostas de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH para problemática do catálogo de direitos fundamentais (direitos civis e políticos – de 1ª geração), que não prosperaram; mas foi somente no Conselho Europeu de Colónia – Alemanha, realizado em junho de 1999, que acordaram em elaborar uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e predefiniram as suas fontes, quase todos da CEDH, da Carta Social Europeia e dos próprios tratados da EU e da CE, ratificada pelo Conselho Europeu em Nice no dia 7 de Dezembro de 2000 (Moreira, 2003:701-713).

O detalhamento demonstra o longo percurso dos direitos fundamentais até sua consolidação no âmbito da União Europeia como garantias de carácter democrático “[...] conferindo aos cidadãos melhores meios de contestar as actuações ilegítimas das instituições comunitárias e portanto tornando estas mais responsáveis perante os cidadãos” (Moreira, 2003:722). A consolidação dos direitos fundamentais, que inclui o direito de participação no âmbito da União Europeia, incidem sobre as tutelas relacionadas aos procedimentos de contratação pública, seja como ouvinte, requerente, impugnante, etc.

A consolidação de um determinado direito percorre várias instâncias jurídicas e envolve vários interesses (*e.g.*, económicos, políticos, sociais) e exige dos cidadãos estabelecer uma participação mais efetiva com o objetivo de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Alcançar uma participação efetiva, capaz de proteger o interesse público no âmbito dos atos praticados nos procedimentos de contratação pública, também

passa pelo tempo da consolidação da democracia participativa²⁷, principalmente pela pouca cultura nessa matéria na área pública. Aos poucos o espaço entre o Estado e a sociedade estreita-se, em pouca velocidade, é certo, mas ao longo do tempo algumas experiências demonstram que em pequenas doses o cidadão passa a exercer o controle da AP, *e.g.* o orçamento participativo adotado no Brasil e em Portugal que comprova uma experiência positiva de democracia participativa.

As políticas públicas devem ser desenvolvidas para o atendimento dos interesses da sociedade, mas sobre quais bases? Na Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, no título “dos direitos e das garantias fundamentais”, impõe-se de partida a responsabilidade de o Estado “[...] garantir aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”; na Constituição da República Portuguesa expressa-se claramente que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. As bases dos direitos fundamentais estão estabelecidas como preceitos constitucionais porque são essenciais para todos os humanos.

As positivamente alhures formam princípios imperativos à valorização e ao respeito dos cidadãos. Os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos de liberdade, refutam ações antidemocráticas repressoras ao seu exercício, a partir de garantias de organização e de processos erigidos sobre a transparência democrática (Canotilho, 2003:291).

Os direitos fundamentais, em razão de alguns preceitos constitucionais, não estão conferidos como categorias jurídicas de direitos subjetivos, mas sim regras e princípios com a finalidade de “garantir os direitos individuais ou a definir o seu regime jurídico” (Andrade, 2012:107). Os direitos fundamentais constitucionais, para além de serem direitos subjetivos, incluem outras normas destinadas a garantir tais direitos, configurando uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Considerando por um lado que esses direitos, de acordo com os preceitos constitucionais, têm espaços normativos determinados que consagram direitos específicos além da relação jurídica indivíduo-Estado (dimensão

²⁷ A democracia instalou-se no Ocidente e quase todos os países podem assim considerar-se, desde que apresentem alguns pontos mínimos comuns, e apesar das diferenças entre eles, incorpora valores e resultados como elementos firmadores do sentido de democracia. A democracia converteu-se em princípio fundamental de legitimação política. A democracia participativa é um ramo do pensamento político resultante do desenvolvimento das forças políticas de esquerda surgidas nos anos 60, fruto da insatisfação e tem inspiração nas ideias de Rousseau e outras teorias ditas libertárias. (Barragán;Romero; Sans, 2011:236-237)

objetiva dos direitos fundamentais) que irradiam para toda a ordem jurídica (Andrade, 2012:109). O direito à liberdade de dimensão subjetiva, por exemplo, irradia para outros direitos de dimensão objetiva como o direito fundamental à participação do cidadão no controle das contratações públicas.

Independentemente de tais dimensões os direitos fundamentais devem ser percebidos como requisitos jurídicos indispensáveis à dignidade e à liberdade da pessoa humana, tanto para o indivíduo como para a comunidade, pois esta é livre se seus membros assim forem (Andrade, 2012:108-109). Um dos requisitos da liberdade expressa-se na garantia de falar, ver e ouvir sobre contratações públicas, com o objetivo de garantir o interesse público e, conseqüentemente, a execução contratual.

O direito à liberdade²⁸, raiz do direito à participação, está na relação dos direitos subjetivos que encontram amparo nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, expresso em regras e princípios constitucionais e infra-constitucionais. As regras e princípios jurídicos norteadores do controle das contratações públicas fundamentam a participação do cidadão, que apesar de detentor de garantias jurídicas, nem sempre encontra o espaço público favorável. O tempo do direito nem sempre acompanha o tempo de sua efetividade originada ou não da participação popular.

Segundo Andrade (2012:255), os direitos fundamentais moldaram-se de acordo com as necessidades e exigências sociais e políticas que impulsionaram novas formas de defesa da dignidade da pessoa humana, mas o sentido libertador deve continuar a ser a sua matriz porque “a liberdade não foi ultrapassada pela socialidade, o liberalismo é que foi posto em causa pela socialização”. Os direitos fundamentais são dinâmicos e adequam-se às mudanças nem sempre realizadas na velocidade necessária, mas certo é que não devem perder a origem libertadora.

As ideias mudam tal como o direito, mas não se deve perder de vista que *la metamorfosis de la idea de libertad conduce de la idea a la realidade de la democracia*²⁹. O processo de democratização política fez sobressair garantias de igualdade no contexto das relações entre os membros da sociedade e o Estado, produzindo um conjunto de

²⁸ Nesse sentido cabe entender a liberdade como um direito-matriz que abarca outros direitos relacionados com a liberdade de ação. Para Silva (2009:235) trata-se de “liberdades” por constituir a liberdade-matriz ou liberdade-base relativa a liberdade de ação, a liberdade geral de atuar.

²⁹ Tradução da autora: “A metamorfose da ideia de liberdade conduz a ideia a realidade da democracia” (Kelsen, 2002:19).

direitos políticos necessários ao funcionamento do sistema democrático, como o direito de participação, manifestação da dignidade de todos os cidadão (Andrade, 2012:54). As primeiras figuras ligadas ao direito ao voto, ampliaram-se, e hoje um outro requisito de inegável importância democrática é o direito ao controle das contratações públicas, que apesar de positivado, conforme será demonstrado adiante, carece ainda de muito nos sentidos formal e prático.

Não é clássico o entendimento do direito de participação na AP como um direito fundamental, mas as alterações na ordem jurídica, fruto do processo de democratização, moldaram novos perfis subjetivo e prático dos ordenamentos jurídicos dos países ora em análise (e. g., art. 9º/c da CRP e art. 37, §3º da CRFB). A expansão do direito e, conseqüentemente, da cidadania, é observada por Marshall conforme comentam Kymlicka e Norman (2006:2) “[...] *with the expansion of the rights of citizenship, [...], there was also an expansion of the class of citizens*”³⁰. Com essa expansão surgem novos mecanismos de intervenção jurídica do cidadão, a exemplo do mandado de segurança, ação popular, reclamações administrativas, através de órgãos de controle, e consagram-se novos atores sociais (cidadãos participativos) também surgidos desse mesmo processo.

O direito absorve mudanças inevitáveis introduzidas pelas constantes renovações legislativas. Muitas reformas de Estado foram feitas e continuarão, mas não se pode olvidar a urgente necessidade de reforma do exercício da cidadania para alargar a participação dos cidadãos e contribuir, de forma preventiva ou corrente, no combate aos desvios de finalidade do Estado que prejudiquem ou suprimam o interesse público. É o tempo da participação direta do cidadão e não somente da participação pela ação dos parlamentares ou agentes públicos. Aquela deve intensificar-se, especialmente no âmbito das contratações públicas por interferir diretamente no bem estar da sociedade.

O padrão democrático pode ser constatado sobre dois prismas: o teórico e o prático; aquele, onde está o ordenamento jurídico, oferece aos cidadãos (individual e coletivo), além de obrigações, direitos que concedem os instrumentos necessários à promoção das ações (a prática). A teoria e a prática evoluem como reflexo do avanço democrático nem sempre na mesma velocidade, e ampliam-se nesse processo as possibilidades ou fortalecem-se as garantias existentes. A AP deve construir políticas

³⁰ Tradução da autora: “[...] com a expansão dos direitos de cidadania, [...], existiu também uma expansão da classe de cidadãos” (Kymlicka e Norman, 2006:2).

públicas a partir da participação popular, (Alves, 2013:204) apesar da presença do “ceticismo” na instituição de novas iniciativas, principalmente entre os marginalizados, em face da contradição entre o discurso da participação e a prática.

Santos (2009b:541) ao abordar sobre as legitimidades rivais do orçamento participativo em Porto Alegre – Brasil, afirma que a democracia representativa não existe sem a democracia participativa; certos processos democráticos complexos exigem a criação de instâncias de delegação e representação; o OP, por exemplo, articula-se quase sempre com a representação parlamentar e instituições da democracia representativa comunitária que por vezes entram em conflito.

O orçamento participativo, é um exemplo de concretização do direito fundamental à participação, com dimensão objetiva, expressão de liberdade dos cidadãos indicarem a melhor forma de definir e controlar o orçamento público. É um modelo de participação que confirma a dinâmica dos direitos fundamentais, ampliando seu cânone jurídico no contexto da democracia participativa³¹.

A AP e os demais poderes estão sujeitos a falhar e não estão constituídos para “alimentar interesses alheios aos interesses dos particulares” (Soares, 1992:203). E se os atos praticados não traduzirem a vontade popular (dos particulares), falha o Estado ao descumprir o princípio a soberania popular, um de seus fundamentos firmado na CRP (art. 1º) e na CRFB (art. 1º, parágrafo único). A vontade popular é fundamento da ação do Estado e também o fundamento da sua organização e legitimação (Canotilho e Moreira, 2007:200). A atuação direta e vigilante do cidadão, de modo a contactá-lo mais de perto com a administração pública firma o direito fundamental a participação, confirmando, na prática, (Canotilho e Moreira, 2014:37) “uma clara evolução da compreensão do cidadão democrático”.

³¹ *La democracia que se quiere hoy, y que se hace necesaria , no cabe en el ejercicio del voto cadados años. Y no se trata sólo de ser incluido o ser beneficiario de las acciones y programas de gobierno, trátase de formar parte de la decisión sobre la ciudad que se quiere, sobre el tipo de desarrollo que se quiere y, consecuentemente, sobre las acciones y políticas públicas que el gobierno deberá realizar* (Morais, 2011:48). A evolução jurídico teórica dos direitos fundamentais não pára; é irrefutável e incorpora valores de uma democracia além do voto. O cidadão, paulatinamente, ora contrói espaços, ora ocupa os espaços já existentes para exercerem a democracia participativa, no contexto da chamada “pos-democracia” definida pelo sociólogo inglês Colin Crouch (2004, *apud* Barragán, 2011:241).

1.2 O Direito à Participação: um direito fundamental

Os direitos fundamentais, conforme visto, estão presentes nas Cartas Constitucionais expressa ou implicitamente, e incluem o direito à participação do cidadão na AP, em sua ampla acepção, como um direito fundamental de raiz democrática. Em palavras conclusivas de J. J. Gomes Canotilho (2003:290) “tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”, porque apresenta-se de diversas formas, entre elas, na concretização do direito à participação.

O catálogo de direitos fundamentais não se restringe a direitos subjetivos, depende de interpretação do direito positivo. Não se definem somente as normas que conferem direitos subjetivos como normas de direitos fundamentais. O conceito de norma de direito fundamental é um conceito muito mais amplo que o de direito fundamental em si (Alexy, 1993:48).

O direito à participação na administração pública pode ser entendido como uma norma de direito fundamental porque, além de ser um direito fundamental propriamente dito, conduz à preservação de múltiplos direitos fundamentais em determinadas situações. As características específicas dos direitos fundamentais internacionais exprimem “o denominador comum de sensibilidades bastante diversas, próprias de países com diferenças, por vezes radicais, de organização política, de estrutura social e econômica, de tradição religiosa e cultural” (Andrade, 2012:349). São características inculcadas no ordenamento jurídico de acordo com valores sociais e políticos, que incidem na interpretação dos direitos fundamentais.

O direito à participação, exercício de cidadania, está presente em diversas constituições, a exemplo das do Brasil e de Portugal, enquanto sinônimo de democracia participativa, que se inserem no campo do valor fundamental da dignidade da pessoa humana³². É um preceito jurídico positivado, e representa “[...] uma ordem de valores cultural e não uma ordem de valores natural” (Andrade; 20012:105-106). Os princípios,

³²Cfr. J. J. Gomes Canotilho sobre o sentido de dignidade da pessoa humana, In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., p. 225-226, 2003. Ver também p. 96 e ss em artigo de NUNES, Jorge Amaury Maia. *Princípios Constitucionais: interpretação visando à efetividade dos direitos fundamentais*. Direito Público, Porto Alegre, ano 5, nº 19, pp. 94-112, jan./fev. 2008.

espinha dorsal da constituição brasileira, presentes em todo o texto, têm no princípio da dignidade da pessoa humana o seu maior ordenador do complexo jurídico nacional e a democracia participativa um reforço contra a meramente representativa (Nalini, 2010:113).

A participação do cidadão na administração pública é um tipo de cidadania política importante na preservação de direitos sociais, que para serem concretizados dependem muitas vezes de contratações públicas, nem sempre satisfatórias no cumprimento do interesse público. Essa realidade atroz exige um ativismo social em contraposição à apatia, mesmo a passageira, presente em algumas sociedades.

Kymlicka e Norman (2006) ao comentarem a teoria de Marshall, ressaltam que a verdadeira expressão de cidadania exige um Estado de bem estar democrático liberal que garanta direitos civis, políticos e sociais para todos, e possibilite cada membro sentir-se completo, capaz de participar e vivenciar a vida comum da sociedade, sem que esses direitos sejam desrespeitados de modo a não marginalizarem e incapacitarem a participação³³ (Kymlicka e Norman, 2006:3, trad. da autora).

Um indivíduo sem direito à cidadania não tem liberdade, e sem ela não tem dignidade respeitada. Andrade (2012:108), ao comentar o entendimento apresentado por V. K. Hesse (1995:134), esclarece que hodiernamente os direitos fundamentais são a base para o alcance de uma vida livre e digna que reflète também na comunidade, porque *a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos* [...].

O direito à participação popular na atividade estatal, em suas diversas formas positivadas e outras ainda por serem, integra o catálogo de direitos fundamentais, e representa direito à liberdade, consagrando uma nova era de direitos fundamentais não restritos aos direitos naturais de outrora. O atual catálogo de direitos fundamentais, quer os inerentes ao direito à liberdade, dirigidos especialmente às minorias (religiosas, ráticas...), ou mesmo os sociais (direitos ao trabalho, à educação...) “não definem um homem abstrato, ‘natural’, intemporal, fora da História, mas pelo contrário, a um homem ‘concreto’, situado na sua circunstância social, portador de interesses atuais em sociedades

³³ “For Marshall, the fullest expression of citizenship requires a liberal democratic welfare state. By guaranteeing civil, political, and social rights to all, the welfare state ensures that every member of society feels like a full member of society, able to participate in and enjoy the common life of society. Where any of these rights are withheld or violated, people will be marginalized and unable to participate” (Kymlicka e Norman, 2006:3).

abertas” (Andrade, 2012:34), e que vem ocupando cada vez mais os espaços democráticos em sua defesa.

A incidência do direito fundamental à participação popular sobre outros direitos fundamentais (regras), o destaca como espécie normativa na categoria de princípio, tal sua abrangência, considerando que (Ávila, 2014:55) o critério distintivo dos princípios em relação às regras reside na “função de fundamento normativo para a tomada de decisão”.

O direito subjetivo à participação do cidadão (individual ou coletivo) na AP, expressa-se nas Constituições do Brasil e de Portugal e em normas infra-constitucionais traduzidas em garantias objetivas, uma delas, o controle dos atos praticados nos procedimentos de contratação pública desde a confecção do edital de convocação até ao fim da execução contratual. Afinal, a participação popular não é apenas fundamento da ação do Estado, mas de sua própria organização e legitimação (Canotilho e Vital Moreira (2007:200), razão que impõe-lhe o dever de empenhar-se na abertura de espaços democráticos para aproximar cada vez mais o cidadão, com o fim de fazê-lo parceiro na busca de uma gestão pública satisfatória e não afastá-lo porque pode ser um “fiscal” de suas atividades.

Apesar de o Estado figurar por vezes como controlado não o desobriga a viabilizar a participação popular por ser um princípio fundamental democrático ao qual está submisso, assumindo a posição de responsável em viabilizar os mecanismos necessários a sua efetivação³⁴. O Estado, ressalte-se, também cumpre funções de controlador quando os órgãos da estrutura estatal atuam com essa finalidade, de acordo com as previsões legais³⁵. Importante frisar que a ideia hodierna de legalidade tem sido

³⁴ Nesse sentido: “É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.” (Sem grifo no original. STF, RE 598.099/MS, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf>, acesso em 08.07.15).

³⁵ A submissão ao princípio da legalidade impõe limites à atuação do Estado. Nesse sentido vide, e.g.: Moraes, 2006:100; Gasparine, 2012:1038 e ss; Soares, 1982:3 e ss; Andrade, 2012:324; Guimarães, 2002:49; Andrade, 2014:99; Justen Filho, 2014:83; Di Pietro, 2001:297; Canotilho, 2003:714; Silva, 2009:420; Meirelles, 1998:85.

ampliada à verificação do atendimento do interesse público e não meramente o cumprimento da lei.

O controle dos atos deve ocorrer dentro da própria AP (auto-controle) e de fora para dentro, especialmente o social, promovendo-se assim um equilíbrio entre os poderes e interesses circulantes. Para Soares (1992:2002), uma das formas de resolver as tensões estatais relativas a prestação de seus serviços aos particulares reside no aumento da qualidade do controle da fiscalização sobre os atos empreendidos.

O princípio democrático da participação popular no controle das contratações públicas está em uma das matrizes dos direitos fundamentais de quarta geração, e como norma-princípio, concretiza-se em regras (direitos e deveres). As consequências normativas diretas, conforme afirma Ávila (2014:57), são determinadas pelas regras, e não pelos princípios; as regras são mesmo a aplicação concreta dos princípios, estes, na verdade, contribuem na dimensão de peso.

Regras e princípios do controle das contratações públicas estão positivados nos ordenamentos jurídicos em análise (detalhados adiante) que comprovam a presença de um conjunto de tutelas que expressam o princípio da soberania popular. Lembre-se que os direitos fundamentais formam um conjunto de direitos de defesa e de prestações “autonomizados em virtude da sua função de garantia da participação individual na vida política, mais concretamente, na formação da vontade política da comunidade” (Andrade, 2006:178-179), especialmente quando a soberania popular encontra espaço para ser concretizada e “esperanças” de expansão.

A participação dos cidadãos é uma das formas de defesa dos valores e objetivos colimados nos procedimentos de contratação pública, funcionando como um dos requisitos imprescindíveis às garantias implícitas nos princípios jurídicos enquanto fins do Estado. Esses fins podem envolver a concretização de um direito fundamental, v.g., a contratação de um serviço de engenharia para construção de um hospital público, unidade administrativa encarregada de tratar humanos enfermos; ou para a construção de uma escola pública de ensino fundamental, com professores capacitados e uma estrutura material qualificada; traduzem situações de obrigações estatais na preservação da vida e na oferta de uma educação básica universal e qualificada.

Em pleno século XXI, há mais de dois séculos da proclamação dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que confirmou “[...] a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem como causa das desgraças públicas e da corrupção dos Governos [...]” notam-se ainda as mesmas mazelas em muitos países democráticos; a corrupção, uma delas, continua a ser um dos fatores preocupantes e prejudiciais aos direitos fundamentais, principalmente por agredir frontalmente a dignidade humana de um povo diante dos dissabores de uma realidade ainda marcada por desigualdades sociais³⁶! A participação do cidadão representa, nesse contexto, um recurso favorável no controle, interferência e fiscalização das atividades estatais, incluindo às de contratação pública.

Há muito por ser democratizado no âmbito dos direitos e garantias democráticas, e a ausência de uma realidade verdadeiramente democrática que preserve e se efetive os direitos fundamentais exige a presença de um cidadão mais participativo, um potencial negociador, sem dúvida é um recurso de pressão política sobre o Estado no cumprimento das responsabilidades constitucionais³⁷.

Convém salientar que as garantias democráticas capazes de proporcionar maior bem estar a sociedade, não são igualmente constatadas em todos os países, que de início, utilizam critérios diferenciados, a exemplo do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) com o objetivo de apurar o grau de desenvolvimento de uma determinada sociedade³⁸. Mas ao final, o que vale mesmo é a realidade que se percebe “a olhos vistos”. É possível afirmar que uma sociedade onde todos têm trabalho e salário dignos; serviços de saúde e

³⁶ Para Canotilho (2003:225) a dignidade humana está ligada ao reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República, que serve o homem, e não o inverso se concebido enquanto cidadão; é o sentido *homo noumenon*. Cfr. em Andrade (2012:256) a dignidade humana como conteúdo do direito.

³⁷ Se a participação do cidadão inspira o cumprimento das determinações legais das contratações públicas, pode-se ampliar essa contribuição para proporcionar mais segurança jurídica, quando se observa uma “[...] sensação de insegurança jurídica no Brasil e em outros países[...]”.Capez e Capez (2010:41); Cfr. sobre o assunto em Santos: 2009b:77 e ss.

³⁸ Medir tecnicamente o desenvolvimento humano pode gerar controvérsias. Nesse sentido: “Seria possível medir o progresso? O crescimento econômico é geralmente medido adotando-se como parâmetro o aumento da renda per capita, mas mesmo essa medida costuma ser contestada. O que dizer de medir o desenvolvimento humano? Reconhecendo as limitações dessa medida, as Nações Unidas, com a participação de Amartya Sen, desenvolveram há algum tempo o conceito de “desenvolvimento humano”, que mede o progresso adotando dois parâmetros sociais além do crescimento da renda per capita: a expectativa de vida e a educação. Mas, como era previsível, dado o estreito relacionamento entre as três instâncias da sociedade, as três variáveis mostraram-se fortemente correlacionadas – o que significa que o índice das Nações Unidas não é uma verdadeira medida do desenvolvimento humano ou do progresso – o que, porém, não lhe tira seu grande valor.” Bresser-Pereira, 2014:14.

educação qualificados e acessíveis a todos; onde as pessoas residem em moradias adequadas; em que o lazer, as artes e a cultura são gratuitas ou economicamente pagáveis, representam uma realidade almejada? Mesmo considerando as diferenças de satisfação, características de uma sociedade capitalista complexa, elas não podem ser tão acentuadas ao ponto de permitir a coexistência de pessoas sem nada ou quase nada e outras com tudo ou quase tudo. Os princípios englobam os valores de uma sociedade e a dignidade da pessoa humana é o mais abrangente porque incide em muitos outros, e portanto o direito deve ser interpretado a partir deles, inclusive para bem conduzir as contratações públicas porque “[...] *los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí* [...]” (Alexy, 1993:138).

A Constituição enquanto principal norma de um ordenamento jurídico representa “o consenso social sobre os valores básicos” (Bonavides, 2012:301), e os princípios reflexos desses valores devem funcionar como critério balizador de todo o sistema normativo, mas infelizmente nem sempre isso acontece. No caso do Brasil e de Portugal, por exemplo, a divisão da riqueza é bastante desigual, mas ser rico é um direito, e ser pobre não é uma opção (em tese). Pertencer ao grande grupo dos “pobres” não condiz com os direitos consagrados nas constituições (moradia, saúde, educação, trabalho...). Seria fruto de inadequação do direito? Isso tem algo a ver com a (im)possibilidade de controle das contratações públicas? Percebe-se uma limitação da regulação jurídica, em face da própria política jurídica embutida, que cria discrepância entre a lógica interna e a autoprodução do direito (Santos, 2002:147). *La relación entre el papel del Estado y su administración y los derechos fundamentales, permite distinguir entre éstos, según la índole de la actividad del Estado*³⁹: os que adotam medidas necessárias à ordem social e os que não são somente produtores de serviços de segurança pública, mas aparecem como conformadores da ordem social. Não substituem os indivíduos e grupos sociais que podem exercer o controle e exigir a responsabilidade das autoridades do Estado, expressão de liberdade (Tornaría, 2006:1593-1594).

O grande desafio atual é fazer o direito mais efetivo, real, prático, e a cidadania mostra-se nos países emergentes ou mesmo nos ditos países de Primeiro Mundo como um recurso imprescindível. É salutar compreender que a construção do direito estatal é

³⁹ Tradução própria: “A relação entre o papel do Estado e sua administração e os direitos fundamentais, permite distinguir entre eles, segundo a índole da atividade do Estado” (Tornaría, 2006:1593).

realizada pelo poder hegemônico, que prepondera no processo legislativo e pós publicação das leis (na aplicação das garantias positivadas)⁴⁰.

A aplicação do direito estatal, mesmo quando carregado de interesses hegemônicos contraditórios aos interesses sustentáveis da sociedade, trazem, “a duras penas”, garantias democráticas conquistadas pelos movimentos sociais, mas que precisam ser “mobilizadas” para saírem de suas condições estáticas, afinal “uma política de direitos forte é uma política de caráter dual, assente na gestão dual de ferramentas jurídicas e políticas sob a égide destas últimas” (Santos, 2003:37), e deve prevalecer a política legitimada nos interesses da coletividade. “O grande problema dos nossos dias consiste na eficácia dos direitos constitucionalmente declarados (Barros, 2005:260)⁴¹”, e os cidadãos podem exercer importante papel nessa tarefa. A realidade da efetividade dos direitos positivados é citada por Neto (2005:342) ao historicizar o constitucionalismo, e conclui que “a precariedade das Cartas tem resultado muito mais de sua *inefetividade* que de qualquer outro motivo, dos tantos que se lhes possam ser apontados”(Neto, 2005:342).

A mobilização política para validação do direito estatal ainda é necessária, e entre as formas de mobilização está a participação do cidadão na administração pública. Segundo Santos (2003), a luta pelo direito é uma das formas, mesmo que paradoxal, de mostrar uma atitude de desafio pelo direito e pelos direitos, e essa luta pode exigir mobilizações políticas mais tensas como greves, passeatas, etc., para validar ou invalidar a “legalidade cosmopolita” (Santos, 2003:37).

A responsabilidade de o Estado efetivar as garantias positivadas, direcionadas para o alcance do interesse público, exige a realização de diversos atos administrativos⁴²

⁴⁰ Que política é absorvida do processo legislativo?! Discorre Costa sobre o Congresso Nacional Brasileiro: “De outro lado vegeta o Congresso Nacional desaparelhado para legislar. Em verdade sequer ‘consegue’ legislar, por seu tamanho, diversidade e clientelismo, permitindo que o executivo assumia a sua tarefa legislativa, aceitando negociar aqui e ali alguns tópicos, aliás, barganhados antecipadamente por quem pede mais para deixar por menos.” COSTA, Carlos Celso Orcesi da. (2005) *Direitos fundamentais e declínio do direito: do primeiro ao último direito*. In: Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. Coord. Carlos Mário da Silva Velloso et al. São Paulo: Lex Editora, p. 230.

⁴¹Convém observar: A separação entre o legislativo e o executivo se justifica para a defesa da comunidade de homens livres e o legislativo, detentor do poder de fazer as leis, representa a comunidade. Estas leis não estão adstritas a regular as relações entre os cidadãos, além disso, impõe obediência à Administração que está “impedida de agredir a sociedade civil [...]”. Soares, Ehrardt Rogério.(1982) *Princípio da legalidade e administração constitutiva*. Separata do vol. LVII (1981) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 5.

⁴² “O ato administrativo é praticado pelos agentes públicos, no exercício da competência atribuída aos órgãos, aos entes ou às entidades públicas. As empresas privadas que se tornam concessionárias ou

fundamentados, especialmente, nos princípios gerais da administração pública⁴³, e devem ser nulos (os atos administrativos) quando não atenderem às pretensões do interesse coletivo, e alterar a finalidade precípua do Estado (o interesse público), que caracterizam desvio de poder (Meirelles, 1998:134). Desprezar os princípios, sustentáculos da atividade pública, significa “desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a guarda e zelo dos interesses sociais” (Meirelles, 1998:85).

A cidadania é requisito social e político para salvaguardar os direitos fundamentais, considerando que os cidadãos são seus titulares e devem exigir do Estado e dos concidadãos respeito absoluto, e o “descuido ou o desprezo a eles pode ser a causa de desgraças públicas e de corrupção⁴⁴” emanadas das ações de governo. O poder político do governo é constituído, legitimado e controlado por cidadãos, “igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo” (Canotilho, 2003:290), direito democrático de grande relevância. “A democracia é, no sentido constitucional, democratização da democracia” (Canotilho, 2003:290).

O direito ao controle das contratações públicas pode ser entendido como um direito fundamental a partir das premissas alhures? A concretização de direitos fundamentais pode exigir o empenho dos cidadãos (interferência) sobre atos de procedimento de contratação; se o controle das contratações públicas pelo cidadão é uma forma de efetivação do direito à participação, configura-se portanto num direito fundamental de quarta geração. A participação democrática é um “[...] verdadeiro corolário dos direitos fundamentais e do conceito de dignidade da pessoa humana [...]” (Pujol, 2013:341), que se traduz num direito de base democrática inconfundível. É salutar perceber-se a cidadania não pelo seu aspecto formal simplesmente, mas como um modo de usufruir e cumprir garantias democráticas e fundamentais positivadas, traduzida numa cidadania ativa, direta, ou seja, não delegada a políticos eleitos.

peermissinárias não pertencem ao conceito de Administração Pública em sentido formal, porém também desempenham funções de Estado, e seus trabalhadores podem ser considerados agentes públicos [...]”. Zimmer Júnior, Aloísio. (2009) *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método.

⁴³ Os princípios gerais da Administração Pública do Brasil são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. (*caput* do art. 37 da CRFB). Os da Administração Pública em Portugal são os da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

⁴⁴ Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em www.pfdc.pgr.mpf.mp.br Acesso em 13.01.2013.

O princípio da participação popular é um dos componentes da “espinha dorsal” do direito constitucional democrático. Os princípios, *espinha dorsal* da constituição brasileira, estão distribuídos por todo seu texto, e têm no princípio da dignidade da pessoa humana o seu maior ordenador do complexo jurídico nacional e no da democracia participativa o reforço contra a meramente representativa (Nalini, 2010:113). Importante é considerar os cidadãos, pessoas humanas, o centro do Estado de Direito, cujo regime jurídico reconheça direitos fundamentais respeitados e imponha sua observância ao Estado e determine os meios procedimentais de garantia (Tornaría, 2006:1587).

É cediço o alto grau de interferência dos princípios na consecução dos direitos fundamentais, e quando positivados convertem-se numa ordem jurídica impositiva e impessoal. Quando o direito de o cidadão exercer o controle das contratações públicas integra essa ordem jurídica, (Rothenburg, 2013:12) configura-se a democracia convertida em direito fundamental e passa a integrar o Estado de direito democrático e social.

A mobilização política ainda é necessária para validar o direito estatal, e a luta pelo direito, de certo modo paradoxal, é uma das formas de mostrar uma atitude de desafio pelo direito e pelos direitos, e essa luta pode exigir mobilizações políticas mais tensas como greves, passeatas, etc., para validar ou invalidar a “legalidade cosmopolita” (Santos, 2003:37). O direito por si só não tem conseguido ser “emancipatório”, é preciso mais, é preciso o cidadão participar da administração pública, interferir, controlar, fiscalizar para evitar os riscos de excesso também presentes nos procedimentos de contratação pública.

Aproveitando as brilhantes palavras de Luís Filipe Colaço Antunes (2008:149) “[...] diríamos que a participação dos interessados no procedimento administrativo se está convertendo numa espécie de direito fundamental universal”, especialmente no procedimento administrativo de contratação pública, por ser um meio de alcance do interesse público.

Os princípios relacionam-se entre si, mas alguns incidem mais que outros conforme a matéria, no caso da participação popular do cidadão no controle das contratações públicas, os principais da legalidade e da publicidade apresentam um alto grau de interferência na concretização desse direito.

1.3 Conclusão do Capítulo 1

1 - Quando a Administração Pública viola direitos fundamentais, seja por ação ou omissão, desrespeita a sociedade e o Estado de Direito. A sociedade tem nos cânones constitucionais as garantias jurídicas para usufruir tais direitos, nem sempre realizáveis, distorção que exige a participação mais ativa do cidadão na defesa do direito a ter direitos e de vivenciar na prática as tutelas constitucionais⁴⁵.

2 - O direito de participação, direito fundamental de 4ª geração, incide sobre outros direitos fundamentais, muitos deles interligados à dignidade da pessoa humana, como o direito à saúde, à educação, à segurança pública, etc, na medida que surge como meio de proteção desses direitos.

3 - A participação popular como mecanismo de controle da administração pública é uma garantia constitucional que está a ser intensificada para fortalecer a democracia e dirimir os problemas de muitas das sociedades complexas, prova disto é a evolução das experiências de OP em Portugal e no Brasil que podem exemplo para motivar outras experiências de participação direta do cidadão em decisões antes dedicadas aos tecnocratas e políticos.

4 - Novas iniciativas legislativas, independentemente da origem, popular ou parlamentar, são necessárias para tornar mais realidade o que hoje é mais teoria “o direito fundamental de participação popular”, principalmente quando o assunto relaciona-se com o controle das contratações públicas pelos cidadãos; primeiro por ser um direito fundamental democrático; segundo por ser um meio (preventivo ou corretivo) de proteção da sociedade contra as incoerências e ilegalidades, enfim, contra os excessos.

5 - A atual realidade de Portugal e Brasil concernente ao direito de participação política dos cidadãos precisa avançar para além da forma de representação parlamentar que exige intensificar-se a participação direta. O alcance desse feito exige o empenho do Estado no cumprimento de suas responsabilidades democráticas, e assim consolidar os

⁴⁵ “O sistema político é capaz de produzir uma legalidade abrangente das diversas gerações de direitos – civis, políticos e sociais. Entretanto, nem se submete a essa legalidade e nem tem força para fazer o Estado presente na implementação eficaz desses direitos. A sociedade, de outro lado, com capacidade para ver suas demandas em leis – quando não em normas constitucionais - não tem suficiente poderio de organização e de conflito para exigir a submissão do governo à legalidade e muito menos para usufruir diretamente esses direitos.” Campilongo, Celso Fernandes. (2000) *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, pp 57-58.

espaços públicos com o objetivo de permitir a participação popular, que conta com a contribuição das organizações sociais e civis⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. Bobbio, Norberto. (2000) *O futuro da democracia*. São paulo: Paz e Terra, p. 67. É salutar transcrever o relato de Santos e Avritzer sobre a origem das mudanças democráticas: “Tanto na Índia quanto no Brasil as experiências mais significativas de mudança na forma da democracia têm sua origem em movimentos sociais que questionam as práticas sociais de exclusão através de ações que geram novas normas e novas formas de controle do governo pelos cidadãos”. Santos, Boaventura de Sousa; Avritzer, Leonardo. (2009b) *Introdução: para ampliar o cânone democrático*, in: Democratizar a Democracia, Rio de Janeiro, p. 69. Em complemento... pode-se dizer que a integração democrática, ou seja, a junção de movimentos capazes de democratizar a “velha” democracia incide com força sobre várias áreas. Em palavras de Toraine (1996), “este movimento geral de recomposição do mundo, de que a democracia é a expressão política, atinge todos os domínios da vida social: econômico, cultural e nacional.” Touraine, Alain. (1996) *O que é democracia?* trad. Fernando Tomaz, Lisboa: Instituto Piaget, p. 200.

CAPÍTULO 2

OS PRINCÍPIOS DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Considerações Iniciais

Os princípios formam a base do ordenamento jurídico e têm a função de auxiliar na concreta aplicação do direito e sua interpretação, seja para nortear uma adequada resolução de conflitos, dirigir toda a atividade da administração pública em favor da coletividade. Enfim, pode-se dizer que os princípios são fundamentos vinculantes das condutas⁴⁷. Se os princípios devem funcionar para a Administração Pública na execução das ações em prol do interesse público como o farol que guia os navios ao destino, livrando-os de riscos, descumpri-los é agir contra a própria sociedade, pondo-a em risco. Peço licença para destacar oportunas palavras do ilustre jurista Celso Antônio Bandeira de Mello quanto ao valor dos princípios.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da sua estrutura mestra (Mello, 2004:842). Sem grifo no original.

A grave ilegalidade se configura quando qualquer princípio é refutado, e por esta razão, a observância da legalidade é adiante abordada enquanto um dos requisitos favoráveis ao controle das contratações públicas.

J. J. Gomes Canotilho (2008) apresenta uma análise da concretização dos princípios jurídicos constitucionais em *respostas estruturantes sob a forma de passos*: considerando-os recursos do direito ou mesmo o próprio direito:

- a) O primeiro passo expõe entendimento de Walter Jellinek abordado em artigo de Hans Julius Wolff (1965:34) que atribuiu aos princípios jurídicos gerais

⁴⁷Os conflitos, muitos deles ocasionados pela busca da felicidade podem ser contidos internamente pela própria sociedade, quando não, o Estado surge para conter os “entusiasmos”. SOARES, Ehrardt Rogério.(1982) *Princípio da legalidade e administração constitutiva*. Separata do vol. LVII (1981) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 4.

(*Rechtsgrundsätze*) o caráter de norma fundamental (*Fundamentalnormen*) de direito não escrito, parte integrante do direito positivo. Apesar das normas fundamentais expressarem a ideia de direito, não tinham aplicação imediata e não eram consideradas como regras jurídicas, mas era possível a derivação de regras jurídicas das normas fundamentais, o que poderia exigir “uma ponderação geral de interesses”, tarefa atribuída ao legislador; “os princípios jurídicos, na qualidade de fontes de direito, são normas jurídicas fundamentais que resultam da aplicação” (Neves, 2003, citado por Canotilho, op. Cit. P. 382).

b) O segundo passo está relacionado ao princípio e à norma na formação da jurisprudência com base nos ensinamentos de Castanheira Neves (1967) que aponta sobre a importância de se fornecer aos princípios a devida importância na aplicação concreta do direito. “A aplicação concreta de princípios confronta-nos com uma essencial *indeterminação normativa* que não podia dispensar uma mediação concretizadora” (Neves, 2003, citado por Canotilho, 2008:383).

c) O terceiro passo, as funções *jurídico-práticas na realização/concreção do direito*, segundo Canotilho (2008), baseado nas referências de Castanheira Neves sobre a obra de Engisch (*La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales, Pamplona, 1968*), presumem *uma estrutura processual de realização de direito ancorada em três dimensões materialmente reconduzíveis a princípios, a normas legais e a decisões positivo-materiais. No “princípio” estavam os princípios, depois a lei materialmente concretizadora e positivamente vigente, e por último o direito concreto, ele também positivo-material, apto para resolver os problemas concretos da vida. A ideia de concretização apresentada na obra de Castanheira Neves é um marco jurídico e funciona como paradigma da nova compreensão metodológica, apesar de ainda mostrar-se confusa, (Canotilho, 2008:384).*

d) O quarto passo se detém à inovadora visão interpretativa da constituição de Konrad Hesse que não legitima a desvinculação normativa da atividade interpretativa, deve sim, ser conjugada *com a ideia de concretização como actividade normativamente vinculada*; alerta para a necessidade de se limitar o processo de concretização (método de interpretação) em razão da interpretação da constituição para obstar a criação de fontes do direito através do intérprete.

e) O quinto passo, ressalta características das teorias da concretização e da aplicação constitucional dos princípios, ambas assentadas *numa dogmática normativo-estrutural dos preceitos constitucionais* que, para exporem o sentido, aplicação e concretização exigem inicialmente um recorte do tipo de norma constitucional atribuída ao fato concreto; apresentam visão dupla do tipo normativa (ou são regras ou são princípios, ou são preceitos indeterminados ou princípios determinados), com metodologias diferentes de interpretação: *as regras interpretam-se e os princípios concretizam-se; as regras adaptam-se aos modelos tradicionais de interpretação; os princípios apontam para os modelos de concretização e de ponderação*⁴⁸. Entender e aplicar os princípios, diferentemente das regras, prende o intérprete à problemática política dos “valores” inevitavelmente presentes na concretização ou ponderação de princípios, Canotilho (2008:387).

É importante destacar algumas características das regras e dos princípios apresentadas por Canotilho (2003), sob o ponto de vista das normas: a) grau de abstração: os princípios possuem mais elevado grau de abstração que as regras; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios mostram-se mais vagos e indeterminados, enquanto as regras são passíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou de papel fundamental pela posição hierárquica no sistema das fontes ou pela função estruturante no sistema jurídico; d) proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes consolidados na “justiça” (Dworkin) ou mesmo na “ideia de direito” (Larenz), e as regras funcionam como normas vinculantes de conteúdo funcional; e) natureza normogênica: os princípios são fundamentos de regras jurídicas, ou seja, estão na base ou são a *ratio* de regras jurídicas.

As definições apontam entendimentos que se complementam e se refutam, mas todos elevam os princípios à condição de “[...] verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas”(Canotilho,

⁴⁸Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1985:71 ss *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes in *Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, 2008: 386-387.

2003:1161)⁴⁹. Os princípios podem ser plásticos, moldando-se ao caso concreto de acordo com os elementos fáticos envolvidos, ao contrário da regra que tem uma função relativamente engessada para regular as situações previstas no ordenamento jurídico, mas esse “engessamento” deve estar moldado nos valores condensados nos princípios. É salutar ressaltar que as regras não podem contrariar os princípios e não estes as regras, não há um vice-versa. Compreender tais considerações contribui para fundamentar o debate acerca da interferência dos princípios no campo da aplicação efetiva do direito, nesse caso, no controle das contratações públicas que têm na própria Constituição, tanto na de Portugal quanto na do Brasil, princípios que as fundamentam.

A importância dos princípios jurídicos enquanto função basilar da concretização (efetivação) do direito é, sem dúvida, imprescindível e, no âmbito do controle das contratações públicas, é de igual modo indispensável. Vale transcrever o conceito de princípio apresentado por Celso Antônio Bandeira de Melo (1980:230):

É o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]. (Mello: 1980:230):

Os princípios, como bem traduz a literalidade da palavra, são, segundo Bandeira de Melo (1980) o ponto de partida, o início para a compreensão de todas as demais normas de todo o sistema jurídico. Completa Viana (2010::305-306) que os princípios funcionam harmonicamente na concretização do direito, e a Administração vincula-se a eles de modo a traduzirem-se em *garante* da racionalidade, da eficiência e da eficácia das decisões administrativas.

A administração tem como base de sua atuação o cumprimento da lei (princípio da legalidade), ou seja, a observância dos atos e práticas gerais, do que é legal ou ilegal, não só, mas também do que é melhor ou pior (Antunes, 2008:150). Vale ressaltar a importância da eficiência e de tantos outros princípios nos procedimentos de contratação

⁴⁹Cfr., por ex., Dworkin, Robert. (2002) *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, pp. 35 e ss.

pública, especialmente por representar um dos meios de efetivação das necessidades sociais.

Dworkin (2005) emite perspicaz comentário acerca da manipulação das regras quando utilizadas para satisfação das estratégias e manobras dos advogados nos processos criminais, e ressalta a interferência dos valores políticos, que independentemente de quais sejam, estão formulados em regras vigentes, e portanto válidas, até serem revogadas, mesmo que representem um mero embuste (Dworkin, 2005:105 e ss). As regras podem redundar em incoerências pela manipulação recebida, podendo gerar injustiça, e por essa razão, a interpretação da regra à luz dos princípios pode ser um fator de redução dos erros na busca da eficiência considerando a satisfação de uma determinada sociedade, mesmo sem o alcance de sua totalidade.

*El Derecho es un sistema en sí mismo, pero un sistema dinámico y abierto. El ordenamiento jurídico no sólo goza de validez y eficacia formal, sino que persigue tener eficacia material, efectividad y eficiencia*⁵⁰, e essa eficiência é um grande desafio, não só como os operadores do direito a percebem, mas também para a Administração Pública que deve buscá-la e para a sociedade que deve exigí-la. O sentido de eficiência aqui adotado não deve ser remetido ao princípio da boa administração porque conduz a ponderações de difíceis delimitações, preferindo-se a ideia de interesse público atribuída na vontade da lei, porque a Administração é obrigada a cumpri-lo, mas esta obrigação exige ‘sensibilidade’ na execução da gestão pública nos limites do poder discricionário⁵¹. Não se deve perder de vista que a norma deve representar a vontade da coletividade o mais aproximado possível do real, apesar de o processo legislativo, conforme se destacou anteriormente, estar contaminado de valores políticos que nem sempre refletem essa vontade.⁵² O Estado deve exercer o papel de protetor, mas sob o controle dos protegidos.

⁵⁰ Tradução da autora: “O direito é um sistema em si mesmo, mas um sistema aberto. O ordenamento jurídico não só goza de validade e eficácia formal, persegue eficácia material, efetividade e eficiência” Calsamiglia, em VV.AA., 1989:142-146 *apud* Caballería, 2011:94.

⁵¹ Sobre o poder discricionário: os órgãos que dão execução às leis necessitam de um poder discricionário para enquadrá-las, de forma adequada, nas necessidades sociais, levando em consideração as diversidades, em face das constantes *mutações* (Santos, 2002:141).

⁵² “O interesse público é, assim, o elemento decisivo da vinculação administrativa. O interesse público específico recebido na norma e nela incorporado e não o interesse público geral”. Soares, Rogério Ehrhardt. (1955). *Interesse público, legalidade e mérito*. p. 120 e ss. Considera-se sobre interesse público, não o atribuído ao da “boa administração” e sim ao da eficiência: “[...] o princípio axiológico da boa administração é bastante relativo e incerto, uma vez que admite inúmeras interpretações dependendo de qual o significado que se atribui ao adjetivo ‘bom’. [...] Podemos dizer que boa Administração é aquela que supre todas as

No campo do Direito Administrativo, principalmente nos países onde ainda não se encontra codificado (formado por leis esparsas e não condensadas num código), os princípios são relevantes para auxiliarem a Administração Pública e o Judiciário na melhor aplicação do direito, estabelecendo o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e prerrogativas da Administração (Di Pietro, 2003:67). Para Robert Alexy (1993:86) os princípios são normas que coordenam algo com o objetivo de que seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Entre os vários princípios relacionados como cidadão e a Administração Pública no âmbito do controle, põe-se em destaque o princípio da participação popular. Este princípio não é visto como um princípio clássico da Administração Pública, mas na perspectiva da participação dos cidadãos, seja diretamente ou através de representantes (entidades representativas) é inseparável. Uma das formas de participação é o controle das contratações públicas realizado pelo cidadão individual ou coletivo (representado por organizações civis) com o objetivo de defender direitos fundamentais (e outros) supostamente envolvidos direta ou indiretamente no procedimento.

A participação pode ocorrer de várias formas, todas de igual modo importantes no processo de participação e de democratização da Administração Pública: o interesse de obter documentos ou informações; acompanhar os atos pertinentes ao procedimento, desde a abertura até a execução do contrato; questionar as ações, omissões ou desvios de legalidade pela Administração Pública, etc. Em tais situações podem ser utilizados os instrumentos jurídicos positivados (judiciais ou administrativos), como outras formas de interferência (passeatas, greves, discursos públicos, audiências públicas, etc.) legítimas, mas não abordadas no presente estudo.

Os princípios não estão na base da pirâmide, estão no topo, enquanto característica hierárquica de elevada importância, e nesta posição devem manter-se para eliminar, ou pelo menos dirimir o desequilíbrio no pilar da regulação provocado pelo

necessidades da população, independente do custo dispendido para isso ou, ao contrário, podemos dizer que boa é a administração que, mantendo para si apenas a prestação de alguns serviços que classificou como essenciais, atribuiu para particulares a prestação dos outros serviços mediante remuneração pelos usuários, numa evidente restrição de gastos públicos.” Dias, Jefferson Aparecido. (2004) *Princípio da eficiência & moralidade administrativa. A submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na constituição federal de 1988*. Curitiba: Juruá Editora. p. 86. Em simples palavras de Antunes (2001:15) “A razão de ser da Administração Pública e da sua organização prende-se inequivocadamente com a prossecução do interesse público, o que se manifesta e evidencia em diversificadas formas e modalidades de intervenção dos poderes públicos.

desenvolvimento atrofiado e globalizado *do princípio do mercado em detrimento do princípio do Estado e de ambos em detrimento do princípio da comunidade* (Santos, 1991:137). No campo das contratações públicas não é diferente, principalmente porque o fator econômico está abrangido e deve ser analisado conforme cada situação, pois o princípio consagra uma diretriz valorativa ponderada e adequada aos fatores envolvidos na situação concreta (Justen Filho, 2012:69).

Os principais elementos do contrato administrativo têm origem na França do início do século XX, e por certo tempo a capacidade de o Estado contratar suscitou alguns questionamentos entre estudiosos da época, que consideravam, entre outros aspectos, o ato administrativo como único propulsor da relação entre a Administração e o particular, entendimento já superado. A teoria do contrato administrativo passou a fundamentar as relações contratuais governamentais nos países ocidentais, exceto nos integrantes do sistema do *common law*. No processo evolutivo do contrato administrativo surgem novas figuras: na França *os contratos de programa*; na Itália *os acordos de programa* e o chamado contrato *global service*; no Brasil os consórcios públicos, a parceria público-privada, a expansão do contrato de gestão, o contrato de repasse, os mais recentes contratos de eficiência e o contrato de remuneração variável instituídos na nova lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Medauar, 2012b:243-247), contando ainda com a modalidade pregão nas formas presencial e eletrônica; em Portugal as parcerias público-privadas do tipo contratual, o leilão eletrônico e a redução dos procedimentos pré-contratuais com o advento do Código de Contratos Públicos para ajuste direto, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação e diálogo concorrencial. As alterações normativas apontadas comprovam a constante necessidade de adequações jurídicas, motivadas pela dinâmica social, sem nunca perder de vista o objetivo principal, o atendimento do interesse público, sob constantes manobras políticas.

No Ordenamento Brasileiro o direito positivado é formado a partir da Constituição Federal, tal como em outros países “[...] pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático [...]” (Canotilho, 2003:256). No Brasil, de igual modo, a Carta Magna é a norma dirigente do ordenamento jurídico, de onde nascem os comandos principiológicos, *e.g.*, os princípios norteadores da administração pública, presentes no *caput* do art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Os princípios, na lição de

Guimarães (2002:46) “são postulados de ordem genérica que dão unidade e coerência a um sistema normativo. [...] um alicerce, posto como sustentáculo de todo o ordenamento jurídico vigente”. Eles não têm conflitos entre si, e sim a função de orientar e disciplinar a interpretação do direito (Amaral, 2010), que conforme a coerência do caso concreto, será mais adequado um a outro, ou mesmo um a complementar o outro. No mesmo sentido entende Ávila (1998:163) que em razão da aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público, no caso de colisão de normas-princípios, a solução deve partir das circunstâncias do fato concreto para se estabelecer o peso que cada norma-princípio exerce, na proporção dos valores envolvidos.

Os princípios constitucionais explícitos, elencados no *caput* do art. 37, da CRFB regem a atividade da AP, ocupando o mais alto grau normativo para fundamentar as normas infraconstitucionais, entre elas as pertinentes as suas atividades e as dos seus utilizadores (os cidadãos). Tal mandamento é ratificado pelo legislador infraconstitucional ao estabelecer os princípios das contratações públicas no artigo 3º da Lei 8.666/93, que reintera alguns dos princípios contidos no art. 37 da CRFB (da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade/isonomia, da publicidade) e acrescenta outros específicos à matéria (da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo)⁵³.

A exigência da licitação, procedimento para a contratação de bens e serviços, está estabelecida no inciso XXI, do art. 37 da CRFB, regulamentado pela Lei 8.666/93:

CRFB - Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (original sem grifo).

⁵³ Lei 8.666/93 - art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Legislação disponível em www.planalto.gov.br.

Lei 8.666/93 - Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei (original sem grifo).

A realização da licitação é um ato vinculado em face das determinações normativas, mesmo quando em razão da escolha da melhor forma de alcançar o interesse público, não é formalizada (contratação direta), conforme previsões na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93). Toda a Administração Pública (direta e indireta, de qualquer dos poderes) está, em regra, sob a égide da licitação para contratar com terceiros, e mesmo não estando condicionada aos ditames da Lei 8.666/93 por possuir estatuto próprio, realidade das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização (art. 173, § 1º, inciso III da CRFB) têm a obrigação de realizar a licitação e observar os princípios que a norteiam. Nesse sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça brasileiro (REsp 80.061-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/08/2004; DJ de 11.10.2004)⁵⁴.

A licitação é ato legal vinculado à Administração quanto à exigência da formalização do procedimento prévio à contratação⁵⁵, mas discricionária quanto aos atos prévios à sua abertura, *e.g.*, os aspectos relacionados à gestão administrativa e ao planejamento financeiro, pertencentes às prerrogativas dos agentes públicos responsáveis pela execução das ações indispensáveis à sua consecução. A Administração Pública obriga-se a observar sempre o interesse público envolvido, e deve agir para empreender

⁵⁴Recurso Especial nº 80.061 - PR (1995/0060916-9). Rel. Ministro Castro Meira. Ementa: Administrativo. Sociedade de economia mista. Serviços advocatícios não singulares. Atividade meio. Licitação. Obrigatoriedade. 1. O disposto no art. 121 da Lei 8.666/93 não exclui os contratos firmados antes da sua vigência por sociedades de economia mista, da obrigatoriedade de serem precedidos de procedimento licitatório, o que já ocorria na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86. 2. A obrigatoriedade de observar o regime de licitações decorre do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e, antes mesmo do advento da Lei 8.666/93, as sociedades de economia mista já estavam subordinadas ao dever de licitar. 3. Malgrado sejam regidas pelo direito privado, as sociedades de economia mista, ainda que explorem atividade econômica, integram a Administração Pública estando jungidas aos princípios norteadores da atuação do Poder Público, notadamente a impessoalidade e a moralidade. 4. Recurso especial provido. Data do julgamento: 24 de agosto de 2004. Disponível em www2.stj.jus.br/revistaeletronica

⁵⁵A formalização de contratos administrativos pertencia ao campo da discricionariedade, mas tal peculiaridade alterou-se no decorrer dos anos, e especialmente com o efeito da chamada globalização internacional, elevando-se à condição de obrigatoriedade, em face do princípio da legalidade. Esta imposição tem sua derivação mais recente na “Rodada do Uruguai”, da OMC, em 1996, acordo firmado por vinte e dois países (os membros da UE, além dos EUA e Japão) sobre contratos administrativos. Justen Filho, Marçal (2004). *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed., São Paulo: Dialética pp. 11-12.

todos os esforços para alcançá-lo com eficiência, mesmo quando fizer uso do legítimo poder discricionário. O fato é que, independentemente de agir por prerrogativas de um ou outro poder (vinculado ou discricionário), segundo o conspícuo jurista Paulo Bonavides (2008), ao comentar Félix Ermacora (1985), entende que a finalidade é a dominadora de toda ordem jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro das contratações públicas, a Constituição Federal de 1988, conforme apontado, norma do mais alto grau hierárquico, traz em seu texto os princípios explícitos e implícitos⁵⁶ que subordinam o Estado e os cidadãos à sua observância. Ao comentar sobre o princípio da proporcionalidade destaca Bonavides (2012:448) sua importância para “[...] compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico [...]”, entendimento que pode ser ampliado para os demais princípios.

As diversas formas de participação do cidadão na Administração Pública estão consagradas no princípio constitucional da participação popular, importante sustentáculo na garantia de outros direitos fundamentais contidos na ordem jurídica brasileira. Para Bonavides (2012:411), a atual realidade jurídica, oposta ao apogeu de outrora do princípio da legalidade, destaca-se a crescente força dos princípios constitucionais, com especial destaque ao da proporcionalidade, em face ao respeito dos direitos fundamentais, que por tão elevada função, encontra-se no centro da ordem jurídica para proteger o cidadão e toda a sociedade do “arbitrio do poder” (Bonavides, 2012:449).

As contratações públicas, por serem responsáveis por vultosos investimentos advindos do erário para satisfação das necessidades coletivas, servem como meios à efetivação de direitos fundamentais, e por tal magnitude, exigem um controle mais efetivo dos cidadãos (insisto), além do controle externo exercido pelo Congresso Nacional, por outros órgãos da Administração Pública (Ministérios Públicos, Tribunais de Contas, os Conselhos Fiscais, etc.) e pelos órgãos de controle interno de cada poder.

Segundo o mandamento constitucional contido nos arts. 70 e seguintes da CRFB, os órgãos de controle externo e interno devem atuar no sentido de observar a aplicação do

⁵⁶ “[...] os princípios da Administração Pública não se encontram exauridos no art. 37 da Constituição da República, existindo outros, espalhados implícita ou explicitamente pelo texto constitucional e infraconstitucional, igualmente com aplicação e obediência obrigatória, e.g., artigo 5º, inciso LV, da Carta Maior e artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93.” Guimarães, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 48.

dinheiro público, com intervenções nas áreas contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes, incluídos os gastos com as contratações públicas.

Apresentadas as considerações iniciais sobre a evolução e importância das contratações públicas para a sociedade e para o Estado, principalmente por exigir a aplicação de elevados recursos públicos, adiante serão tratados os princípios mais influentes no controle das contratações públicas: princípio da legalidade, da publicidade e da participação popular⁵⁷, delimitando-se o objeto de estudo para o fim pretendido quanto a apresentação dos instrumentos jurídicos de controle e suas considerações.

Os princípios da legalidade e da publicidade, além de outros, devem ser cumpridos pela Administração Pública e, desde que concretizados com a devida eficiência, podem possibilitar o controle e a fiscalização pelos cidadãos dos atos formais inerentes ao procedimento, desde o pedido à entrega do bem contratado.

Os atos procedimentais das contratações públicas devem estar revestidos de legalidade e “escancarados” à sociedade, com uma linguagem objetiva, clara e menos tecnicista, e se respeitados tais requisitos, podem ter o efeito prático de incentivar o exercício da cidadania participativa, independentemente de o cidadão estar a participar do certame como licitante, mas de qualquer um cidadão, beneficiário direto da futura contratação, ou se preferir, atuar simplesmente com o intuito de informar-se sobre os atos praticados.

Concernente à realidade jurídica brasileira, destacam-se, conforme dito, os princípios da legalidade e o da publicidade, especialmente no caso do controle das contratações, em face da formalidade e da transparência exigidos na legislação. Convém ressaltar que os agentes públicos envolvidos nesse procedimento devem atuar à luz dos princípios constitucionais, interpretados com o recurso da hermenêutica jurídica, no intuito

⁵⁷ Convém tratar sobre a diferença entre princípios e regras apresentada por Robert Alexy para esclarecer quanto à base teórico-normativa da teoria dos princípios: “Regras são normas que exigem algo de modo definitivo. São *comandos definitivos*. A sua forma de explicação é a subsunção. Em contraste, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades factuais e jurídicas existentes” (Alexy, 2012:520).

de alcançar da melhor forma possível, a efetividade do direito⁵⁸. Nesse diapasão, os princípios da legalidade e da publicidade devem ser basilares na matéria das contratações para fornecer a segurança jurídica e a transparência necessárias para aproximar o cidadão da AP.

A Administração Pública de Portugal, de acordo com o art. 266º, nº 1, da CRP, tem por objetivo, tal como a do Brasil, “a prossecução do interesse público” para garantir direitos dos cidadãos legalmente protegidos. Proteger os direitos dos cidadãos implica a incessante e obrigatória busca pela satisfação do interesse público, que exige a execução de ações planejadas, pautadas nos princípios gerais da Administração Pública: igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, boa fé (art. 266º, nº 2, da CRP) e demais princípios correlatos.

Os princípios refletem os direitos fundamentais e, quando adequadamente aplicados, funcionam em favor da “justiça” (aplicação do direito na busca da satisfação social, coletiva ou individual). Em igual importância atuam os princípios na área das contratações públicas, por servirem como guias à atuação do Estado, através de seu aparato (seja por ação direta ou delegada), neste inclui-se o judiciário quando da fundamentação de suas decisões. Uma decisão produz efeitos satisfatórios aos direitos fundamentais quando seu procedimento “invoca” o interesse público (Justen Filho, 2011:131).

Em relação ao mercado das contratações públicas, os princípios têm reflexos diversos: de efeitos positivo e negativo. No primeiro, contribuem de forma positiva para regulação prática de casos concretos (autonomamente ou em consonância com uma regra); no segundo, sua contribuição é negativa quando afasta a regra ou lhe fornece uma nova ou mais abrangente interpretação (Oliveira, 2008:52).

Os princípios, instrumentos imprescindíveis a adequada interpretação do direito, também exercem influência nas normas das contratações públicas, tanto no ordenamento constitucional brasileiro quanto no português, por serem tratados como condutores da atividade estatal. Segundo Rodrigo Esteves de Oliveira (2008:54), os princípios funcionam como base autônoma de deveres, direitos ou faculdades dos envolvidos nos procedimentos

⁵⁸Sobre a efetividade do direito administrativo: “[...] um direito administrativo que forneça esquemas dos actos que a Administração tem a obrigação de vir a concretizar.” SOARES, Rogério Ehrhardt. (1988) *O acto administrativo*. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro - Scientia Iuridica, tomo XXXVII, Portugal: Livraria Cruz, p. 27.

de contratação para garantia da legalidade, não adstrita tão somente às regras, e da legitimação destas, na medida em que não podem violar os princípios.

A Administração Pública, responsável pela prossecução do interesse público, deve atuar em conformidade com seus princípios gerais fundamentais, sem olvidar outros presentes nos casos concretos. O Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos, destaca os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência, da publicidade e da boa fé como partes do procedimento, desde o nascedouro, antes mesmo da contratação pretendida, em aditamento aos princípios gerais da atividade administrativa e aos presentes nas Diretivas Comunitárias (e.g. 2014/24/UE que revogou a Diretiva 2004/18/UE) e nos Tratados sobre a matéria (princípios da igualdade de tratamento, os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento, da livre prestação de serviços, do reconhecimento mútuo).

Em face das considerações acima, os princípios compreendidos no âmbito do controle das contratações públicas serão o assunto de partida, e o princípio da participação popular será discorrido após a abordagem inicial dos dois princípios clássicos, por ser um princípio geral fundamental ao tema do controle e por relacionar-se com fatores jurídicos, sociais e políticos. “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos [...]” (Dworkin, 2002:285). A resposta a problemas morais e a validade da lei impõem a interferência dos cidadãos no aspecto do controle dos atos praticados pela Administração Pública para a contratação de bens e serviços (não somente). Pertinente advertência levanta Dworkin (2002) quanto ao respeito aos direitos morais, quando a Constituição é corretamente interpretada e concede os direitos morais dos cidadãos, por outro não diz se os mesmos cidadãos têm o direito de obedecê-la, mesmo quando ela própria infringe seus direitos (Dworkin, 2002:285). Esta advertência leva a uma inquietação quanto à validade do direito e a sua interpretação muitas vezes elaborada para atender interesses de grupo, convertidos em poder discricionário. É uma realidade ainda frequente na atividade da Administração, principalmente no processamento das contratações, e impõe um acompanhamento mais presente do próprio cidadão, que tem no direito jurídico um aliado, apesar das influências hegemônicas na criação e na execução por parte dessa força.

Em meio aos numerosos princípios envolvidos, destacam-se os princípios da legalidade e da publicidade (da transparência) pelo papel jurídico incidente no direito a participação do cidadão no controle das contratações públicas, o que não significa pouca importância dos demais princípios, vez que estes se entrelaçam, mas alguns apresentam mais contundência de acordo com a matéria. Tais princípios são indissociáveis e indispensáveis a consolidação do princípio da participação.

É de bom alvitre alertar para o fato de que normalmente o direito tem em atenção os princípios da impessoalidade, da moralidade, da legalidade, da concorrência, da eficiência, da publicidade (transparência), etc. quando o assunto é contratação pública. No entanto, o objetivo nesta etapa do presente trabalho é relacionar como esses princípios atuam em favor do direito de participação do cidadão individual e coletivo no controle das contratações públicas, exigindo uma abordagem sobre o princípio da soberania popular.

2.2 O Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade⁵⁹, acolhido de forma explícita no art. 5º, inciso II, da CRFB, consagra o direito do indivíduo de fazer ou deixar de fazer segundo a lei (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei). No âmbito estatal, tal princípio deve ser percebido no “sentido positivo”, diferentemente do indivíduo que se vincula à lei num sentido negativo, que o permite fazer tudo que a lei não proíbe; já no outro deve ser feito o que a lei expressamente autorize (Canotilho, 2003:833), em razão da impossibilidade de basear-se no princípio da autonomia da vontade, ou seja, o executor das atividades estatais não pode agir segundo seus interesses e entendimentos, deve pautar-se na vontade única do Estado, expressa na lei, mesmo quando investido no poder discricionário legítimo, que também decorre da lei e a ela vincula-se para produzir efeitos limitadores ao poder estatal. Em conclusivas palavras de Canotilho (2003:833), não há espaço na lei para a Administração Pública atuar como um “poder jurídico livre”. A total

⁵⁹ “O princípio da legalidade é uma peça essencial do Estado de direito. A sua preocupação fundamental tem sido desde o fim do século XVIII, em última análise, a outorga duma garantia ao cidadão contra o arbítrio do administrador.” Soares, Ehrardt Rogério. (1982) *Princípio da legalidade e administração constitutiva*. Separata do vol. LVII (1981), do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 3.

dependência à lei não permite a prática de atos administrativos para conceder ou restringir direitos dos administrados, exceto se amparado por previsão legal (Di Pietro, 2003:68).

O referido dispositivo constitucional, presente no art. 4º, da lei 8.666/93, concede ao licitante o direito de exigir a observância da legalidade, direito não adstrito exclusivamente ao participante. Os eventuais interessados em participar, bem como os cidadãos, tendo em vista o interesse público envolvido, exigem o cumprimento do princípio da legalidade (Guimarães, 2002:49). A sujeição do Estado ao interesse público impõe submissão à lei, não há dúvida. Segundo Vieira de Andrade (1993), o interesse público nasce, essencialmente das iniciativas legislativas carregadas de grande diversidade social, impondo obrigações à Administração. Esta sujeição dá um novo sentido ao princípio da legalidade, e a lei passa da função de defensora dos direitos particulares para ter como objetivo principal a defesa dos interesses públicos a cargo da Administração (Andrade, 1993:280). Ao fixar os interesses a serem cumpridos dentro dos limites da sua discricionariedade, a Administração deve ter por base as condições de fato para seu modo de agir, onde encontra a razão dos requisitos necessários ao cumprimento da finalidade normativa, a discricionariedade é apenas a possibilidade aberta (liberdade relativa) ao agente competente para a prática do ato (Mello, 2004:859 e 867).

É incontestável a relevância jurídica do supracitado princípio, não somente para a Administração Pública, mas também para a sociedade, vez que a positivação do direito lhe serve de fonte de garantia e subordina o Estado à lei, o que configura maior segurança jurídica, mesmo que teórica. O direito positivado, expressão do princípio da legalidade, deve ser compreendido principalmente a partir dos princípios, em contraposição a doutrina positivista ortodoxa. Bonavides (2012:274-275) reforça o contributo de Dworkin (1978) nos estudos jurídicos para uma nova visão da normatividade dos princípios, numa roupagem pós-moderna(pós-positivista) ao direito adotado pelo constitucionalismo contemporâneo, onde regras e princípios funcionam no tratamento do direito como uma “constelação”, e ambos são igualmente capazes de impor obrigações legais.

No caso das contratações públicas, o princípio da legalidade deve ser hodiernamente compreendido em conjunto com outros princípios (como parte de uma “constelação”) para dirimir a “cultura” da formalidade, ainda muito presente nos serviços públicos, pelos excessos burocráticos e a valorização exacerbada de regras que podem por em risco o interesse público. O triunfo do positivismo reduzido ao aspecto da formalidade

traduzida na lei reprime sua dimensão moral, e a Administração que só pode agir com a permissão dela, deve dar o equilíbrio necessário para não sobrepor a lei num sentido mais formal que prático (Soares, 1982:7-8).

Nas constituições democráticas o direito à participação do cidadão nos procedimentos administrativos contribui para a efetividade das garantias positivadas, *e.g.*, o direito de o cidadão fiscalizar, controlar ou de ter acesso às informações de contratações públicas, conforme dispõem as normas pertinentes.

O princípio da legalidade representa no campo das contratações públicas a subordinação do Estado, por sua administração, às formalidades previstas em lei, aos atos prévios e pós-contratação, sem liberdade à criação de outros procedimentos, evitando-se o direcionamento do objeto a interesses pessoais (do agente público e/ou de terceiros), o que seria inobservância ao princípio da impessoalidade em prejuízo do interesse público, e por tais razões “a autoridade administrativa não pode eleger um fim diverso daqueles previstos normativamente” (Justen Filho, 2012:58)⁶⁰. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, já na década de 60 (1969), ao publicar a súmula nº 473⁶¹, pacificou a matéria quanto ao poder de autotutela da Administração Pública de rever seus próprios atos, e reforçando-lhe a obrigação de anulação de seus atos em desconformidade com a legalidade e a revogação nos casos de serem os atos inconvenientes ou inoportunos. São situações às vezes presentes nos procedimentos de contratação pública, principalmente pela natureza satisfativa do objeto (confunde-se com o interesse público), onde a ocorrência de determinados fatores, muitos deles sem qualquer interferência da Administração Pública, podem alterar o rumo da futura contratação, exigindo-lhe uma nova avaliação sobre a pertinência. São exemplos os agentes climáticos (chuva, desmoronamento, terremoto etc.), os de mercado (um livro que repentinamente deixa de ser impresso, etc.), os de política econômica (aumento de tributo em produtos importados, etc.), situações capazes de obstar ou alterar a futura contratação.

⁶⁰Cfr. “[...] ação administrativa apresenta-se-nos assim como exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído. Sem uma atribuição legal prévia de potestades, a Administração, simplesmente, não pode atuar”. Enterría, Eduardo Garcia de; Fernádes, Tomás-Ramón. (1999) *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT. p.376-377.

⁶¹ STF - Súmula nº 473 - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

É de bom alvitre salientar que, em face do princípio da supremacia do interesse público, mesmo após a formalização do contrato, a Administração Pública pode (e deve) rescindir o acordo por ato unilateral, conforme disposição no inciso I, do art. 79, da Lei 8.666/93, reservando-se ao contratado o direito de reivindicar o ressarcimento por prejuízos suportados (danos ocorridos sem sua culpa), nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo, evitando-se ou dirimindo-se prejuízos à Administração Pública e, conseqüentemente, à sociedade, provedora do Estado. Destarte, a ideia de supremacia do interesse público deve ser cuidadosamente articulada com os demais princípios constitucionais, evitando-se servirem à validação de atos de interesse pessoal, sem qualquer base jurídico-constitucional, em prejuízo de direito fundamental. “Nenhum interesse público autoriza ignorar ou violar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.” (Justen Filho, 2012:71).

É direito fundamental assegurado no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB, *independentemente do pagamento de taxas*, o controle da Administração em face de *ilegalidade ou abuso de poder*, por meio de petição dirigida aos órgãos e entidades públicas. O direito do cidadão de provocar a Administração Pública por questões de ilegalidade está ratificado em normas infraconstitucionais, a exemplo da disposição contida no § 1º, do art. 41, da Lei 8.666/93, que o assegura impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei. Apesar de estipulado o prazo limite de 5 (cinco) dias, antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação para o protocolamento do pedido de impugnação, a Administração Pública deve, com fundamento no direito constitucional de petição, no princípio da supremacia do interesse público e no seu poder de autotutela (se for o caso) avaliar a situação indicada no documento mesmo quando o pedido for intempestivo.

O princípio da legalidade não deve ser aplicado isoladamente, a autoridade administrativa não está obrigada a uma interpretação puramente gramatical ou literal, apesar de necessária, deve ser seguida por outros métodos (Justen Filho, 2012:73). Ao promover os atos pertinentes à futura contratação, mira-se o atendimento do interesse público, e não a preocupação de cumprir a legalidade pela legalidade (puramente formal)⁶².

⁶² A razão da atividade administrativa e a responsabilidade de seus órgãos e agentes podem ser expressos nas lúcidas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Uma vez que a atividade administrativa é infralegal, submissa à lei e preordenada à satisfação de seus comandos, as competências *administrativas* nada mais

O excesso de formalismo está em desacordo com o princípio da legalidade, pois observá-lo com a devida cautela e intenção de trazê-lo para o mais próximo da realidade implica equilibrá-lo com os demais princípios envolvidos, evitando-se o fracasso do objetivo colimado com a contratação pública. Os fins almejados na licitação e os seus princípios básicos estão descritos no art. 3º da Lei 8.666/93, e para atingi-los convém manter afastado o excesso de formalismo, porque não cumpre os interesses protegidos pelo direito (Justen Filho, 2012:58)

A constitucionalização do direito ordinário e a busca por uma tutela mais efetiva dos direitos tem sido a prática de alguns tribunais de primeira instância do Brasil (Santos, 2012:115), o que comprova a delicada necessidade de tornar o direito uma realidade prática, um dos grandes desafios de seus operadores. Uma das formas de evitar-se o não cumprimento do direito é ajustá-lo a luz dos princípios, e cada um deve ser percebido como parte de um conjunto de princípios.

Os procedimentos relativos às contratações estão previstos na Lei nº 8.666/93, principal norma de licitações e contratos administrativos que vincula a atuação da Administração Pública, em observância ao princípio da legalidade, obrigação a ser seguida nos termos do *caput* do art. 37 da CRFB e do art. 3º da retromencionada lei ordinária especializada⁶³.

podem ser senão feixes de atribuições concebidos para proporcionar a realização *in concreto* dos desideratos legais, cujo atendimento propõe-se para órgãos e agentes administrativos – repita-se e enfatize-se – como uma imposição à qual, de direito, não podem se esquivar.” (Mello, 2004:133).

⁶³Nesse sentido, o STJ pronunciou-se em Recurso Especial nº 769.8778 - MG. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: VMI Ind. e Com. Ltda. Recorrido: Município de Capitólio. Ementa: Administrativo – Licitação – Fornecimento de Equipamentos de Raio-X por Empresa Sem Autorização ou Licença da ANVISA para Funcionamento – Impossibilidade de Adjudicação do Contrato Administrativo – Obrigação de Observância do Princípio da Legalidade pela Administração Pública. 1. O fornecimento de equipamentos de raios-X enquadra-se no conceito de produto correlato de que trata as Leis 6.360/77 e 5.991/73 e os Decretos 79.094/77 e 74.170/74. 2. As empresas e estabelecimentos que manuseiem, dispensem, armazenem ou comercializem produtos correlatos controlados pelo sistema de vigilância sanitária do país somente podem funcionar após o respectivo licenciamento junto ao órgão de vigilância sanitária competente nos Estados, no Distrito Federal, nos Territórios ou nos Municípios, ou, no plano federal, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. 3. A Administração Pública submete-se de forma rigorosa ao princípio da legalidade administrativa, não lhe sendo lícito entabular contrato administrativo sem observância das normas legais pertinentes com o objeto dessa contratação, sob pena, inclusive, de nulidade do contrato. 4. Tratando-se de contrato administrativo que tem por objeto produto submetido a controle de segurança da saúde da população, tal rigor torna-se ainda maior à administração pública federal, estadual e municipal, por força do seu comprometimento com o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (art. 2º da Lei 5.991/73 e 1º da Lei 9.782/99). 5. Recurso especial provido. Brasília (DF), 06 de setembro de 2007 (Data do Julgamento).

A fiel observância à lei, característica do princípio da legalidade, está expressa no art. 4º da Lei 8.666/93, que garante o direito subjetivo à *fiel observância do pertinente procedimento estabelecido* na lei licitatória a todos participantes de qualquer licitação promovida pela Administração Pública, *podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos*, dispõe o mencionado artigo. Convém salientar a indicação contida no referido artigo quanto à possibilidade do controle e fiscalização atribuídos a todo cidadão interessado em fazer-se presente ao certame, pois a permissão concedida não se restringe aos atos da licitação em si, fazer-se presente ou mesmo interferir é um direito do cidadão que pode ocorrer a qualquer tempo, em razão dos vários princípios administrativos, entre eles, o da publicidade e da legalidade.

O impedimento contido no supramencionado artigo deve ser interpretado de modo restritivo quanto a proibição de qualquer pessoa intervir para desestabilizar o certame, mas não abrange a intervenção voltada a exigir o cumprimento da legalidade, tal reação é protegida constitucionalmente e no próprio artigo da Lei Licitatória quando submetem a Administração Pública a observância dos princípios indicados. Esse tipo de participação permite a qualquer cidadão, além dos possíveis interessados em contratar, intervir nos atos promovidos em face das contratações diretas (dispensa e inexigibilidade), não somente nos atos das licitações, apesar de possuírem formalidades diferenciadas, principalmente quanto à publicidade e aos prazos procedimentais.

No parágrafo único do artigo acima referido, além de outras passagens contidas no texto, o princípio da legalidade consagra-se quando o legislador declara a licitação como ato administrativo formal, preconizando a formalidade dos atos a serem praticados em qualquer esfera da Administração Pública. Inclusive, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é norma observada no art. 3º da Lei 8.666/93, derivada do princípio da legalidade, conforme se observa nos termos do art. 41 - “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” e do art. 43, inciso V que determina “o julgamento e a classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.” Di Pietro (2003:308) observa que o princípio está dirigido à Administração e aos licitantes, e ambos devem observar as exigências constantes no instrumento convocatório. No mesmo sentido corrobora Justen Filho (2012:74) quando relaciona a obrigatória vinculação ao instrumento convocatório

com o princípio da legalidade, considerando que os atos praticados no curso da licitação devem manter compatibilidade com a lei e com o instrumento convocatório. Outros princípios devem ser envolvidos de acordo com o caso concreto.

O legislador constituinte, de igual modo, em razão do princípio da legalidade, destaca que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão” (inciso XXXV, art. 5º da CRFB), ainda que a lesão decorra de ato da Administração. Então, para provocar o judiciário na defesa de direitos e contra ilegalidades administrativas o cidadão, fundado em previsões constitucionais, pode utilizar os “remédios” jurídicos da ação popular, do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de segurança e do mandado de injunção; somam ao controle efetivado pelo cidadão por via judicial, os exercidos pelo Legislativo, Tribunal de Contas (órgão auxiliar do legislativo) ou mesmo o realizado internamente pela própria Administração (Di Pietro, 2003:68). Além da previsão constitucional referida, o inciso II do mesmo artigo também consagra o princípio da legalidade, quando garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Este princípio elevado à condição de norma constitucional no art. 37, alínea mencionada, sujeita toda a atividade licitatória ao seu comando, além dos demais princípios envolvidos. A lei manifesta a *raison humaine*, e por essa razão, atribui ao Estado, que a tem como seu motor e limite da sua atividade, a natureza de um Estado de direito (Soares, 1982:6).

O princípio da legalidade fundamenta o exercício da cidadania no controle das contratações públicas, fortalecido na premissa do direito público subjetivo do licitante recorrer à justiça ou perante a Administração no caso de ilegalidade⁶⁴ no procedimento de licitação, direito assegurado e positivado em diversas passagens da legislação especializada. Infelizmente, o argumento de buscar a tutela jurisdicional nem sempre tem real fundamento na ilegalidade, o judiciário e mesmo a Administração Pública são constantemente provocados por licitantes insatisfeitos que tentam barganhar alguma vantagem (por vezes os licitantes inabilitados ou desclassificados fazem acordos com

⁶⁴ Comenta Soares (1988:27) sobre as características do princípio da legalidade do século XIX: “em primeiro lugar acreditava-se que a Administração teria razões institucionais para não cometer ilegalidades, e daqui se seguia que o recurso contencioso fosse qualquer coisa de excepcional, pouco frequente, pouco utilizada; em segundo lugar, compreendia-se o esquema das ilegalidades de uma forma muito limitada, e só se lhe dava relevância quando, como se sabe, viesse a traduzir-se em vícios de incompetência de um órgão.” A atual realidade jurídica não somente no âmbito das contratações públicas, mas no da Administração Pública como um todo, não confirma a ideia de excepcional afronta ao princípio da legalidade, ao contrário, observa-se constante desrespeito.

outros licitantes no intuito de lograrem êxito na contratação), e por vezes ocasionam prejuízos incalculáveis ao interesse público (a exemplo de contratos superfaturados, produtos inadequados contratados por falsa limitação de mercado, etc.), fatos corriqueiros na realidade de alguns países⁶⁵.

O direito à participação é atributo do cidadão presente em várias passagens da legislação licitatória; Di Pietro (2003:305) confirma a presença de várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento na Lei 8.666/93 (arts. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º) que ampliou as formas de controle (interno e externo) e elevou certas atividades e comportamentos infracionais a tipos penais contra a Administração Pública ou atos de improbidade previstos em leis penais.

A interferência mais presente do cidadão (licitante ou não) nos atos de contratações públicas pode contribuir para dirimir as ilegalidades no procedimento, com o possível afastamento de cidadãos corruptores e agentes corruptos; licitantes aventureiros, intencionados em obter vantagens ilícitas, fator de prejuízos ao interesse público, *e.g.*, de superfaturamentos nos preços propostos e adjudicados.

O princípio da legalidade é o dirigente da atuação administrativa; a potencialidade e limites empregados devem ser avaliados nos casos concretos quando houver erro manifesto cometido pela autoridade ao executar a lei, seja por suas ações ou omissões, pelas escolhas oferecidas ao exercício do poder discricionário (Zimmer Júnior, 2009:109-110). Os ensinamentos de Justen Filho (2012:71) induzem a perceber os limites do princípio da legalidade de forma não isolada, pois não possuem natureza absoluta e podem envolver diversos valores, e compatibilizá-los é a melhor técnica para o alcance da *racionalidade da atuação estatal*. Compreender se uma determinada ação ou omissão está ou não dentro dos limites da legalidade impõe uma interpretação mais ampla, baseada em valores e princípios, não adstrita à mera legalidade do ato administrativo.

A legislação licitatória (Lei 8.666/93) define os crimes e as penas (arts. 89 a 99) das ilegalidades cometidas nos atos das contratações públicas, convênios, acordos e ajustes

⁶⁵ Tamanho o prejuízo causado por empresas fraudulentas levou à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE afirmar que “os cartéis prejudicam os consumidores e apresentam efeitos perniciosos sobre a eficiência econômica. Um cartel bem sucedido eleva o preço acima do nível competitivo e reduz a produção.” Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>, acesso em 14.11.14, p. 2. O judiciário julga processos que têm por motivação casos de irregularidades em licitação provocadas por empresas praticantes de cartéis, por exemplo. Neste sentido conferir, à título de exemplo, a emblemática Ação Penal (AP) 470 julgada pelo STF, conhecida nacional e internacionalmente como o “mensalão” sobre um dos mais relevantes casos de corrupção julgado pela Corte.

celebrados pela Administração Pública; penaliza com a retenção de recursos quando constatadas “[...] práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública [...]”, conforme previsão no inciso II, do § 3º do art. 116, que ratifica a obrigação constitucional de uma prática administrativa condicionada aos princípios que norteiam sua atuação. Em contínua afirmação aos princípios da legalidade e da participação popular, confere a referida lei (art. 49), o direito de o cidadão provocar a Administração Pública quando esta descumprir sua obrigação de autocontrole ao não anular os procedimentos eivados de ilegalidades.

A inadequada ou a falta de interpretação do princípio da legalidade na busca de uma eficiente contratação, tem levado a Administração Pública brasileira a adotar uma prática burocrática apegada a ritos de formalidade imprópria em detrimento do alcance dos principais valores envolvidos no procedimento: a) uma contratação vantajosa, onde haja equilíbrio entre o econômico e o necessário; b) uma contratação suficientemente eficiente em preço, qualidade e satisfação plena do interesse público; c) uma gestão aberta à participação da sociedade (cidadãos individuais ou organizados em entidades representativas), enquanto contributo à melhor gestão da *res publica*.

Não está aqui em discussão a necessidade ou não das formalidades previstas em lei, mas sim a importância de compreender-se o princípio da legalidade como parte de um todo onde habitam outros princípios, que devem ser confrontados de acordo com seus valores, evitando-se entender a legalidade como puro sinônimo de formalismo, prática desfavorável à eficiência pública e ao controle das contratações públicas pelos cidadãos e pelos próprios órgãos de controle. O princípio da participação popular alia-se ao da legalidade como suporte à eficácia. Se os cidadãos participam mais da Administração Pública, mais será o cuidado com a legalidade dos atos praticados, sem exaltação à ritualística. Não é porque se fez uma licitação dentro das formalidades legais que o resultado alcançado seja intocável, principalmente numa realidade que tem mostrado a licitação como uma forma *ritualística inconsequente* (Dallari, 1992: 131).

O respeito aos princípios, em especial ao da legalidade, repita-se, impõe limites à Administração Pública. O dever de cumprir as previsões legais sem a possibilidade de livre escolha produz um suporte (garantia) ao cidadão quanto ao direito de participação amparado previsto por lei. Quando descumpridas as garantias legais inerentes ao direito de participação, pode o cidadão insatisfeito fazer uso dos recursos disponíveis contra a

arbitrariedade. Enfim, quando qualquer regra ou princípio positivado é desrespeitado, desamparado fica o princípio da legalidade, pois se este representa cumprir as normas, descumprir uma regra é tal qual inobservar um princípio, ambos, de igual modo, repercutem na ilegalidade do ato, em outras palavras, qualquer princípio ou regra quando descumprido repercute direta ou indiretamente na negação da legalidade.

A Constituição da República Portuguesa destaca no art. 3º/2 a subordinação do Estado ao princípio da legalidade, aliada aos princípios democráticos constitucionais, e submete a validade das leis e dos demais atos do Estado, de todos os poderes, aos comandos constitucionais (art. 3º/3). Em observância ao referido princípio, as entidades adjudicantes referidas no art. 2º do CCP estão subordinadas às previsões legais para contratarem com o objetivo de satisfazer às necessidades coletivas, tal como determina a Constituição brasileira (art. 37). A submissão imposta à Administração Pública visa suprimir motivações e manipulações por interesses pessoais ilegítimos em detrimento do interesse da coletividade.

No Código de Contratos Públicos não há menção expressa ao princípio da legalidade como previsto no art. 3º da lei brasileira 8.666/93, mas essa ausência explícita não afasta a sua observância vez que a própria CRP, conforme dito, o consagra como uma das referências à atividade da Administração Pública, bem como o Código de Procedimento Administrativo e seu art. 3º/1 (Os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos). Observar as normas não é uma prerrogativa, mas uma obrigação imposta sem direito de escolha, que proporciona segurança jurídica e confiabilidade perante a sociedade.

A relação entre o princípio da legalidade e a matéria do controle das contratações públicas pelos cidadãos funda-se na segurança das previsões jurídicas vinculantes dirigidas à Administração Pública, que tem a responsabilidade de observar as normas existentes e garantir os direitos nelas contidos. O princípio da legalidade se bem observado leva a garantia do direito fundamental à participação, um dos direitos públicos subjetivos favoráveis ao Estado de direito e ao fortalecimento da democracia⁶⁶.

⁶⁶ Não podem ser negados os efeitos jurídicos dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões. Os efeitos objetivos dos direitos fundamentais são reflexos da dimensão subjetiva “na medida em que se retiram

Quando o cidadão atua para exercer o controle nas suas mais diversas formas, ele parte das garantias jurídicas que o protegem e lhe permitem tal intento, podendo, no caso das contratações públicas, acompanhar, interferir, questionar os atos praticados no procedimento, e promover os atos necessários à observância da legalidade, e por sua vez faz uso dessa legalidade que o garante assim agir. As previsões constitucionais e infraconstitucionais vinculam a Administração Pública e concedem ao cidadão o conhecimento dos trâmites a serem seguidos, e no caso de não conformidade dos atos praticados, ele próprio poderá utilizar os instrumentos jurídicos disponíveis no ordenamento jurídico para corrigir ou evitar uma lesão.

O princípio da legalidade é base de todos os princípios positivados, característica que não o eleva sobre os demais. A inobservância de qualquer princípio implica consequente violação ao princípio da legalidade⁶⁷. Um procedimento de contratação para ser lícito deve estar em conformidade com a lei, em consonância com os comandos constitucionais e infraconstitucionais, nacionais e internacionais (Tratados, Acordos e regras do Direito Comunitário), alinhados com as necessidades e anseios dos cidadãos (efeito da legitimidade da lei).

As normas podem ser legais, mas nem sempre auferem o status de legítimas, abordam direitos em confronto com os interesses da sociedade, e o processo de participação direta do cidadão, seja para influir nas normas, nas políticas de gestão, na fiscalização das atividades da Administração Pública em geral. É, sem dúvida, um relevante instrumento democrático que precisa ser intensificado pelo efeito prático que exerce na redução dos desvios de poder e das inadequações de planejamento. A presença do cidadão como fiscal da atividade pública certamente desmotiva atitudes desvirtuadas da legalidade, sejam as praticadas intencionalmente ou mesmo as ocorridas por “falhas” de gestão. O procedimento de contratação pública não deve ser simplesmente orientado pelas regras e normas para o cidadão (sociedade civil), mas pelo cidadão, principalmente porque é seu beneficiário direto. Os limites legais impostos à Administração Pública e ao cidadão

dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de ‘direitos’ aos indivíduos”, observa Andrade, 2012:109. Cfr. nesse sentido Moraes, 2014:538.

⁶⁷ Tema abordado em capítulo anterior, merece ratificação quanto à sua importância no contexto da atividade administrativa: “O princípio da legalidade significa, desde logo, que a atividade administrativa, seja de autoridade, seja de execução de prestações (administrativa social e infraestrutural), seja concreta, seja normativa, não pode ser ilegal, não vale contra a lei – princípio do ‘primado da lei’ ou da ‘preferência da lei’. Andrade, José Carlos Vieira de. (2012) *Os direitos fundamentais na constituição de 1976*, p. 324.

participante são aliados imprescindíveis a obstar ou dirimir desmandos, erros de gestão, desvios de finalidade, imoralidade, ilicitude, improbidade, etc.

O princípio da legalidade presente no ordenamento específico da contratação pública portuguesa conta com previsões de formalidades, sem indicação de espaço à participação prévia do cidadão, exceto nos artigos 49º, nº 2, “a” e 50º, nº 1, onde nota-se uma tímida referência ao “interessado”, quando das especificações técnicas e dos possíveis pedidos de esclarecimento sobre peças do procedimento, respectivamente. Não esclarece a norma quanto a legitimidade do interessado, ou seja, se pode ser qualquer pessoa, independentemente de ter ou não interesse direto na contratação. O CPA define que todos os particulares, incluídas as associações sem caráter político ou sindical, têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo e a capacidade ou incapacidade de intervenção tem por fundamento a lei civil; a legitimidade para iniciar um procedimento administrativo pertence aos titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas; os cidadãos que queiram proteger interesses difusos (a saúde, a educação, a habitação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida); além dos residentes de um determinado território em que se localize algum bem do domínio afetado pela ação da Administração⁶⁸.

Nota-se uma restrita conotação ao chamado “interessado”. No âmbito das contratações públicas, se atribuído o entendimento retro, que limita a legitimidade de intervenção em procedimentos administrativos, o cidadão não alcança todas as possibilidades de intervenção ou fiscalização dos procedimentos administrativos de contratações públicas, sem previsões no CCP. Esta situação reduz a significância do princípio da participação do cidadão na Administração, conforme previsão em diversas passagens da CRP (arts. 48º, 52º, 267º, 268 etc), afronta ainda o princípio da legalidade por inadimitir o princípio da participação em assunto de tamanha importância para a sociedade como as contratações públicas. É pertinente o entendimento de Marçal Justen Filho (2009) ao atribuir a “interessados” o sentido de “cidadãos”, com base na legitimidade ativa para a ação popular; é interessado quem dispuser da faculdade de promover a ação popular versando sobre a licitação⁶⁹.

⁶⁸Nos termos dos arts. 52º e 53º do Código de Procedimento Administrativo.

⁶⁹ Justen Filho, 2009:511.

Os princípios comunitários da contratação pública incidem sobre as normas de direito interno, e têm alcançado o Tribunal de Justiça nos fundamentos de seus julgados que funcionam como parâmetro de validade das leis internas, principalmente quando está em jogo o princípio da legalidade, da tutela da confiança ou da segurança jurídica (Oliveira, 2008:60-61), e pode ser objeto de análise, se motivado por algum interessado, a ideia de “interessado” no âmbito das contratações públicas para efeito de alargamento das definições contidas no CPA.

As normas gerais e específicas direcionam a atuação da Administração quanto às contratações públicas porque cumprem finalidades importantes: limitam o poder, inibem devaneios e exigem o alcance do interesse público nos moldes estabelecidos. Vaquer (2011) ao comentar Eberhard Schmidt-Assmann (2003) define o direito administrativo como uma ciência de direção com a dupla finalidade de limitar o poder e ressaltar a eficácia da ação administrativa não adstrita a proibir somente o excesso, mas também os defeitos dessas ações (Caballería, 2011:93). Os excessos nas ações administrativas devem ser evitados para não colocar em causa o interesse público, principalmente porque nem toda formalidade é regularmente importante ou de caráter sancionador na adjudicação; nem todas as formalidades são indispensáveis à validade dos atos praticados (Oliveira, 2008:108).

Ao analisar os princípios gerais da contratação pública, entende Rodrigues Esteves de Oliveira (2008:108-109), quanto à admissibilidade da irrelevância dos vícios procedimentais, que certos desvios ao rigor formal são necessários em detrimento da lei (regra), e por esta razão é adepto da relativa e teleológica desconsideração de formalidades menores (menos importantes), não causadoras de prejuízos aos concorrentes, situação admissível sem incorrer em ilegalidade. Adiciona-se à observação que a pormenorização de formalidades irrelevantes não deve invalidar o ato (ilegalidade do procedimento) não somente por não causar prejuízos aos concorrentes, mas principalmente por não fazê-lo ao interesse público. Seria inconcebível optar-se por considerar certa formalidade procedimental em favor dos concorrentes, mas em prejuízo do interesse público, fim da Administração Pública quando intenciona formalizar um contrato.

O cidadão pode não ser detentor do conhecimento técnico necessário à análise de critérios formais admitidos ou excluídos em determinado procedimento, nesse caso poderá valer-se do direito de acesso à informação pública e dirimir a incerteza, no intuito de

resguardar o patrimônio público. A Administração Pública tem o dever constitucional de proteger e respeitar os direitos e interesses legalmente previstos (art. 266º/1 da CRP), um deles é o direito do interessado (cidadão ou empresa) ser informado sobre o procedimento no prazo máximo de 10 (dez) dias, além do direito de consultar documentação, inclusive documentos nominativos relativos a terceiros, olvidados os dados pessoais (art. 82º do novo CPA).

O princípio da administração aberta, contido no art. 17º do CPA, consagrado no art. 1º da Lei nº 46/2007, de 24 de agosto (Lei do Acesso aos Documentos Administrativos – LADA, revogou a Lei nº 65/1993, de 26 de agosto) garante o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, mesmo que o interessado não esteja diretamente vinculado (art. 5º- LADA)º. Outro exemplo que amplia o espaço público por motivação do interessado é o direito à impugnação de atos administrativos praticados na formalização de contratação, conforme previsão no art. 267º do CCP, combinado com o art. 67º e ss. do CPA em razão da legitimidade a ser considerada. São exemplos de previsões que permitem a participação do cidadão individual ou coletivo (representado por associações quando abordarem interesses difusos e coletivos) que possibilitam questionar atos procedimentais por submissão da administração ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é previsão constitucional imposta à AP, e sua aplicabilidade nos ordenamentos brasileiro e português não diferem. Na principal lei brasileira (Lei nº 8.666/93) da contratação pública, o referido princípio está expresso, positivado (art. 3º), em reforço ao ditame constitucional contido no art. 37. No CCP (Decreto-Lei nº 18/2008), principal norma portuguesa sobre a matéria, não há referência expressa ao princípio em tela, ausente também no título IX da CRP, no entanto, há referência aos interesses legalmente protegidos e à subordinação da Administração Pública à Constituição (art. 266º, nºs 1 e 2); de forma mais ampla impõe a subordinação do Estado à Constituição e à legalidade democrática; à validade das leis e dos demais actos de Estado (3º, nºs 1 e 2).

No CCP podem ser encontradas diversas manifestações do princípio da legalidade, quando especialmente são atribuídos os termos: “legalmente” (*e. g.* arts. 55º, h; 71º, 4 – e; 81º, 6); “legalizado” (*e. g.* arts. 82º; 86º, 1 – c; 169º); “legal” (*e. g.* arts. 96º, 1 – h; 350º); “nos termos da lei” (*e. g.* arts. 24º, 1 – f; 66º; 83º, 3; 286º); no CPA, conforme anteriormente aludido, está positivado no art. 3º, e deve ser obedecido por todos os órgãos

da Administração Pública, e portanto, no âmbito dos procedimentos das contratações por ela praticados.

A potencialidade do princípio da legalidade nas indicações acima é clara nos procedimentos de contratação pública, mas sem alusão nominativa (apesar de haver no CPA). O mais importante é ser constante a atuação administrativa baseada nas leis, regulamentos e normas (nacionais e transnacionais), em consonância com a Constituição, de onde emergem as raízes da legalidade, fundamento maior do Estado de Direito. Nesse sentido, Brasil e Portugal equiparam-se, consoante as especificidades apontadas.

2.3 Princípio da Publicidade

O cumprimento do princípio da publicidade pelo Estado é imprescindível para aproximar o cidadão e implica dar transparência sobre suas atividades, e colocar os cidadãos a par das informações mais importantes, principalmente as que manifestam-se sobre os interesses coletivos e difusos. Nem todos os atos a serem publicitados estão especificamente definidos em lei, como por exemplo está a publicação do edital da licitação (concorrência) ou resumo do contrato firmado. Ora, nem tudo pode ser previsto pelo legislador, razão porque o princípio jurídico da publicidade norteia toda a atividade da AP com força normativa impositiva.

Qualquer cidadão fundamentado no princípio da publicidade pode requerer informações e explicações sobre atos praticados no âmbito estatal, independentemente de ser diretamente interessado, principalmente quando versem sobre direitos e interesses coletivos e difusos. Parte-se do pressuposto de que as atividades e atos praticados pelos agentes públicos nada ocultam, tudo pode e deve ser mostrado, exceto os sigilosos definidos em lei. Ademais, informar bem os membros da sociedade sobre o desempenho estatal na busca da satisfação do interesse público é uma obrigação inerente ao Estado democrático que auxilia no processo de participação popular.

A possibilidade de acesso às informações públicas é garantida em ordenamentos jurídicos de países como Suécia, na Constituição de 1766 e, nos Estados Unidos, com o *Freedom Information Act de 1966*, que influenciou os países ocidentais. Mas é com o aparecimento da informática que se impulsiona, nos países mais democráticos, a

deslegitimação do segredo administrativo, pois na era do acesso a informações pelos recursos da informática, a manutenção do segredo representa grave ameaça às liberdades individuais. O imperativo da transparência constitui o *motor da modernização administrativa*. (Antunes, 1993:7-9).

No Brasil, o princípio da publicidade foi elevado à condição de norma constitucional, juntamente com outros, no *caput* do art. 37, que submete todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos poderes, à sua observância para informar a todos o que se passa na Administração Pública e prestar as informações solicitadas ou não, como uma obrigação de prestar contas dos afazeres (serviços, trabalhos, etc.), e tem como fundamento impor a transparência na atuação administrativa para facilitar o controle, inclusive o da legitimidade (Medauar, 2004:469). Segundo Carvalho Filho (2006:20) a transparência da conduta dos agentes permite aos indivíduos “aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem”.

Dar ampla publicidade às contratações públicas é deixá-las às claras, sem informações obscuras para a sociedade ou para possíveis contratados, obrigação constitucional ratificada no art. 3º da Lei 8.666/93, cautelar preocupação do legislador infraconstitucional. O princípio da publicidade, segundo Di Pietro (2003:306), diz respeito à divulgação do procedimento para conhecimento de quaisquer interessados em fiscalizar a legalidade dos atos praticados em todas as fases; “[...] a publicidade é um instrumento de participação democrática na formação da vontade estatal” (Justen Filho, 2012:77).

Os atos praticados devem contemplar as necessidades da coletividade na proporção das condições financeiras do Estado, no momento da manifestação do interesse em contratar, em razão da previsão orçamentária obrigatória (arts. 14; 65, §8º; 7º, §2º, III da Lei 8.666/93), evitando-se gastar mais do que suporta o erário. Por esta e outras razões o cidadão deve estar a par de como e para qual fim são utilizados os recursos públicos provenientes de seu “bolso” (advindos dos tributos)⁷⁰, inclusive sobre os gastos financeiros advindos dos contratos formalizados com terceiros. A tarefa de o Estado cumprir o princípio da publicidade, no âmbito das contratações públicas, não deve estar condicionada

⁷⁰ Na obra *Do Contrato Social* Rousseau afirmava que a substância retirada para sustentar o Estado vinha do trabalho de seus membros e do supérfluo consumido por eles. Segundo o filósofo francês, quanto mais os membros da sociedade consumiam, mais rendiam ao Estado; Rousseau alerta para o modo de avaliação do uso das contribuições impostas pelo Estado, que não deve ter por base a “carga”, mas o “caminho” percorrido a fim de regressarem para as mãos de quem saíram (Rousseau, Jean-Jaques.(s/d) *Do contrato*. Disponível em [sociohttp://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf). Acesso em 09.02.15).

ao cumprimento de meras formalidades de publicações em jornais oficiais e não oficiais, porque o objetivo principal é permitir o conhecimento mais amplo possível pela sociedade de todas as etapas envolvidas no procedimento de quaisquer espécies de contratação, exceto quanto às informações sigilosas previstas em lei (art. 3º, § 3º). É salutar destacar a importância da participação nas decisões anteriores à abertura do procedimento, a exemplo das experiências do orçamento participativo⁷¹ no Brasil e em Portugal, que traduzem uma forma legítima de controle social do orçamento público.

O art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 101/2000, introduzido pela Lei Complementar nº 131, de 2009, determina como medida favorável à transparência, o controle e fiscalização e o incentivo à participação popular na elaboração dos planos, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e orçamentos, com a realização de audiências públicas, com o objetivo de ampliar a responsabilidade na gestão fiscal. Representam iniciativas de gestão favoráveis a previr riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 1º, da LC nº 101/2000.

A importância da transparência pública é imprescindível à realização do controle pelos cidadãos. Um dos meios de efetivação da transparência e do controle está no acesso às informações públicas previsto no art. 5º, inciso XXXIII da CRFB, regulado pela Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). A transparência facilita a participação e o controle da administração, e o acesso às informações relativas aos planos e ações da administração pública é um dos meios de efetivação dessas garantias (Medauar, 2012:176).

Convém salientar a dificuldade de se estabelecer uma clara diferença entre a participação em geral e o controle exercido pelo cidadão, que em alguns casos “propiciam ou facilitam o controle, mas nem sempre se revestem de cunho verificador” (Medauar, 2012:176). A ideia de controle, independentemente do objetivo verificador ou não, representa uma forma democrática emergente e urgente, na busca da satisfação do interesse

⁷¹ Cfr. o orçamento participativo em DIAS, Nelson. (2013) In: *Esperança democrática: 25 anos de orçamentos participativos no mundo*.Org. Nelson Dias, São Brás de Alportel - Portugal: Associação In Loco. Nesta obra, declara Olívio de Oliveira Dutra que o orçamento participativo “Constitui-se numa ferramenta valiosa na luta pelo controle público sobre o Estado (na sua dimensão municipal), o governo e os governantes.” p. 9 e ss. Ver também Yves Sintomer, Carsten Herzberg, Giovanni Allegretti. (2012) Colaboração de Anja Röcke. *Aprendendo com o Sul: O Orçamento Participativo no Mundo – um convite à cooperação global*. nº 25, versão portuguesa. Bona- Alemanha: Engagement Global gGmbH Service für Entwicklungsinitiativen - BMZ – Federal Ministry for Economic Cooperation and Development.p. 8 e ss.

público, principalmente sobre os atos das contratações públicas há muito atribuídos como “assunto” da Administração, o que não é verdade. O interesse público é assunto que interessa diretamente a sociedade.

O orçamento participativo, um exemplo democrático de interferência, é um direito do cidadão, e o Estado deve implementá-lo, principalmente quando formular a LDO, vez que nela são definidas as metas e prioridades, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro seguinte, base para elaboração da LOA (Lei Orçamentária Anual), conforme estabelece o art. 165, § 2º, da Constituição Federal.

Grande parte das despesas contidas na previsão orçamentária é realizada por procedimentos de contratação, muitas delas de grande repercussão na sociedade e nas finanças públicas. São fatores que revelam a relevância da participação do cidadão no controle das contratações públicas como uma das formas de assegurar uma boa administração⁷², seja por exigir da Administração Pública a eficiente condução de suas tarefas ou mesmo de alguma forma contribuir e fomentar uma boa gestão.

No art. 3º, § 3º da Lei 8.666/93 declaram-se públicos os atos do procedimento de licitação, exceto em relação ao conteúdo das propostas até o dia da abertura. Infelizmente, a redação do texto sobre a publicidade obrigatória dos procedimentos de contratação pública exigida na citada legislação especializada, se restringe à publicação do resumo do instrumento convocatório nos Diários Oficiais⁷³, em jornais de grande circulação e, conforme o vulto da licitação, em outros meios de divulgação quando for necessário ampliar a área de competição. Deve-se acentuar a infelicidade do legislador ao redigir o texto que obriga uma publicidade mínima e coloca no âmbito do poder discricionário, a escolha de outros meios mais amplos de publicidade, a exemplo dos sites da internet, ainda divulgadores de informações muito tecnicistas. A violação ao princípio da publicidade

⁷²A boa administração significa atuar de forma eficiente (com celeridade, economia financeira, adequação, sustentabilidade, etc) para a persecução do interesse público.

⁷³ Lei 8.666/93 - Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. Disponível em www.planalto.gov.br

pode acarretar a nulidade dos atos da licitação e, conforme as consequências da lesão, aproveitam-se ou não os atos praticados, devendo-se analisar com a devida cautela a necessidade de repetição de um ou de todos os atos pretéritos (Justen Filho, 2009:96), tal é a importância da publicidade para a conformidade de legalidade.

Quando a AP limita-se a uma publicidade na forma exigida nos arts. 21 da Lei 8.666/93 e 4º da Lei 10.520/01 não cumpre na íntegra o princípio da publicidade, que tem como um de seus fins a ampliação da participação popular. O princípio da publicidade não se restringe ao mero cumprimento de formalidades procedimentais, significa muito mais. Sopesar o princípio da publicidade com o conjunto normativo que envolve a matéria é imprescindível para cumprir com eficiência o objetivo de informar. A publicidade a ser praticada pelo poder público implica agir com a transparência hábil a dar conhecimento aos administrados do que estão a fazer os agentes públicos, principalmente quanto aos atos que causem efeitos externos (Silva, 2009:669).

A concepção democrática de que a vontade estatal decorre do consenso do processo de participação popular (Justen Filho, 2012:77) pressupõe cidadãos bem informados e dispostos a participar. O processo de consenso, ainda inacabado, precisa ser ampliado para expurgar acordos políticos ilegítimos e as possibilidades dos atos de corrupção, ainda frequentes no espaço público, destacando-se os procedimentos de contratação pública como veículo desses males. O consenso entre cidadãos e Administração Pública fortalece as possibilidades de redução dos fracassos presentes na estrutura estatal, como acontece, por exemplo, nos tribunais, marcados pela “tibieza” no combate à corrupção e na realização da justiça distributiva e dos direitos sociais e econômicos (Santos, 2012: 116).

Os tribunais (por provocação) e os cidadãos podem exercer o controle das atividades da esfera pública e prevenir ou corrigir os males provocados por desvios de finalidade e atos de ilegalidade como a recorrente corrupção. Impõe-se como medida imprescindível a promoção de uma educação verdadeiramente voltada a formação de cidadãos conscientes de direitos e obrigações. Frise-se, é determinação constitucional imposta ao Estado com a colaboração da sociedade⁷⁴.

⁷⁴ Constituição Federal do Brasil - Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Constituição da República

A iniciativa de informar a sociedade sobre a existência dos procedimentos de contratação com a publicação de edital e outros documentos nos meios de divulgação indicados legalmente não informa a coletividade com a eficiência necessária, vez que os jornais oficiais e mesmo as notícias postadas na internet são tecnicistas. É uma realidade que reflete no distanciamento do cidadão e reflete na falta ou deficiência do seu controle assegurado no ordenamento jurídico (impugnação de editais; acesso a documentos, presenciar as sessões; impugnar preços registrados; questionar atos, etc.).

O legislador ao ratificar o princípio constitucional da publicidade no art. 3º da Lei 8.666/93 demonstra a necessidade de a Administração promover uma ampla divulgação da pretensa contratação para atrair o maior número de interessados, vez que a licitação tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa e, concomitantemente, à luz do melhor entendimento, objetiva permitir a fiscalização dos atos pelos cidadãos, porque *a garantia da publicidade envolve o interesse coletivo quanto à gestão da coisa pública* (Justen Filho, 2012:77).

Di Pietro (2003:75-76) faz menção ao art. 37 da Constituição e a diversos incisos de seu art. 5º, determinantes nas obrigações estatais de divulgar seus atos e de possibilitar o direito ao acesso às informações de interesse individual e coletivo ou geral (art. 5º incisos XIV e XXXIII), e quando não atendidas, os lesados podem interpor o *habeas data* (art. 5º, LXXII) ou o mandado de segurança (art. 5º, XXXV), considerando-se nesse caso que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluído da apreciação do poder judiciário.

A Lei nº 12.527, de 18 de dezembro de 2011 (entrou em vigor a partir de 2012), regula o acesso a informações previsto no art. 5º, XXXIII; art. 37, II, § 3º; art. 216, § 2º da CRFB. A referida lei federal aduz sobre os procedimentos de obtenção das informações solicitadas por qualquer cidadão ou pessoa jurídica, e subordina toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos poderes, bem como pelas entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos.

É salutar observar as exigências presentes no art. 3º e incisos da Lei de Acesso à Informação - LAI: a publicidade é imposta como princípio fundamental e o sigilo como

Portuguesa – Art. 73º, nº 2 - O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.

exceção (inciso I); vincula a Administração Pública a divulgar informações de interesse geral, independentemente de solicitações (inciso II); impõe a utilização da tecnologia da informação para ampliar as possibilidades de controle e fiscalização internos e externos (incisos III e V), que podem ser realizados pelos órgãos de controle e pela sociedade (controle social), e ainda pode beneficiar a Administração Pública num melhor gerenciamento interno de informações; destaca-se a obrigação de desenvolver a cultura da transparência (inciso V)⁷⁵. Muitas dessas determinações nem sempre são cumpridas na íntegra, principalmente porque ainda está muito presente na Administração Pública a cultura do segredo, da proibição do acesso a informações, documentos e espaços, mesmo sem o amparo legal. É preciso se estabelecer um processo de educação cidadã dentro da própria Administração Pública. A prática da cidadania democrática começa em casa (dentro do Estado) para assim ser disseminada e fortalecida, afinal a Administração Pública é pública e assim deve portar-se.

O sigilo de informações previsto na supracitada lei, art. 6º, inciso III, obriga a Administração Pública proteger informações sigilosas e pessoais, com a devida cautela quanto à disponibilidade, autenticidade, integridade e análise de possíveis restrições de acesso, sem olvidar as normas e procedimentos aplicáveis à matéria⁷⁶. O sigilo é exceção e não regra, e portanto não pode ser prática diária. A transparência é facilitadora da participação e do controle da atividade administrativa pertinentes aos planos, projetos, orçamentos e despesas públicas⁷⁷. Nesse sentido a Administração Pública tem o dever de dialogar com a sociedade e a sociedade civil organizada o direito de exigir a ampliação

⁷⁵ Lei nº 12.527/2011 - Art. 3º - Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública; V - desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

⁷⁶ Lei nº 12.527/2011 - Art. 6º - Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observadas as suas disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. (2012) *Controle da administração pública*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 176.

desses espaços de cidadania com fulcro no direito fundamental de participação popular insito no princípio fundamental da soberania popular⁷⁸.

As restrições previstas na referida norma quanto ao acesso às informações pessoais são relativas. Convém trazer à lume o posicionamento do STF sobre a autorização de divulgação dos salários dos servidores públicos federais pela internet, em face do pedido protocolado pela Advocacia Geral da União, dirigido ao então presidente da Corte Constitucional, ministro Carlos Ayres de Britto. Confirma no relatório que no caso sob exame estavam envolvidos o direito fundamental de acesso à informação pública e o princípio da publicidade da atuação da administração: “Princípio que, para além da simples publicidade do agir de toda a Administração Pública, propicia o controle da atividade estatal até mesmo pelos cidadãos.” As normas de direito público apontam para a obrigação constitucional de publicidade da atividade da Administração Pública, e o vencimento pago ao agente público está dentro desta esfera e não na privada, protegida pelo direito à intimidade. Prestar contas dos gastos públicos inclui demonstrar quanto se paga e a quem se paga, mesmo que de início preserve-se nominalmente a informação, prova da relatividade do sigilo e de sua aplicação excepcional, principalmente quando necessário proteger-se o interesse público⁷⁹.

A Lei 8.666/93, à luz do entendimento da Lei nº 12.527/11 e da Constituição Federal, confirma o caráter excepcional do sigilo e o caráter padrão da publicidade, previstos no art. 3º, § 3º e no art. 40, § 1º.⁸⁰ Na redação do art. 5º, inciso LX, da CRFB tem-se que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Esta disposição ratificada no retromencionado art. 6º, inciso III da LAI, comprova o modo de aplicação relativa ao instituto do segredo, no âmbito da Administração Pública. A relatividade do emprego do sigilo, conforme o ordenamento jurídico, pode ser constatada em atos administrativos e processuais, tais como o segredo de justiça nas ações de alimentos, de guarda de menores, de separação (ou na conversão desta em divórcio), de divórcio, etc.

⁷⁸ Cfr. parágrafo único do art. 1º da CRFB.

⁷⁹ Notícias STF – Disponível em www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=212003

⁸⁰ Lei 8.666/93 - Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. § 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. §2º - [...]

Outros casos de sigilo garantidos constitucionalmente: a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII); da fonte da informação quando inerente ao exercício profissional (art. 5º, XIV), são exceções ao acesso a informações, e não regras, principalmente quando a Administração Pública é parte (requerida). Nota-se nos dispositivos que o sigilo às vezes é necessário, mas para proteger outros direitos, inclusive para proteção do interesse público.

O sigilo em algumas situações visa cumprir um direito fundamental individual e em outros casos pode ser requisito de segurança à sociedade e ao Estado. A preservação do interesse nacional com o sigilo, no caso das contratações públicas, é um direito da Administração resguardado em lei, fundado na supremacia do interesse público, mas para não ocorrência ou pelo menos a redução de incidência de manipulações ilegítimas e ilegais devem estar sob a vigilância dos órgãos oficiais (controles interno e externo) e da sociedade (controle social)⁸¹.

Os critérios para a futura contratação devem estar às claras e serem iguais para todos que pretendam apresentar propostas (princípio da isonomia), e devem ser publicadas sem qualquer critério subjetivo prejudicial ao julgamento e ao oferecimento de propostas (arts. 30, § 8º; 43, inciso v; 44 e 45 da Lei 8.666/93, entre outros), em estrita conformidade com o mandamento constitucional, prescrito no art. 37, inciso XXI “[...] as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]”. O texto constitucional confirma a exigência de critérios objetivos, claros e isonômicos da futura contratação a serem obedecidos previamente pela Administração Pública. Aliada a tais exigências deve utilizar todos os meios disponíveis para torná-la competitiva e transparente na busca da eficiência. Limitar a competitividade por ausência de critérios objetivos e uma publicidade

⁸¹ Cfr. Lei nº 12.527/11 – art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

eficiente, pode restringir o amplo conhecimento pelos potenciais participantes (concorrentes) e por quaisquer (o cidadão, entidades representativas, etc.).

A Lei 10.520/01, que instituiu a modalidade pregão⁸² nas formas eletrônica e presencial no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, contribuiu para a mudança da cultura da publicidade nos atos relativos às contratações públicas, principalmente na forma eletrônica⁸³. A referida lei destina-se à aquisição de bens e serviços comuns (aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado – art. 1º, parágrafo único), com a possibilidade de realização por meio de recursos de tecnologia da informação, conforme previsão no art. 2º, § 1º.

A aquisição de bens e serviços comuns, objeto da contratação, fez do pregão a modalidade de licitação mais utilizada pelo Governo Federal e por diversas unidades federativas estaduais e municipais, principalmente pela inovação na inversão de fases. Nas modalidades tradicionais de aquisição de bens e serviços (convite, tomada de preços, concorrência e concurso) são analisados e julgados primeiramente os documentos de habilitação de todos os participantes e, posteriormente, ocorre a análise de todas as propostas, excluídos os não habilitados.

Na modalidade “pregão”, diferentemente das demais, primeiro julgam-se as propostas e depois os documentos do vencedor para fins de habilitação, ou seja, após o julgamento da melhor proposta, analisam-se os documentos verificadores da capacidade contratual. A novidade das fases invertidas contribuiu para abreviar o prazo de conclusão do certame, principalmente por reduzir a possibilidade de recursos e por ser o prazo de publicação do instrumento convocatório mais reduzido (8 dias úteis) em relação aos prazos exigidos nas modalidades clássicas (tomada de preços, de 15 a 30 dias; concorrência, de 30 a 45 dias; concurso, 45 dias). Outro aspecto benéfico da nova modalidade é a publicidade com o recurso da tecnologia da informação, o que sem dúvida a torna mais ágil e mais ampla, ao contrário da forma clássica de publicidade em jornais oficiais ou comerciais, também mantidas no pregão, conforme dispõe o art. 4º, inciso I da Lei 10.520/01. Observa-

⁸²Lei 10.520/01 - Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

⁸³ Antes da publicação da Lei 10.520/01 a modalidade pregão tinha previsão na Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), nos artigos 54 e 56, e restringia-se à esfera federal.

se do retromencionado inciso que o legislador não obriga o uso de TI de forma obrigatória e sim facultativa, deixando a critério da Administração, que a vem adotando como forma de divulgação de todas as modalidades licitatórias e até mesmo das contratações diretas.

Apesar de o pregão ter um prazo de publicidade inferior àqueles apontados no art. 21 da Lei 8.666/93, a inversão de fases e a publicidade em *sites* da internet tem possibilitado o crescimento da competitividade entre os participantes e disponibilização de informações, conforme se observa a partir dos dados abaixo.

As informações apresentadas pelo Ministério do Planejamento do Brasil demonstram que o pregão (eletrônico) de 2008 a 2013 foi a modalidade de licitação que mais cresceu e alcançou em 2013 o montante de R\$ 40.963.356.588, 24 em contratação, e se comparado ao valor de contratação em 2008, quase duplica. Entre janeiro e dezembro de 2013, as compras governamentais movimentaram R\$ 68,43 bilhões em 2013; o pregão eletrônico contribuiu com uma economia de R\$ 9,1 bilhões. Os dados, segundo o Ministério do Planejamento, ratificam a importância dessa modalidade de contratação para a redução dos gastos públicos, além de proporcionar maior transparência, tendo em vista que todos os certames podem ser acompanhados em tempo real no Portal de Compras do Governo Federal⁸⁴.

⁸⁴Disponível em http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_dados_gerais_2013.pdf, 2013, p.6-7. Acesso em 04/04/14

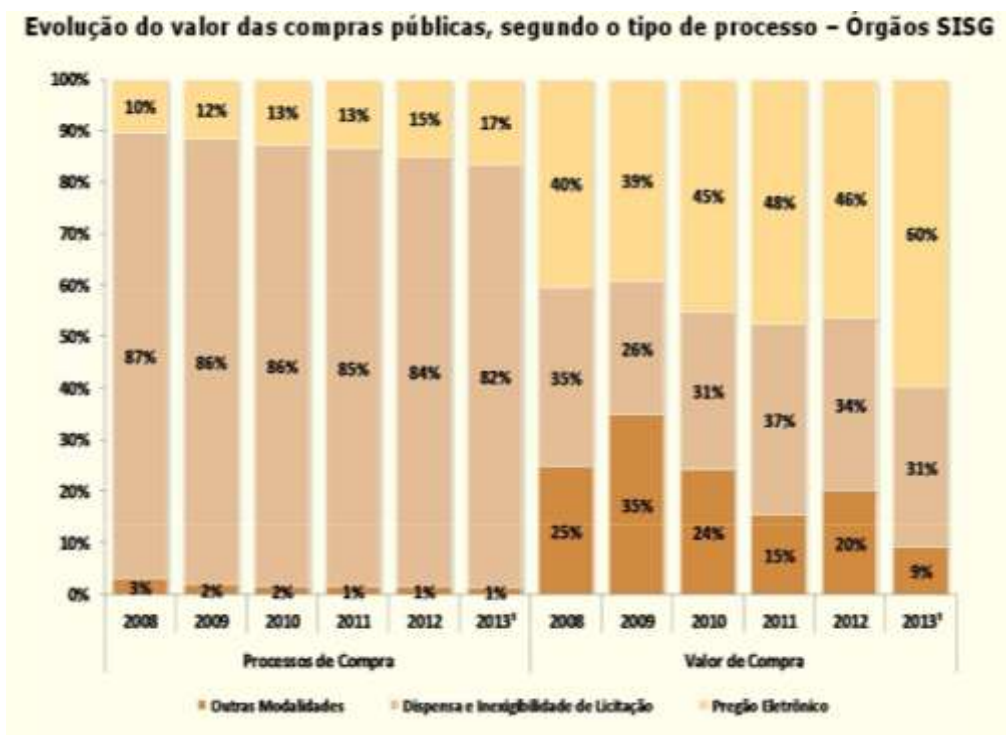


Figura 1- Dados do Portal de Compras do Governo Federal (Disponível em www.comprasnet.gov.br)⁸⁵

O Portal da Transparência do Governo Federal foi criado em novembro de 2004 pela Controladoria Geral da União – CGU, com o objetivo de facilitar o acesso a informações sobre a execução financeira de programas e ações governamentais, iniciativa seguida posteriormente por outras esferas governamentais⁸⁶. Esta iniciativa tem fundamento na determinação de transparência imposta pela Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). No *caput* do art. 48 estão descritos os documentos públicos, anteriormente tratados como “quase sigilosos”, a serem amplamente divulgados: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; incluídas também as versões simplificadas dos documentos.

⁸⁵Disponível em http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_dados_gerais_2013.pdf, 2013, p.6-7. Acesso em 04/04/14.

⁸⁶CGU - Disponível em: www.inovacao.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task. Acesso em 17/02/14

Tabela 1: Dados colhidos do Portal de Compras do Governo Federal (www.comprasnet.gov.br), gerenciado pelo Ministério do Planejamento, através da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Os valores estão em Real (moeda brasileira).

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI Valor das compras públicas, segundo o tipo de processo – Órgãos SIG						
Modalidade	Valor de Compra ¹					
	2008	2009	2010	2011	2012	2013 ²
Concorrência	9.167.855.840,53	14.546.704.831,43	12.393.154.773,52	6.377.263.000,50	12.678.890.659,73	5.140.841.080,08
Concorrência Internacional	149.369.305,34	1.053.839.103,41	1.032.577.330,99	86.861.777,18	140.937.239,77	12.378.228,84
Concurso	372.625,43	1.151.347,51	2.974.844,09	801.562,48	2.581.825,00	3.357.349,09
Comite	163.181.771,33	73.188.638,70	-48.330.037,37	32.885.611,90	22.408.868,60	14.808.398,04
Dispensa de Licitação	15.134.384.857,80	8.725.194.787,66	11.678.471.129,99	7.846.687.849,80	13.802.507.425,32	9.442.357.296,24
Inexigibilidade de Licitação	3.210.978.280,83	5.824.096.648,18	7.731.978.598,76	11.513.800.634,23	10.672.115.822,26	11.738.434.680,30
Pregão Eletrônico	21.277.510.721,75	22.028.596.987,24	28.658.588.714,71	24.846.715.336,42	33.639.555.907,00	40.983.356.588,24
Pregão Presencial	2.802.208.233,56	3.117.845.219,80	1.313.059.835,34	1.817.801.729,89	1.152.980.671,26	726.223.536,31
Tomada de Preços	745.877.498,84	698.300.483,06	557.320.758,89	462.949.601,53	507.064.775,89	394.788.405,35
Total	52.648.529.141,68	86.865.028.047,86	63.413.456.121,54	51.784.767.104,03	72.619.044.094,83	68.436.546.561,49

¹ Valores corrigidos pelo IPCA Dessazonalizado.
² janeiro a dezembro.
 Fonte: Comprasnet.
 Elaboração: SLTI/HP.

As obrigações indicadas ganharam reforço com a alteração do referido art. 48. A Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009 obriga não só os governantes a divulgarem os documentos, mas fazê-lo de formar primorosa: com o incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas para elaboração dos planos orçamentários e financeiros (inciso I); a exposição detalhada, em tempo real, por meios eletrônicos, sobre a execução orçamentária e financeira para dar amplo conhecimento à sociedade (inciso II), seja à pessoa física ou jurídica; e ainda com o dever de criar um sistema integrado de administração financeira e controle de informações, de qualidade (inciso III).

O legislador, em respeito à democracia e à ratificação do direito à participação popular, exige que os entes federados, conforme prescrição no art. 48-A da mesma lei, a disponibilização de informações a qualquer pessoa física ou jurídica relativas às: a) despesas, com as indicações sobre a sua execução, incluindo-se o objeto contratado, o contratado e os critérios da contratação (inciso I); b) receitas, com os lançamentos e o recebimento de qualquer espécie, acolhidos pelas unidades (inciso II).

Segundo José Carlos Vaz (2005:2), o relacionamento entre cidadãos por intermédio dos programas governamentais da internet, como o chamado “transparência digital”, deve ir além dos recursos tecnológicos para adequá-los aos processos sociais de interação entre sociedade e Estado, *na disputa pela construção de direitos*. Ir além dos recursos tecnológicos significa realizar ações conjuntas para fazer despertar o interesse do cidadão em observar como têm sido gastos os recursos públicos quando há contratações. Pode acontecer com a implementação de programas de educação para esse fim, com o uso de outros recursos como publicidade televisiva, escrita, etc.

Na atual era da internet que permite o acesso mais rápido a informações, e que aproximam mais as pessoas, o uso da tecnologia da informação põe-se na agenda do dia como um instrumento imprescindível no avanço da prática do controle social da Administração Pública, seja quanto às contas ou à gestão pública, incluídas as contratações públicas⁸⁷.

O uso da tecnologia da informação como recurso mais ágil da publicidade tem sido absorvido pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois “[...] *incorpora iniciativas de acesso de cidadãos a informações, permitindo-lhes acompanhar, avaliar e controlar o desempenho governamental [...]*” (Vaz, 2005:4). A internet tem sido um dos recursos da comunicação mais abrangentes em rapidez e ao maior número de pessoas, em relação a outros meios de comunicação mais populares. A web alcançou, num período de 05 anos, 50 milhões de usuários no mundo, índice só alcançado pelo rádio em 38 anos, pela TV aberta, em 16 anos; e pela TV por assinatura em 10 anos (Revista Diga Lá, 1999 *apud* Silveira (2001), dados que reforçam a importância da internet como forma de acesso mais eficiente à informação, portanto ao princípio da publicidade requisitado nas contratações públicas. O desenvolvimento da internet poderá conduzir, no futuro, ao desaparecimento da obrigatoriedade de publicidade na imprensa escrita, com o fim de eliminar os gastos e entraves produzidos com a exigência tradicional. Ressalte-se a possibilidade de vício insanável promovido pela Administração ao não fazer uso da publicidade pela internet quando ela própria exige, por meio de ato administrativo, mesmo que a lei não o obrigue.

⁸⁷ Os governos brasileiro e português criaram vários *sites* de informações da AP, entre eles os dedicados às contratações: www.comprasnet.gov.br (Brasil) e www.base.gov.pt (Portugal), que apresentam dados sobre as compras governamentais, estatísticas, legislação, etc.

Neste caso não poderá defender-se ao alegar a não previsão em lei, se ela própria produziu um ato de força legal que a obriga cumprir (Justen Filho, 2009:244).

O principal papel da publicidade nas contratações públicas, além da função de ampliação da competitividade, é dar transparência aos procedimentos para fomentar a participação popular, desde o momento dedicados às discussões sobre as políticas públicas a serem adotadas e o modo como (e onde) gastar o dinheiro público, a exemplo do orçamento participativo, experiência que pode ser extensiva aos programas e ações que compõem o Plano Plurianual. Decidir sobre as políticas públicas sem a participação da sociedade, beneficiária do objeto da contratação, é olvidar a democracia participativa proclamada no art. 1º da Constituição Federal e confirmada em diversos outros artigos constitucionais e normas infraconstitucionais.

Os modos de participação na gestão da atividade administrativa do Estado e as formas de controle previstas no ordenamento jurídico podem contribuir para legitimar os planos de governo e dirimir as falhas entre as ações governamentais e as necessidades sociais. Nesse sentido, a publicidade realizada de forma eficiente pode contribuir para fomentar uma prática cidadã de interferir, fiscalizar ou controlar, na medida em que coloca à vista informações anteriormente inacessíveis ou de difícil acesso, e por tais razões é um recurso material imprescindível à tarefa de reduzir as deficiências das contratações públicas, desde o planejamento, execução e entrega definitiva do objeto contratado.

A publicidade dos atos das contratações deve ser realizada com todo o empenho da Administração Pública para torná-la eficiente, verdadeiramente transparente, sem obscuridades nas informações postadas prejudiciais à participação do cidadão que pretende se informar, concorrer, controlar ou fiscalizar. A falta de informações ou a prestação de informações inadequadas (por serem insuficientes ou com linguagem demasiado técnica, com mecanismos de acesso difíceis e sítios virtuais pouco divulgados, etc.) prejudica a possibilidade de participação popular no controle dos gastos públicos (antes, durante e depois) e impossibilita o estabelecimento de um modelo de governança verdadeiramente participativo, em razão das supracitadas previsões legais e dos anseios democráticos da sociedade.

Não só depois da Constituição de 1988 os agentes públicos passaram a ter a obrigação de atuarem na busca do interesse público pautados nos critérios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, antes sim, também estavam

obrigados, mas certamente com o advento dos referidos princípios, inclusive o da publicidade, elevaram-se à condição de norma constitucional (art. 37), sem dar espaço ao subjetivismo das vontades.

Publicar os atos relacionados às contratações públicas com o objetivo de ampliar a competição e aproximar os cidadãos é obrigação estatal amparada como direito subjetivo sob pena de responsabilização por sua omissão. Nesse diapasão, o cidadão (individual ou organizado) coloca-se como principal ator social no atual cenário político para empreender reivindicações democráticas. Em conclusivas palavras de Justen Filho (2012:77), “a publicidade é uma decorrência inafastável da concepção democrática, que reconhece que a vontade estatal traduz um processo de consenso a partir da participação aberta a todos os integrantes da nação”.

A CRP⁸⁸ ordena a publicidade dos atos normativos e de outras naturezas, conforme previsões em leis específicas, para efeito de dar conhecimento a todos interessados (art.119º). A transparência dos atos públicos é um requisito de ordem jurídica e social indelegável, e refuta o sigilo das informações como regra, por ser do campo da democracia, e consequentemente contribuir para a cidadania, conforme alhures comentado; do mesmo modo na CRFB encontram-se referências em diversas passagens sobre transparência, reflexo do princípio da publicidade inscrito no art. 37.

O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Europeu (Quarta Secção) em 2007, no caso da Comissão das Comunidades Europeias contra a República Italiana (processo C-260/04), atribui condenação à parte requerida por proceder à renovação de 329 concessões para a gestão e a recolha de apostas sobre competições hípcas, sem qualquer processo de concorrência, em desobediência ao Tratado da Comunidade Europeia. O Tribunal

⁸⁸Constituição da República Portuguesa - Artigo 119.º1. São publicados no jornal oficial, *Diário da República*: a) As leis constitucionais; b) As convenções internacionais e os respectivos avisos de ratificação, bem como os restantes avisos a elas respeitantes; c) As leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais; d) Os decretos do Presidente da República; e) As resoluções da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas; f) Os regimentos da Assembleia da República, do Conselho de Estado e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas; g) As decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral; h) Os decretos regulamentares e os demais decretos e regulamentos do Governo, bem como os decretos dos Representantes da República para as regiões autónomas e os decretos regulamentares regionais; i) Os resultados de eleições para os órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como para o Parlamento Europeu e ainda os resultados de referendos de âmbito nacional e regional. 2. A falta de publicidade dos actos previstos nas alíneas a) a h) do número anterior e de qualquer acto de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, implica a sua ineficácia jurídica. 3. A lei determina as formas de publicidade dos demais actos e as consequências da sua falta.

condenou a República Italiana por descumprimento das obrigações contidas nos artigos “43.º CE e 49.º CE e violou, em especial, o princípio geral da transparência, assim como a obrigação de garantir um grau de publicidade adequado”. Outro destaque de igual natureza dá-se no acórdão de 7 de Dezembro de 2000 (C-324/98, Colect., p. I-10745) no caso *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH e Telekom Austria AG* para manifestação quanto à aplicabilidade das Diretivas 92/50/CEE e 93/38/CEE do Conselho, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores de água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. Manifestou-se o Tribunal (Sexta Secção) ao confirmar a obrigação das entidades adjudicantes de respeitarem as regras fundamentais do Tratado em geral e, em face do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular, a entidade adjudicante deve agir com transparência, que *consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à imparcialidade dos processos de adjudicação*.⁸⁹ Estas decisões demonstram a pacificidade jurisprudencial quanto à obrigação de transparência e publicidade nos procedimentos de contratação (adjudicação) pelos Estados-Membros, em razão do princípio da não discriminação (igualdade), como assentou o Tribunal nos citados acórdãos.

A necessidade de transparência é abordada como responsabilidade dos órgãos adjudicantes para dar claro e amplo conhecimento das condições para a pretendida contratação, e assim possibilitar aos interessados a apresentação de propostas capazes de concorrer sem prejuízos por falhas nas informações prestadas, principalmente quando o preço não for o principal critério do ajuste, além de dar a garantia de não haver mudanças nos critérios.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Secção), ratifica posicionamentos pretéritos, em acórdão proferido no processo C-226/09 (Comissão Europeia contra Irlanda), de 18 de novembro de 2010, quando analisa fatos relativos à contratação de prestação de serviços de intérprete, celebrada ao abrigo do anexo II B, da Diretiva 2004/18. Concluiu na decisão que a Irlanda infringiu obrigações que decorrem dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, quando alterou a ponderação dos critérios de adjudicação na sequência de um primeiro exame das propostas submetidas. Os

⁸⁹Disponíveis em www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ. Acesso em 11 de março de 2014.

concorrentes têm a obrigação de manutenção da proposta, e por força dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência dos processos de adjudicação, as entidades adjudicantes têm a obrigação de manter os critérios divulgados até a conclusão do procedimento.

O posicionamento do mencionado Tribunal no processo C-226/09 espelha o entendimento jurisprudencial inerente à observância da transparência e publicidade nos procedimentos de adjudicação e a jurídica e moralmente imposta atuação imparcial da Administração Pública para não excluir os interessados em participar, e principalmente, o potencial futuro contratado, detentor da proposta mais adequada para o interesse público.

Viana (2007:158) confirma o entendimento jurisprudencial quanto à necessidade de uma atuação imparcial das entidades adjudicantes durante todo o procedimento, que decorre diretamente do tratamento de igualdade e da impossibilidade de tratamentos discriminatórios; registra ainda que no ordenamento jurídico nacional, a imparcialidade é um princípio autônomo, apesar de frequentemente atrelado à ideia de igualdade.

O cerne da presente abordagem é vincular as obrigações de transparência e de publicidade dos atos de adjudicação com o controle das contratações públicas pelos cidadãos, por representar um fator de grande relevância no processo participativo, a partir das previsões no ordenamento jurídico português, harmonizado com a ordem jurídica comunitária, especialmente as atuais Diretivas 2014/23/UE e 2014/24/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho).

Salvaguardar a imparcialidade nos procedimentos de adjudicação em razão do princípio da concorrência não é unicamente relevante, alia-se à imparcialidade do procedimento, à promoção dos meios adequados à abertura de canais com os cidadãos, capazes de assegurar-lhes a participação na gestão pública, um requisito indispensável à democracia participativa.

O Código de Procedimento Administrativo reforça a obrigação da gestão participativa distribuída em alguns princípios: da colaboração da administração com os particulares, conforme art. 7º (art. 11º do novo CPA); da participação, conforme art. 8º (art. 12º do novo CPA), que assegura a participação dos particulares bem como das associações que tenham por objeto a defesa de seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito; da decisão - de acordo com o art. 9º (art. 13º do novo CPA) a administração tem o dever de pronunciar-se sobre quaisquer assuntos requeridos pelos

particulares; da desburocratização e eficiência que obriga aproximar os serviços da população, conforme art. 10º do antigo CPA, presente no art. 14º/1 do novo CPA quando reforça o uso dos meios eletrônicos no desempenho da sua atividade⁹⁰.

O art. 20º da referida norma limitava a publicidade e a transparência quando admite que as reuniões administrativas não são públicas, e atribui à legislação a tarefa de definir quais reuniões podem extrapolar o sigilo e permitir a participação de pessoas não integrantes da administração; determinação mantida no novo CPA (art. 27º/1). O referido dispositivo fortalece o sigilo dos atos públicos praticados em reuniões, em desacordo com a ordem jurídica constitucional de transparência, e mesmo assim, manteve-se na nova legislação em prejuízo ao princípio da participação.

A falta de garantia de participação efetiva do cidadão nas reuniões públicas fere o “princípio da abertura da Administração” contido no art. 65º do CPA (art. 17º do novo CPA); se não há o que esconder então não há porque restringir a participação do cidadão, principalmente quando o mesmo legislador que a restringiu, contraditoriamente, impõe à Administração a observância dos princípios da participação, desburocratização e eficiência contidos nos arts. 8º e 10º do CPA (arts. 12º e 14º/1 do novo CPA); o art. 82º do novo CPA reforça a ideia de acesso às informações, A legislação especializada brasileira autoriza qualquer cidadão a acompanhar a reunião de licitação⁹¹ sem causar perturbação aos trabalhos, contribuindo para um controle direto na fase inicial do procedimento e favorável à publicidade não está presente na legislação portuguesa.

A presença do cidadão no procedimento de contratação pública é direito de ordem principiológica constitucional que impõe à Administração Pública a obrigação de realizar a gestão participativa. Nesse diapasão, a divulgação dos atos deve ser realizada de modo

⁹⁰ Observe-se ainda que de acordo com o art. 2.º A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. Art. 267.º/1 da CRP - A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. Original sem grifos. As determinações retromencionadas devem ser absorvidas pelas normas infraconstitucionais em face da hierarquia das normas, e por sua vez, observadas pelos agentes públicos no desempenho da atividade da administração.

⁹¹ Lei nº 8.666/93 - Art. 4º- Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Original sem grifo.

amplo e transparente para não somente ampliar a competição, mas também aproximar o cidadão dos assuntos que lhes dizem respeito e informar bem a sociedade.

Não adianta simplesmente divulgar uma informação sem observar a forma adequada e ter um resultado eficiente. O órgão adjudicante deve ter entusiasmo, interesse, coerência e responsabilidade para promover um procedimento concorrencial amplo e participativo, capaz de atrair o maior número de concorrentes e permitir ao cidadão exercer seu papel de ator social, fiscalizando o uso do dinheiro público ou simplesmente observando.

As obrigações de transparência (publicidade) e imparcialidade estiveram presentes nas diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE e, apesar de atualmente revogadas pelas diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, respectivamente, são importantes instrumentos de análise comparativa quanto aos possíveis avanços alcançados nas novas diretivas relativos a publicidade voltada à promoção da cidadania no controle das contratações públicas. Nas revogadas diretivas observam-se as seguintes referências apontadas por Viana (2007:161):

- A responsabilidade de tratamento aos concorrentes sem discriminação e sem desigualdade (art. 2º da Diretiva 2004/18/CE e art. 10º da Diretiva 2004/17/CE);
- O uso de formulários e vocabulário comum (nº 36 do intróito e art. 1º/14, da Diretiva 2004/18/CE; 1º/13, da Diretiva 2004/17/CE;);
- O uso da tecnologia da informação como um dos instrumentos de agilidade e simplificação (n.º 14 do intróito e art. 54º, da Diretiva 2004/18/CE);
- Exigências técnicas e critérios mínimos nos instrumentos convocatórios para a acolhida da proposta economicamente mais favorável para a futura contratação em conformidade com a capacidade econômica, financeira e técnica (art. 44, da Diretiva 2004/18/CE).

Além das observações supra nas diretivas revogadas apontam-se outros aspectos concernentes à transparência, inseridos na introdução da norma comunitária e adiante exemplificados:

- As entidades adjudicantes podem utilizar as compras eletrônicas desde que respeitados [...] *os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência* (n.º 12).
- Certos contratos de obras e de serviços intelectuais não estão sujeitos aos leilões eletrônicos (n.º 14).
- o princípio da transparência aplicado ao princípio da igualdade de tratamento tem por objetivo [...] *permitir que todos os proponentes sejam razoavelmente informados* [...] (n.º 46).
- A confidencialidade contratual na defesa de direitos dos operadores económicos, se estes houverem indicado como sigilosas determinadas informações técnicas, obriga a entidade adjudicante proteger *informação dos candidatos e dos proponentes previstas no n.º 4 do artigo 35.º e no artigo 41º* (art.6.º).
- Conforme este artigo, a publicidade dos anúncios não é de todo obrigatória nas plataformas eletrônicas, posto que as entidades *adjudicantes darão a conhecer por meio de um anúncio de pré-informação, publicado pela Comissão ou por elas próprias no seu «perfil de adquirente»* (art. 35.º/1).

Considerando as observações acima, notam-se a partir da nova Diretiva 2014/24/UE os seguintes aspectos fundamentadores às novas regras das contratações públicas a serem adotadas pelos Estados-Membros. Importante destacar o sentido empregado ao princípio da transparência (publicidade):

- Os princípios norteadores das contratações públicas apresentam-se, *a priori*, sem alteração aos indicados nas diretivas revogadas, nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, os princípios deles decorrentes : os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência (nº. 1).
- Os meios eletrônicos apresentam-se como um instrumento para simplificar grandemente a publicação dos contratos e aumentar a eficiência e a transparência dos procedimentos de contratação. É indicado como um dos meios

normais de comunicação e intercâmbio de informações para o aumentadas possibilidades de participação dos operadores económicos em concursos (n.º 52).

- O atrelamento do pleno acesso aos documentos e informações por meios eletrônicos pelos proponentes e candidatos é posto como um meio de aumento da transparência e da celeridade, dando direito de acesso livre (n.ºs. 51, 52, 53...).

- Os meios de comunicação eletrônicos são apontados como uma futura prática a ser adotada para a centralização, “ [...] uma vez que permitem reutilizar e tratar automaticamente os dados e minimizar os custos de informação e transação” (n.º 72).

- Os critérios para a adjudicação de um contrato devem basear-se nos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com o objetivo de determinar uma concorrência real e adjudicar ao final a proposta mais vantajosa (n.º 89).

São inúmeras as citações de “transparência” e dos modos de publicidades, tanto na nova como na diretiva revogada. Das referências apontadas observa-se a ideia de transparência vinculada a não discriminação dos concorrentes, em favor da igualdade de tratamento e de critérios isonômicos, da aproximação dos concorrentes (operadores económicos) e da ampliação da competição.

A nova diretiva reforça as possibilidades de acesso às informações ao indicar a adoção de recursos eletrônicos como principal meio de processamento e acesso das informações de contratações públicas. Reafirma o legislador comunitário a necessidade de adoção definitiva dos meios eletrônicos como um meio de comunicação e troca de informações com o objetivo de ampliar a competição.

As assertivas demonstram o destaque ao princípio da publicidade transparente por via eletrônica, de forma mais ampliada e contundentemente exigida aos Estados-membros na nova diretiva, enquanto recurso de ampliação da competição. Contudo, o cidadão ainda permanece à parte desse espaço público virtual, que apesar de aparentemente disponível a todos a consulta de informações (não de documentos) não é dotada de características atrativas ao cidadão comum.

Ainda em análise sobre a transparência das contratações, a Comissão Europeia publicou o manual “Comprar Ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos”, com o objetivo de orientar os Estados-membros interessados em implementar as compras ecológicas para redução do impacto ambiental, quando realizam procedimentos para adjudicação de contratos de bens, serviços e obras. Está declarado que a contratação pública é basicamente a conjugação de oferta e procura para atender as necessidades da coletividade, e baseia-se em dois princípios fundamentais: obter a melhor relação qualidade/preço e agir com equidade. Na relação qualidade/preço devem estar presentes os critérios de preço (o menor) e da qualidade quanto ao atendimento dos requisitos do objeto, principalmente os de caráter ambiental. Quanto à ideia de agir com equidade estão presentes três princípios: não discriminação, igualdade de tratamento, transparência e proporcionalidade⁹².

É salutar descortinar as definições dos retromencionados princípios para melhor compreensão das ideias consagradas no documento, enquanto expressão do correto procedimento de contratação: a) da não discriminação - as entidades adjudicantes devem garantir a igualdade de acesso ao contrato pelos operadores dos países da UE e outros de direitos equivalentes; b) da igualdade de tratamento – representa tratar os proponentes de forma isonômica, sem privilégios, mesmo sendo previstas legalmente os casos justificáveis de tratamento desigual (exceção); c) da transparência – os anúncios de “concursos” devem ser amplos para garantir a participação do maior número de proponentes e apresentar com clareza os critérios da contratação para evitar favoritismos e arbitrariedades por parte da entidade adjudicante⁹³.

Os três princípios envolvidos no “agir com equidade”, segundo instruções da Comissão Europeia, expressam a pertinente responsabilidade da entidade adjudicante no tratamento ao concorrente, obrigação baseada em preceitos de legalidade do procedimento, mas não concebe a participação do cidadão, como um dos requisitos a uma boa administração, princípio consagrado no art. 41º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. É de bom alvitre deixar claro que o simples fato de disponibilizar informações sobre o objeto, o valor e o contratado, por si só, não alcança a ideia de participação do cidadão no procedimento de contratação, é preciso fazer-se muito mais! É

⁹²Comprar Ecológico! Manual de Contratos Públicos Ecológicos. (2011) 2 ed. Comissão Europeia. p. 22

⁹³ Idem, p. 23

preciso alcançar com mais esforço as ideias de transparência e publicidade enquanto princípios fomentadores da cidadania, tal como requer a Constituição da República Portuguesa.

O legislador nacional ratifica no Decreto-Lei n.º 18/2008, que introduziu o CCP, a *publicitação* como fator importante para os concorrentes, na formulação de suas propostas, bem como para a entidade adjudicante na escolha da proposta economicamente mais vantajosa; reforça o uso da tecnologia da informação para promoção de simplificação procedimental pré-contratual e adequada participação procedimental do corrente através de meios eletrónicos.⁹⁴ Percebe-se, tal como nas diretivas, a Publicidade (*publicitação*) dirigida ao adjudicante e ao concorrente (adjudicatário), e não como instrumento de transparência indispensável à aproximação do cidadão ao acompanhamento dos procedimentos de contratação pública, apesar de ser obrigatório, conforme se constata das determinações legais anteriormente relacionadas.

O CCP, ao abrigo das revogadas Diretivas, alerta para a responsabilidade do órgão adjudicante em proceder com transparência e publicidade, obrigação consignada como princípio (art. 1º/4) e discorrida em diversos de seus artigos. É salutar observar que os artigos distribuídos impõem a obrigação de publicação das informações sobre a contratação como critério de formalidade voltado à indicar conteúdos mínimos para atrair os concorrentes à apresentação de propostas, dar conhecimento de correções nos anúncios, informar sobre a empresa contratada e sobre possíveis modificações que devem ocorrer por meio do mesmo instrumento onde foi publicado o anúncio inicial. Considere-se ainda que muitas vezes há limitação do número de palavras (art. 131º/4), fator inibidor, conforme o caso, a uma eficiente informação. A preocupação do legislador ao exigir a publicidade das informações pré e pós-contratuais no Jornal Oficial da União Europeia e no Diário da

⁹⁴ Introdução do Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro. “[...] Na verdade, os factores que densificam o critério de adjudicação constituem a pedra angular de qualquer programa de concurso, pelo que a sua enunciação e publicitação reveste-se de inegável importância, tanto para os concorrentes (que com base em tais factores delinearão, de uma forma ou de outra, a respectiva estratégia e apresentarão, de um modo ou de outro, os seus argumentos concursais) quanto para a entidade adjudicante (posto que é à luz desses factores que se há-de evidenciar a proposta economicamente mais vantajosa na óptica do interesse prosseguido). [...] O CCP prossegue o objectivo da simplificação da tramitação procedimental pré-contratual através da aposta nas novas tecnologias de informação. Introduce-se, a título principal, uma adequada participação procedimental através de meios electrónicos. É fundamental, num quadro em que o Governo pretende promover a desburocratização, que a contratação pública seja desmaterializada - o que obriga, entre outras coisas, à criação de um sistema alternativo ao clássico papel, fundando as comunicações em vias electrónicas. Desta forma, assegura-se ainda um importante encurtamento dos prazos procedimentais, tanto reais quanto legais.”

República é notada com clareza, sendo reiterada a exigência de publicação nos referidos instrumentos⁹⁵, fator comprovativo da exaustiva ausência do cidadão no procedimento de contratação pública.

A nota da ausência de termos como cidadania, cidadão e participação (inerentes à ideia de participação na Administração Pública) no CCP e nas comentadas Diretivas, por si só não invalida a possibilidade de interferência do cidadão (o não proponente) no procedimento das contratações. Trata-se de direito consagrado enquanto princípio constitucional e, como tal deve vir em socorro da ausência de regra. Quando constatada a carência de publicidade voltada a incentivar a aproximação do cidadão da Administração Pública ou mesmo quando for limitadora a esse objetivo, os princípios revelam-se adequados para superação da deficiência. Oliveira (2008:63) entende que [...] *os diferentes princípios relevantes em matéria de contratação pública constituem, claro, um tópico de argumentação ou ponderação jurídica nas diferentes hipóteses em que se suscite um problema situado no seu domínio de operatividade* [...], e sendo a matéria da contratação pública regulamentada pelo legislador nacional, possuidor de legítima autonomia, essa omissão pode ser questionada e reivindicada através dos instrumentos jurídicos adequados, tal como se encontram abordados nos capítulos IV e V.

Foram várias iniciativas nacionais implementadas em favor de uma política de transparência, uma delas em junho de 2003, com o Programa Nacional de Compras Eletrônicas - PNCE, lançado pela Agência para a Sociedade do Conhecimento – UMIC (do Ministério da Educação e Ciência), com o objetivo de introduzir ferramentas eletrônicas nos processos de compras públicas em Portugal, e posteriormente expandido para os demais ministérios, passando a integrar negociações e organismos. No final de 2006 agregava 918 organismos e 103 processos de agregação e negociação que representavam 41 milhões de euros, com cerca de 20% de poupança, desde o efetivo início do projeto. Os principais objetivos a serem alcançados com a iniciativa eram os de promover a eficiência nos procedimentos de compras públicas para gerar ganhos; ampliar o acesso de empresas (ampliação da competitividade); e aumentar a transparência e qualidade do serviço prestado com os recursos da tecnologia da informação.⁹⁶

⁹⁵Cfr. arts. 24/3, 25/1, 27/1, 29/1-2, 34/1, 35/1, 70/4, 78/4 etc.

⁹⁶Disponível em http://www.unic.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=33&Itemid=112. Acesso em 21.03.2014

O Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, concebido em face do Programa de Reestruturação da Administração do Estado - PRACE, cria a Agência Nacional de Compras Públicas - ANCP para conceber, definir, implementar, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, visando reduzir gastos, desburocratizar e usar os meios tecnológicos de suporte e proteção ambiental (art.1º/2), na medida em que usam menos papel. A ANCP tinha como meta de curto prazo, dois objetivos principais: controlar os acordos por ela celebrados e potencializar o sistema de compras centralizadas.

As iniciativas apontadas vêm em sequência ao processo de transparência das contratações públicas com o uso da tecnologia da informação com suporte primário concebido a partir do “Livro Verde - Os Contratos Públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro”, publicado em 27 de novembro de 1996, pela Comissão da União Europeia. Este documento alerta para a necessidade do uso de novas tecnologias para gerirem as práticas administrativas das compras públicas, principalmente sem o uso de papel; impõe o desafio à Comunidade para introduzir processos eletrônicos de notificação e de anúncios de contratos para melhor difundir as informações aos potenciais fornecedores, e assim “revolucionar” a forma clássica de adjudicação com a produção de muitos papéis. Registra-se no documento que além de evitar-se a produção desnecessária de papel durante os procedimentos *as possibilidades oferecidas pela tecnologia são muito mais vastas do que as aplicações, relativamente simples, em matéria de transmissão e difusão eletrónicas dos anúncios de contratos.*”⁹⁷

Em continuação aos objetivos traçados em 1996, o Livro Verde da Contratação Pública Eletrônica, lançado em 2010 na UE, relativo ao alargamento da utilização da contratação pública eletrônica, representa uma das medidas de intensificação das contratações por meio eletrônico do programa lançado para transformar radicalmente o funcionamento e o desempenho da Administração Pública, com a centralização das informações, celeridade para a adjudicação, economias de escala e integração do mercado dos contratos públicos na União Europeia. Neste documento, destaca a Comissão que a adesão ainda mostra-se fraca (estimada em 5% do valor total dos contratos públicos). Ao contrário dessa estatística, Portugal alcançou uma posição de exceção, por adotar os meios

⁹⁷ Disponível em http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_pt.pdf. Acesso em 21.03.2014, p. 28.

eletrônicos para todas as fases, inclusive a adjudicação, ficando de fora apenas alguns modo de aquisição, desde novembro de 2009.⁹⁸

O Parlamento Europeu aprovou a revisão da legislação sobre os contratos públicos que revoga a Diretiva 2004/18/CE, conforme destacado anteriormente. A nova diretiva, em respeito aos princípios do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços), bem como os princípios deles decorrentes (princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência) dispõe sobre meios que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública, e “a reforma visa facilitar uma melhor utilização qualitativa dos contratos públicos através da tomada em consideração de critérios sociais e ambientais”⁹⁹. Em notícia postada no portal “Base” do governo português, se reafirma o objetivo da nova diretiva em “assegurar uma melhor utilização dos fundos públicos e incentivar o crescimento, o emprego e a inclusão social”, e considerando que os contratos públicos representam cerca de 18% do PIB da EU, é primordial melhorar o acesso das PME (Pequenas e Micro Empresas) e simplificar os procedimentos¹⁰⁰.

É salutar transcrever alguns dos fundamentos à publicidade (transparência), enumerados pelo poder legislativo europeu quando da aprovação da nova diretiva, para melhor compreensão dos objetivos pretendidos, principalmente em face do reforço ao uso dos meios eletrônicos:

(19) Os meios eletrônicos de informação e comunicação podem simplificar grandemente a publicação dos contratos e aumentar a eficiência e a transparência dos procedimentos de contratação. Deverão, pois tornar-se os meios normais de comunicação e intercâmbio de informações neste domínio, uma vez que aumentam significativamente as possibilidades de participação dos operadores económicos em concursos em todo o mercado interno.

⁹⁸ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:PT;>, p. 1-10. Acesso em 23.03.2012.

⁹⁹ Disponível em http://www.base.gov.pt/base2/downloads/Comunicado_de_imprensa.pdf. Acesso em 24.03.14. Nota da imprensa do Parlamento Europeu, p.1.

¹⁰⁰ Disponível em <http://www.base.gov.pt/base2/html/noticias/81.shtml>. Acesso em 24.03.14

(19-A) As autoridades adjudicantes deverão, salvo em determinadas situações específicas, utilizar meios eletrónicos de comunicação que não sejam discriminatórios, que estejam de modo geral disponíveis e sejam compatíveis com os produtos de uso corrente no domínio das TIC, e que não limitem o acesso dos operadores económicos ao procedimento de adjudicação.

(20) Os mercados dos contratos públicos da União têm vindo a registar uma forte tendência para a agregação da procura pelos adquirentes públicos, a fim de obter economias de escala, incluindo a redução dos preços e dos custos das transações, e de melhorar e profissionalizar a gestão dos contratos públicos. É possível cumprir este objetivo concentrando as aquisições em função do número de autoridades adjudicantes envolvidas ou do volume e valor dos contratos ao longo do tempo. Contudo, a agregação e a centralização das aquisições deverão ser atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio e para preservar a transparência e a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado para as pequenas e médias empresas (PME).

(21-A) [...] A fim de garantir a transparência e a igualdade de tratamento, as autoridades adjudicantes deverão indicar nos documentos do concurso para o acordo-quadro os critérios objetivos que determinarão a escolha entre estes dois métodos de execução do acordo-quadro.

(23) [...] Deverão no entanto ser criadas determinadas regras com vista a garantir que a utilização das novas técnicas respeite as regras estabelecidas pela presente diretiva e os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência. [...]

(30-A) [...] Por outro lado, a utilização de meios eletrónicos de informação e comunicação, em particular o pleno acesso eletrónico, por parte dos operadores económicos, dos proponentes e dos candidatos, aos documentos dos concursos e a transmissão das comunicações por via eletrónica, aumenta a transparência e a celeridade. [...]

Os trechos acima grifados demonstram que o tipo de aplicabilidade dado ao princípio da transparência (publicidade) o resume a dois principais aspectos: a ampliação da competição com a clareza das informações acerca do objeto a ser contratado, evitando-

se a discriminação relativa ao proponente ou aos possíveis proponentes; e a coibição da concentração do poder de compra, ampliando-se para as empresas de pequeno porte, impedindo os chamados cartéis, em face do princípio da igualdade, através da proporcionalidade no tratamento. A possibilidade do aumento da transparência e da celeridade das informações visa, enfim, contratar da melhor forma possível, com a devida proporcionalidade no tratamento entre os concorrentes, em afirmação ao princípio da igualdade. Não é mau perseguir tais objetivos, são mesmo fundamentais, mas mostram-se, de certo modo, restritivos quanto ao direito dos cidadãos ao controle das contratações públicas, porque o coloca afastado do procedimento, em face das ausências textuais apontadas no CCP, nas diretivas revogadas e nas vigentes. Segundo J. J. Gomes Canotilho (2003), a efetivação de um controle metódico da desigualdade de tratamento em razão do fim colimado é fator que o legitima (Canotilho, 2003:1298), portanto é imprescindível no caso das contratações públicas.

Da leitura da nova diretiva (principalmente do art. 46º e seguintes) não se vê registrada qualquer referência sobre o cidadão. A ideia de transparência (publicidade) transposta está dirigida ao concorrente para obtenção da melhor proposta a ser contratada. Por outro lado, o cidadão curioso pode acessar às informações postadas, mas possivelmente enfrentará dificuldades, seja para compreender as informações geralmente tecnicistas ou mesmo para efetivar qualquer comunicação com o órgão realizador do procedimento. Previsões no sentido de “facilitar” o acesso do “público no público” não são abordadas na nova diretiva, mas o legislador nacional poderá inserir previsões complementares de caráter instrumental dirigidas ao cidadão não participante.

Em síntese, de igual modo à Diretiva revogada, não há previsão específica quanto à obrigação da Administração Pública aproximar o cidadão dos procedimentos de contratação, principalmente com as novas possibilidades das compras eletrônicas (não tão novas porque há muito previstas no ordenamento europeu). Constata-se, na verdade, uma intensa preocupação em promover a ampliação da publicidade por meio dos recursos eletrônicos em razão da competitividade, ou seja, em referência aos interessados em contratar e aos órgãos adjudicantes.

O direito à participação do cidadão na Administração Pública gera uma discussão em torno da efetividade prática e não somente jurídica das garantias constitucionais e infraconstitucionais no âmbito das compras públicas. Uma Constituição poderá ser

juridicamente válida, mas em razão da dinâmica política pode não ser acolhida, o que a torna carente de uma realidade existencial, que a classifica como Constituição nominal (Loewenstein, 1964:218). Konrad Hesse (1991:20) entende que a força da Constituição depende de como ela é impulsionada pelos acontecimentos, ou seja, depende da realidade onde gera seus efeitos jurídicos. A Constituição, desde o momento de sua formulação, nasce de um conjunto de forças políticas, sociais e econômicas que tenta impor, de alguma forma, seus interesses. Os poderes circulantes na sociedade não se aquietam e permanecem em vigília quanto à prevalência de seus interesses, seja empreendendo forças para as mudanças na Constituição, nas leis e demais normas reguladoras da sociedade, ou mesmo enfraquecendo os outros poderes para não alcançarem seus objetivos democráticos. Nessa luta, prevalecem os interesses das forças dominantes, o poder mais forte em determinado momento histórico. Esse confronto de forças ocorre diariamente no parlamento europeu ou quaisquer outros característicos de países democráticos, em que o processo político de escolha dos futuros legisladores envolve poderes, e prevalecem, geralmente, os que nem sempre favorecem a sociedade.

Os textos acima indicados demonstram a urgente necessidade de uma aplicabilidade prática do princípio da transparência e da publicidade no âmbito da participação popular nas contratações públicas. O legislador não pode ser restritivo e olvidar o comando constitucional do princípio da participação popular na administração pública. Uma democracia sem a participação do cidadão, principalmente em assuntos sobre as contratações públicas, indicadoras de gastos vultosas, é inócua e está em permanente risco.

Além da publicidade (transparência) exigida não registrar o cidadão comum como parte do procedimento, mesmo que de forma indireta, a legislação e diretivas apontadas não realizam com a devida eficiência, fundamentada no espírito constitucional dos princípios da participação popular e da publicidade, consagradores da responsabilidade estatal de possibilitar a sociedade de conhecer suas atividades, entre elas as das contratações públicas.

O modelo português de contratação pública eletrônica tem sido largamente elogiado na União Europeia, por ter abrangido a quase totalidade das modalidades de contratação em todas as fases do procedimento (do princípio ao fim). Ressalta-se que,

apesar de inegável importância para o processo de transparência pública, deixa em aberto uma lacuna marcada pela quase ausência do princípio da participação popular¹⁰¹.

Tabela 2: Contratação Pública Eletrônica Realizada em Portugal: número de procedimentos tramitados em 2012 Fonte:Portal Base (setembro de 2013).

Formas de Tramitação	Números de Contratos		Valor	
	Nº	%	Preço Base (euro)	%
Por Plataforma Eletrônica	34.136	4	4.872.164.693,05	77,4
Diretamente pela Entidade Adjudicante	108.267	76	1.419.543.268,70	22,6
Total	142.403	100	6.291.707.961,75	100

As contratações públicas processadas eletronicamente, segundo consta nos dados, representaram 77,4% dos contratos em 2012, principalmente as concorrências, uma vez que estas são obrigatórias nas plataformas eletrônicas, e perfazem um valor de € 4.872.164.693,05 do total de € 6.291.707.961,75 dos procedimentos, incluídos os realizados pelas entidades adjudicantes fora dos portais. De acordo com a tabela da figura nº 1, de janeiro a dezembro de 2013, o Brasil movimentou em compras governamentais o montante de R\$ 68,43bilhões, e o pregão eletrônico contribuiu com uma economia de R\$ 9,1 bilhões, além de ser a modalidade (na forma eletrônica) mais crescente de todos os tempos, conforme visto de 2008 a 2013. Os dois países têm investido em publicidades das contratações públicas em portais eletrônicos, e a modalidade pregão no Brasil tem destacado-se como a mais utilizada.

O domínio de novas tecnologias e de quaisquer outras formas de realização das informações sobre contratações públicas deve prevalecer não somente para ampliar a competição, requisito fundamental na busca da proposta mais vantajosa, mas deve, ao mesmo tempo, inserir o cidadão nesse processo de participação, seja antes ou durante o

¹⁰¹Disponível em http://www.base.gov.pt/base2/downloads/COM_CE_2013_453.pdf. Acesso em 15/03/14.

procedimento, até a execução contratual. Inserir o cidadão (português e europeu em geral, pertencentes aos estados-membros) no processo de contratação pública, enquanto ator social, mesmo quando representado por organizações coletivas civis, é dar efetividade prática ao princípio da participação popular no controle das contratações públicas e a oportunidade de “serventia” ao princípio da publicidade (transparência) para aproximar o cidadão da administração pública.

2.4 O Princípio da Participação Popular

O princípio da participação popular é intrínseco ao princípio da soberania popular, ambos derivados do princípio geral maior, o princípio democrático, legitimador das constituições brasileira e portuguesa, configurados em várias passagens, v.g., parágrafo único do art. 1º da CRFB; arts. 2º, 9º/c e 267º/5 da CRP, portanto constituem um conjunto normativo democrático que fundamenta uma sociedade. Entende Aragon (1990:25) que *sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder*¹⁰². Confirma-se da assertiva o papel da constituição, enquanto norma, como base da ação do poder, traduzida na submissão ao Estado de direito. Submissão imposta ao Estado e a sociedade, ressalta-se ainda que, enquanto norma, não é unicamente suficiente para fazer valer os direitos nela declarados.

Em ambas as constituições a atividade estatal deve estar em consonância com a soberania popular, um dos pilares da democracia participativa, que inclui o direito de o cidadão controlar os atos da Administração Pública no exercício de seu poder legal, colocando-se como um poder democrático relevante sobre os demais poderes estatais e não estatais. Convém aduzir que [...] *la soberanía del pueblo, sino también porque se organiza el poder en coherencia con esa atribución. De ahí que no puedan disociarse, a efectos de la legitimidad, las declaraciones contenidas [...]*¹⁰³. O poder democrático só pode ser assim reconhecido sem contrariar as garantias constitucionais. Por essa razão, quando o

¹⁰² Tradução própria da autora: “Só é Constituição autêntica, quer dizer, Constituição normativa, a Constituição democrática, já que unicamente ela permite efetivamente, isto é, juridicamente, a ação do poder.

¹⁰³ Tradução própria da autora: “[...] a soberania do povo, mas porque se organiza o poder em coerência com essa atribuição. Daí que não podem dissociar-se, a propósito da legitimidade, as declarações contidas [...]”. Aragon, 1990:27. O autor comenta sobre o princípio democrático na Constituição espanhola, mas nada obsta tomá-la

Estado atua na contramão do processo participativo, e. g., não criando espaços ou condições de o cidadão exercer o controle das contratações públicas, age anti-democraticamente, expressando um poder ilegítimo.

A democracia é um direito fundamental de quarta geração influente no bem-estar das sociedades, e possui dois pilares de grande relevância, segundo José Afonso da Silva (2001:135): a) a soberania popular, que representa o povo como a única fonte do poder, contido na regra de que todo o poder emana do povo; b) a participação direta ou indireta do povo, expressão da vontade popular (Silva, 2001:135). A participação dos cidadãos no controle das contratações públicas é garantia de raiz democrática, que se tolhida, coloca em risco outros direitos fundamentais quando abordados nos procedimentos de contratação, como o direito à saúde, à educação, à moradia, à segurança, etc. São direitos que relacionam-se com o princípio democrático, pois um país verdadeiramente democrático não desrespeita a dignidade da pessoa humana. “A democracia, antes de ser considerada um direito fundamental, contemporaneamente se constitui como o próprio pressuposto de fundamentalidade [...] dos direitos fundamentais” (Alves, 2013:117). A democracia é o fundamento dos direitos fundamentais expressos nas constituições nomeadas “democráticas”. A democracia enquanto norma base e os direitos fundamentais dela originários sustentam toda a organização política dos Estados democráticos, mas na prática, muitos precisam de ajustes, principalmente quanto às desigualdades sociais. A participação popular surge como um atídotos aos males delas decorrentes.

O direito à participação do cidadão nos referidos procedimentos exige um olhar hermenêutico¹⁰⁴ para ser compreendido como um direito fundamental hodierno, com o fim de operar-se maior proteção e mais efetividade prática às contratações públicas. Nenhuma faculdade, proibição ou comando jurídico podem ser interpretados em desacordo com os direitos fundamentais (Justen Filho, 2011:117).

A soberania popular se confunde com o próprio povo e representa a sua vontade, presente de forma eficaz e vinculativa a uma ordem constitucional formada por princípios e mecanismos capazes de garantir a efetivação do referido princípio (Canotilho, 2003:292).

¹⁰⁴A hermenêutica não deve ser tecnicista, construída pelos operadores do direito em especial, ela deve ser observada não somente a partir dos textos jurídicos, mas também das experiências e entendimentos de vários setores da sociedade. Nesta linha, Nalini (2010) entende que os cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, organizações não governamentais, mídia, opinião pública, universidade, empresariado, igreja e família são forças produtivas de interpretação. Nalini, José Renato. (2010) *O futuro da segurança jurídica*. In: Segurança Jurídica, Paulo André Jorge Germanos (coord.), Rio de Janeiro: Elsevier, p. 115.

O processo de participação como exercício de cidadania deve ser considerado, em razão do poder conferido ao povo, como um dos mecanismos de realização das tutelas constitucionais, na busca de uma sociedade mais justa e onde os direitos fundamentais sejam menos desrespeitados e mais efetivados, entre eles o direito fundamental a participação dos cidadãos no controle das contratações públicas.

Em palavras de David Duarte (1996:110) “[...] participação significa não só intervir num processo de decisão, mas também fazê-lo na qualidade específica de quem introduz ou incorpora novos interesses no âmbito da estrutura decisória estabelecida.” Atuar diretamente, sem intermediários (parlamentares ou outros tipos de representação não originárias de organismos populares), tanto no plano administrativo como no judicial ou mesmo em quaisquer outras formas de participação, faz do cidadão não somente participativo, mas verdadeiro dirigente das necessidades coletivas.

A CRFB de 1988, em seu art. 1º, proclama o Brasil como um Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania; na cidadania; na dignidade da pessoa humana; nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa; no pluralismo político; no princípio da soberania popular que atribui ao povo o poder do Estado, exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos. Então, se o poder emana do povo, cabe a ele participar da Administração Pública, seja interferindo ao apresentar sugestões, fiscalizando ou controlando os atos praticados, faculdades consignadas em normas positivadas para permitir ao cidadão dar seu contributo para a consolidação de uma sociedade mais democrática, onde o interesse público seja realmente realizado, focando as necessidades sociais.

O princípio da soberania popular, também presente na CRP (art. 1º) como um de seus fundamentos, está ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, ratificado no art. 2º quando textualmente afirma-se que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular [...]”. Estas disposições demonstram a importância do citado princípio nas Cartas Constitucionais, enquanto fundamento democrático, em constante processo de consolidação em face do desenvolvimento social e político, advindos das dinâmicas que o impulsionam e provocam constantes mudanças (inclusões, omissões, complementações, etc.), nem sempre em favor da democracia.

O controle das contratações públicas representa uma das formas de concretização efetiva do princípio da participação popular, um dos subprincípios da soberania popular.

As manifestações de participação no controle das contratações públicas podem ser realizadas diretamente pelos cidadãos para requerer garantias, salvaguardar direitos fundamentais, fazer questionamentos ou por iguais razões, de forma indireta através de representantes legítimos.

Os cidadãos podem se manifestar através dos órgãos representativos institucionais (Tribunal de Contas, Ministério Público, Ouvidoria, Provedor de Justiça, etc.) mobilizando-os para responder a questionamentos, para anular, corrigir ou averiguar situações de determinado procedimento de contratação pública. Esta forma de intervenção tem por fim permitir ao cidadão, titular do poder estatal, mas hipossuficiente perante a ordem estabelecida, exercer plenamente a cidadania participativa na Administração Pública. Lembre-se que “a participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático [...]” (art. 109º da CRP).

Uma das formas indiretas de controle pode ocorrer quando o cidadão, por iniciativa própria, mobiliza os órgãos estatais de controle (Ministério Público e Tribunal de Contas) ao protocolizar petição para solicitar investigação de possíveis irregularidades em procedimentos de contratação pública.

O controle do cidadão através dos órgãos de controle, apesar de não ter o *status* de recurso inovador, é uma considerável e democrática forma de interferência indireta vigente, que pode e deve ser mais explorada em benefício da coletividade. Invoca-se oportunamente um questionamento: os atos praticados por esses órgãos de controle devem ser fiscalizados? Sim. A competência legal não o isenta de ser fiscalizado pelo cidadão, desde que legais e legítimas suas ações. Na verdade, esses órgãos devem ser exemplo de legalidade e moralidade, e suas portas devem estar sempre abertas, contra a velha prática do sigilo. Devem acolher a transparência idêntica a do vidro incolor. Afinal, quem não deve não teme!¹⁰⁵

A obrigação constitucional de o Estado executar suas atividades a partir do poder concebido pelo povo está presente nos Estados democráticos, os quais devem ampliar os espaços públicos para permitir a presença do cidadão na Administração Pública e se

¹⁰⁵Sobre o tema, na atual conjuntura dos tribunais de contas do Brasil, órgão auxiliar do legislativo para realizar o controle externo, cfr. Paiva, Maria Arair Pinto, et. al. (2006) *Tribunal de contas e estado democrático de direito: necessidade de correção de rumos*. In: *Direito: controle e autonomia no espaço público*. Org. Maria Arair Pinto Paiva. Rio de Janeiro: Editora Uapê. pp. 143-153.

construir uma governação legítima, baseada nos valores e necessidades da coletividade. *La satisfacción de necesidades colectivas debe ser compatible con los derechos fundamentales de las personas; de otro modo, no se atiende al interés general*¹⁰⁶. A participação dos cidadãos na Administração Pública, como constatado, está autorizada em várias passagens da CRP e da CRFB, também em normas infraconstitucionais, conforme dito, mas a realidade demonstra um envolvimento dos cidadãos ainda tímido.

Os fins da Administração Pública relacionam-se com o atendimento das necessidades coletivas e individuais dos cidadãos e devem ocorrer de forma eficiente e eficaz. Para Cláudia Viana (2010:301), a eficiência é inerente à relação entre meios e fins e a eficácia entre os objetivos e os fins. A obrigação constitucional de o Estado cumprir a satisfação do interesse público, o vincula a executar os atos administrativos no tempo e nas condições razoáveis para o atendimento das necessidades coletivas, com eficiência. Aduz Filipa Urbano Calvão (2010:332) que a eficiência funciona para o agente administrativo como uma obrigação de realizar o interesse público “de modo mais intenso e imediato e juridicamente menos custoso”. Nesse diapasão alega Cláudia Viana (2010:302) que a efetivação das necessidades coletivas, em vista do bem estar, implica uma “eficiente eficácia da Administração Pública”, utilizando-se adequadamente dos meios e recursos disponíveis.

O constante descumprimento de tal obrigação (de agir com eficiência, ou mesmo simplesmente atuar em conformidade com seu poder-dever) pode criar uma consciência política de indignação por parte dos cidadãos, que apoiados nas tutelas constitucionais fundamentais, podem atuar na perspectiva de efetivar algum controle ou interferência. Segundo ressalta Gianfrancesco Fidone (2011:385), em estudo sobre a chamada reforma Brunetta¹⁰⁷, *o destinatário da atividade administrativa tem interesse no funcionamento da dita atividade, entendida como resultado o serviço final prestado, mais que nos aspectos organizativos da Administração Pública*¹⁰⁸, não importando determinados fatores organizativos prescindíveis para o alcance do interesse público.

¹⁰⁶ Tradução própria: “A satisfação de necessidades coletivas deve ser compatível com os direitos fundamentais das pessoas; de outro modo não se atende o interesse geral” (Tornaría, 2006:1599).

¹⁰⁷ A Reforma da Administração Pública italiana ocorrida em 2009 foi denominada “Reforma Brunetta” em face do então ministro Renato Brunetta.

¹⁰⁸ Fidone, 2011:385.

A organização administrativa não pode se sobrepor, em grau de importância, à prestação do serviço em si, além de outros fatores intervirem causando prejuízos à sociedade, levam ao não alcance da eficiência, operando-se uma gestão pública dissonante do interesse comum. O processo de construção do bem-estar exige uma Administração Pública eficiente, sem burocracias e sem a produção de prazos e papéis infundados, e nesse processo de satisfação de estar o cidadão como destinatário e como agente transformador, nos papéis de fiscalizador, controlador, motivador, etc.

A participação popular do cidadão na Administração Pública funciona como medida preventiva e corretiva de suas atividades. Segundo Gianfrancesco Fidone (2011)¹⁰⁹ “se há alguns funcionários oportunistas mas o resultado global da atividade administrativa é satisfatório, o usuário não terá nenhum interesse em empreender ações contra a Administração Pública”. A responsabilidade dos cidadãos não deve restringir-se a um ativismo de correção ou questionamento os desvios praticados pelos agentes públicos, mas deve também interferir de forma contundente a partir de uma participação direta prévia, principalmente. Os conselhos participativos existentes em alguns países, tais como no Brasil e em Portugal, são exemplos de participação direta do cidadão na Administração Pública e representam um novo modelo (já não tão novo) de administração depois dos fracassados modelos burocrático e receptivo (*new public management*)¹¹⁰.

A administração burocrática se caracterizou por considerar a Administração como fiel executora da lei com limitações aos novos interesses, e a participação dos cidadãos era muito restrita e vinculada principalmente a uma perspectiva defensiva, sem o reconhecimento da participação dos cidadãos na definição do interesse geral, na determinação das políticas públicas¹¹¹. A administração receptiva surgiu ante a crise do monopólio na definição do interesse geral por parte do Estado, das novas concepções da democracia e da crise de representatividade dos parlamentos, assim como da aparição de uma nova fragmentação social (Chevalier, 2004 e 2007)¹¹². O modelo de administração *en*

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ A reinvenção da democracia participativa ocorreu nos países do Sul e do Norte dentro dos processos de democratização vivenciados por eles a partir da década de 70, em Portugal a partir do processo de ampliação nos anos 70, Brasil e África do Sul nos anos 80 e 90. Santos, 2009b:55.

¹¹¹ “La administración burocrática se caracterizo a grandes rasgos por considerar que se debería garantizar que la administración sea una fiel ejecutora de la ley y que, por tanto, la introducción de nuevos intereses sea lo más limitada posible” (Martínez, 2011:68).

¹¹² Chevalier, J. (2004). *L'État post-modern*. 2ª ed., Paris, L.G.D.J., p. 205 e Chevalier, J. (2007): *Science Administrative*, 4ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, p.437 *apud* Martínez, Augusti Cerrill i.

red defendido por Martínez (2011:69) na atual conjuntura de sociedades pluralistas e complexas contribui para a troca de experiências e baseia-se na colaboração entre Administração e cidadãos com o fim de realizar o interesse da coletividade, e o cidadão passa da condição de administrado passivo (clientes) para a condição de co-administradores, sujeitos ativos (atores sociais). A co-administração conta com o Estado e a participação da sociedade, e ambos têm a obrigação de controlar os atos praticados para consecução da atividade administrativa em razão dos fins legais e do interesse público a serem observados.

O controle operado pelos cidadãos é o mais legítimo porque é dissociado de hierarquias funcionais, apesar das constantes interferências político-partidárias que dão o “norte” de acordo com o interesse de grupo, situação que ocorre em algumas organizações sociais e prejudicam o interesse público. A participação popular como o fator diferencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social, porque a participação democrática é um interesse almejado pelo povo para a defesa do interesse público, e que pode ser exercido pelas vias administrativa e judicial, considerando ainda a incapacidade de o Estado atuar sozinho (Di Pietro, 1993:38).

A ampliação do espaço público para aproximar o cidadão da Administração Pública enquanto ator social, ratifica-se, é uma obrigação constitucional, que revela-se salutar para a mudança do atual cenário de desinteresse de participação, ainda muito marcante em Portugal e no Brasil, apesar dos avanços. Nesses países, a maioria dos crimes contra a Administração Pública sequer chega aos tribunais, e quando isto ocorre, cobre-se no manto da impunidade em virtude de manobras políticas e processuais.

Convém *a priori* destacar que a Administração Pública, independentemente de ser questionada pelos cidadãos, administrativa ou judicialmente, deve adotar os procedimentos de forma a não prejudicar o interesse público, mesmo que exija indispensáveis reflexões ou a prática de atos anteriormente não previstos, e isso demande tempo, pois nem sempre a celeridade é sinônimo de eficiência. O ponto de equilíbrio (preventivo) está na percepção do cidadão e da Administração Pública quanto à adequada e necessária “demora” na

(2011). *La participación en los órganos colegiados en la administración en red*. Revista Vasca de Administración Pública, nº 90, maio/agosto, Bilbao-Biscaia. Tradução Própria, p. 68. Cfr. “A crise dos sistemas de democracia representativa é algo que atravessa todos os continentes e países relatados no livro.” Dias, Nelson. (2013) In: *Esperança democrática: 25 anos de orçamentos participativos no mundo*. Org. Nelson Dias, São Brás de Alportel - Portugal: Associação In Loco, p. 15.

conclusão dos atos antecedentes à efetivação do interesse público, de uma forma eficiente. Em palavras de Filipa Urbano Calvão (2010:338), as autoridades administrativas precisam refletir e ponderar ao aplicarem os princípios da imparcialidade, da igualdade e da proporcionalidade e a realização dos valores de justiça para alcançar o objetivo fim da prestação administrativa em favor dos direitos e interesses dos particulares¹¹³.

A ideia de controle investigada neste trabalho não se limita ao aspecto jurídico, abrange os fatores sociais e políticos presentes nas experiências dos cidadãos, afinal, o direito positivado é produto dessas experiências, que segundo Eduardo Kroeff Machado Carrion funciona como um controle discricionário do ato administrativo relacionado com o mérito, a eficácia, a conveniência e a oportunidade (Carrion, 1997:83-84).

Lesionar o direito é grave, e especialmente o princípio, “indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos” (Bonavides, 2012:449). A liberdade é uma das concepções do Estado de Direito Democrático, e por tal razão ela não é irrestrita, principalmente para impor os limites do poder estatal. Em termos negativos e procedimentais a democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção de governantes e de mecanismos que limitam seu poder para desenvolver e proteger as instituições políticas das “tentações da tirania” (Canotilho, 2003:291).

Criar condições para o exercício da cidadania é uma obrigação de todo Estado Democrático por força do princípio da soberania popular, e os cidadãos detentores deste direito devem exercê-lo para assumir a sua cota de responsabilidade no processo de consolidação democrática. Não faltam previsões legais autorizadas, mas ações efetivas, que para serem externadas dependem de várias condições e interesses.

O princípio da soberania popular apresenta-se em dois tipos de manifestações: a direta, feita pelos cidadãos sem intermediários, fundamentados nos mecanismos legitimados pelo ordenamento jurídico vigente, no âmbito judicial e/ou administrativo; a indireta, realizada por representantes autorizados e legitimados pela mesma ordem jurídica, no exercício do poder conferido pelo povo. O poder atribuído aos representantes é “[...]”

¹¹³ Cfr. sobre ponderação em Alexy, Robert. (2007) *Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular*. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 295 e ss.

feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; é o [...] exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo” (Canotilho, 2003:293), mas nem sempre ou quase sempre é assim exercido.

A representação democrática é material porque não significa apenas o poder conferido pelo povo, assenta-se no conteúdo justo dos atos praticados pelo órgão representativo, que deve executar ações que reflitam a vontade de seus outorgantes e a eles se conecta independente de suas diferenças e concepções políticas (Canotilho, 2003:294), mas essa legitimidade representativa tem estado ausente em muitas ações contrárias ao interesse. Convém observar que a representação dos cidadãos por associações e fundações surgem como um recurso democrático de maior credibilidade quando comparada a representação partidária em crescente descrédito.

Uma das expressões de liberdade constata-se no direito de associação como “um apoio fundamental da estrutura democrática” (Andrade, 2012:55), não condicionada à de natureza partidária. Está positivado na CRP o direito de livre associação do cidadão (art. 46º), com o fim de constituição ou participação, “para a formação da vontade popular e a organização do poder político” (art.51º/1). A organização dos cidadãos em associações favorece “o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos” (art. 48º da CRP).

O constituinte ao introduzir a liberdade de criação e dissolução sem interferência do Estado (exceto nos casos previstos em lei e mediante decisão judicial) conferiu às associações maior liberdade na defesa da democracia, dos interesses coletivos e difusos.

O direito de participação popular através de associações traduz a dimensão objetiva do direito de liberdade do cidadão organizado, e confere à democracia uma condição e uma garantia de direitos fundamentais porque valoriza a legitimação do poder (Andrade, 2012:56) popular.

A participação na vida política envolve vários direitos políticos espalhados na CRP (arts. 45º-2 54º, 63º-1, 98º; 263º, etc.) que confirmam as múltiplas expressões do princípio participativo (Canotilho e Moreira, 2007:665). Não há dúvida que entre as formas participativas, a associativa, especialmente das organizações sociais, exerce importante reforço na defesa de direitos fundamentais. Apesar de as associações exercerem o papel de representantes de uma determinada categoria de cidadãos ou de cidadãos indeterminados (detentores de direitos e interesses difusos), não é o cidadão diretamente o responsável por

promover as ações necessárias à proteção de interesses coletivos e difusos. A representatividade por associação oconsagra uma forma mais segura e mais livre de intervenção popular, (Canotilho e Moreira, 2014:644) sobretudo perante o Estado, porque não exerce legalmente qualquer competência sobre sua organização, constituição ou atuação, que se traduz numa representatividade mais livre e de caráter impessoal, protegendo seus membros de perseguições; nesse sentido para Alexis de Tocqueville, segundo Miranda e Medeiros (2005:953) “como nos povos democráticos todos os cidadãos são independentes e fracos, quase nada podem por eles próprios [...]”. Se por algum motivo ou receio os cidadãos não podem defender-se sozinhos, sobretudo contra o Estado, a associação serve-lhes como um mecanismo de proteção individual; não é somente uma questão de representatividade, mas representa um garante de liberdade e de legitimidade democrática. O cidadão tem a garantia de escolha, se persegue individualmente seus objetivos ou busca realizá-los por intermédios de associações, lembrando que os fins de ambos devem ser comuns (Canotilho e Moreira, 2014:644).

O direito de ação popular, por exemplo, consignado na CRP e regulado pela L n° 83/95, confere a todos¹¹⁴, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, a possibilidade de proteger, cessar ou perseguir judicialmente prejuízos contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; defender os bens públicos (art.52°-3 da CRP). A legitimidade das associações não se confunde com ação de grupo, aquela configura-se quando estão em causa os interesses de seus associados ou interesses públicos por violação da ordem jurídica (Canotilho e Moreira, 2007:698) e a entidade unicamente atua judicialmente na defesa desses interesses independentemente de mandato porque já possui legitimidade estatutária.

As associações podem também ser legitimamente intervenientes em procedimento administrativo que defendem os interesses individuais agregados coletivamente, desde que estejam em causa interesses correspondentes aos estatutários (Duarte, 1996:132-133). Importante ressaltar que são considerados interessados procedimentais¹¹⁵ aqueles

¹¹⁴ A ação popular alarga a legitimidade processual ativa a todos os cidadãos, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens e interesses em causa. É um tipo de ação que contradiz as teorias do “interesse direto e pessoal” ou na “proteção de norma” porque o cerne da ação está na defesa dos interesses comuns e do património público (Canotilho e Moreira, 2007:697).

¹¹⁵ Cfr. art. 68°/1 do CPA (DL n.º 4/2015, de 07 de Janeiro).

possivelmente prejudicados com as decisões adotadas, parcial ou totalmente. Em matérias relacionadas com bens da saúde, educação ou moradia todos os cidadãos podem intervir, mas de alguma forma possam ser prejudicados, devendo ter uma subjetivação do interesse, ou seja, possa repercutir de modo a prejudicá-los diretamente (Duarte, 1996:134).

O novo CPA manteve a redação anterior indicando a necessidade de demonstração de um possível prejuízo individualizado pelo associado quando afirma a legitimidade para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados, desde que pertinentes à natureza estatutária da organização (art. 68º/1 do CPA). Quando estiverem em causa direitos e interesses difusos a associação e fundação representativas dos interesses difusos em causa, por ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural, desnecessária, portanto, a comprovação de prejuízo individualizado (art. 68º/2-b). Frise-se que em ambas as situações (judicial e administrativa) os cidadãos são legítimos para atuarem diretamente, mas têm a possibilidade jurídica de serem representados por associação ou fundação, mesmo quando estão em causa interesses difusos que, de alguma forma, refletem no indivíduo.

O ordenamento português confirma o poder legítimo das associações e fundações na defesa de interesses coletivos e difusos quando objetos de procedimentos de contratação pública, seja por via administrativa ou judicial. É a ampliação da legitimidade do cidadão de caráter democrático, e tem como principal objetivo proteger uma determinada (interesse coletivo) ou indeterminada coletividade (interesse difuso).

O direito de associação ingressou no Direito Constitucional brasileiro em 1891 no § 8º, art. 72, incluído na redação do mesmo artigo está o direito de reunião, atualmente positivado no art. 5º, inciso XVII e ss da CRFB, é garante de direito a livre associação para fins lícitos, direito este conferindo também às cooperativas, com direito a livre criação e suspensão de suas atividades sem interferência estatal, exceto por decisão judicial com trânsito em julgado, tal como previsto no ordenamento português.

O mandado de segurança¹¹⁶ coletivo previsto no art. 5º, LXX da CRFB (disciplinado pela Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009) pode ser promovido por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação com legitimidade (independe de autorização específica) para a defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou parte de seus membros ou associados, de acordo com a natureza estatutária (art. 21 da Lei 12.016/09). Já a ação popular brasileira prevista no art. 5º, LXXIII da CRFB (regulada pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965) confere legitimidade de ação apenas ao cidadão individual, com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultura; não há legitimidade prevista de representação do cidadão por associação. São exemplos de intervenções dos cidadãos, o mandado de segurança individual ou coletivo, este podendo ser acionado por associação; já a ação popular só podem ser autores os cidadãos, mesmo que atuem conjuntamente numa mesma ação, mas não podem ser representados por associações.

No âmbito administrativo brasileiro, o direito geral de petição previsto no art. 5º, XXXIV, alínea a, da CRFB, considerando a redação do artigo, define a legitimidade a “todos”, ou seja, ao cidadão individual, a um conjunto de cidadãos ou quaisquer entidades coletivas (associação, sindicato, etc.) poderá fazer uso desse instrumento jurídico no âmbito administrativo, inclusive, conforme aponta-se em capítulo adiante, nos procedimentos de contratação pública.

O objetivo não é aprofundar sobre o direito de associação, mas enquanto um direito fundamental de expressão de liberdade, evidenciar seu caráter democrático e os reflexos sobre outros direitos fundamentais quando utilizado como mecanismo de proteção e defesa de interesses e direitos coletivos e difusos, especialmente quando direta ou indiretamente envolvidos em procedimento de contratação pública.

Conforme visto a partir dos exemplos apontados, os ordenamentos jurídicos em destaque conferem a possibilidade de representação por associação legalmente constituída, configurando uma garantia de intervenção indireta do cidadão, detentora de poder legítimo reivindicatório e protetivo por preservar a identidade individual do cidadão em face da natureza coletiva da representação. Lembre-se que a liberdade ou autonomia das

¹¹⁶ O mandado de segurança é um remédio jurídico não previsto no ordenamento português e será detalhado no capítulo 3.

associações é baseada no Estado de Direito democrático quando vincula-se frente aos associados, aos direitos, liberdades e garantias traduzidas em métodos, organização e atuação de origens democráticas como a eleição periódica, o pluralismo de opiniões, a participação ativa dos associados etc (Miranda e Medeiros, 2005:958).

As associações são pressupostos da democracia baseados e legitimados nos interesses dos cidadãos, as quais adquirem credibilidade de ação quando demonstram coerência entre os discursos e as práticas.

A ampliação da participação popular no controle da Administração Pública é sem dúvida relevante para evitar-se “o arbítrio e os poderes arbitrários” revelados em ações governamentais desvirtuadas da legalidade e da moralidade públicas. Estes princípios, tais como outros princípios gerais, têm eficácia material positiva da proibição do excesso, porque não se limitam a proibir o arbítrio, impõem positivamente a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos atos dos poderes públicos em relação aos fins colimados (Canotilho, 2003:1165)¹¹⁷ requisitos que podem ser exigidos diretamente pelos cidadãos, entidades representativas ou mesmo por órgãos da própria estrutura estatal. É um modelo democrático com atores diversificados, e se bem utilizado, assegura direitos fundamentais e garante o exercício da participação popular.

2.5 Conclusão do Capítulo 2

1. A Administração Pública deve ser estruturada para atender às necessidades coletivas pelo dever de cumprir as garantias consagradas nas normas vigentes, entre tantas, o direito de o cidadão dela participar, enquanto expressão da soberania popular (Brasil – art. 37, § 3º, art. 1º, II; Portugal, arts 2º e 3º, por exemplo), mas o seu aparato não tem conseguido cumprir com eficiência (em certos setores) a integração mais direta com o cidadão (direito à participação na Administração Pública). Infelizmente, os espaços públicos democráticos existentes ainda não refletem “o governo da democracia como o

¹¹⁷ Nesse trecho o autor faz alusão ao entendimento de k. Larenz (1985:458 e ss) sobre a eficácia material produzida pelos princípios.

governo do poder público em público” (Bobbio, 1997:84), ou seja, verdadeiramente aberto, verdadeiramente visível.

2. O atual modelo de Administração Pública, praticado no Brasil e em Portugal, apesar dos avanços, ainda mantém uma gestão burocrática (excessos de papel e formalismo demais), com a presença de uma cultura ainda forte do sigilo, que dificulta o acesso a documentos e informações públicas aos cidadãos, mesmo quando permitido por lei. Há previsões legais de espaços públicos legítimos para participação popular com o objetivo de o cidadão sugerir, questionar, fiscalizar e controlar, e nestes casos, o Brasil, em relação a Portugal, tem consolidado normas mais avançadas quanto à participação do cidadão na Administração Pública, mas por outro lado, é necessário que essa administração faça valer os princípios norteadores de suas atividades e trazê-los à efetividade para garantir na prática os espaços democráticos.

3. As contratações públicas são realizadas por procedimentos formais, de acordo com a legislação ordinária, fundamentadas nos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa. Apesar de terem sido constatadas diversas referências quanto à obrigatoriedade de observância aos princípios que regem a Administração Pública, tanto no ordenamento português e no brasileiro, ainda há um modelo jurídico-administrativo que, apesar de conter institutos oriundos do princípio da participação popular no controle das contratações públicas, na prática não se realiza a contento, principalmente em Portugal pelas poucas previsões de participação do cidadão no CCP.

4. A *essência* da democracia implica, necessariamente, a celebração de mecanismos de escolha dos governantes e, ao mesmo tempo, os mecanismos de limitação da prática do poder (Canotilho, 2003:291), inclusive com a efetiva participação dos cidadãos, confirmada em diversas normas brasileiras (Constituição; as Leis Orgânicas Municipais; a LC nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, alterada pela Lei Complementar nº 131/2009; a própria Lei nº 8.666 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos; os conselhos gestores e deliberativos etc.) e portuguesas (desde a Constituição; conselhos gestores; orçamentos participativos, etc.).

5. Os princípios funcionam como as colunas-mestras na grande construção do Direito (Rocha, 1994:25), e deles ninguém pode eximir-se por sua função norteadora no ordenamento jurídico e competência hierárquica superior, forças atribuídas por

representarem os valores de uma sociedade. A condução ética de uma contratação pelo poder público deve estar estritamente adequada à essência da mesma, e no caso do controle das contratações públicas observa-se que Brasil e Portugal, apesar de, do ponto de vista normativo, terem avançado quanto à observância da legalidade e da publicidade, ainda há muito a se fazer, considerando que o cidadão ainda não aparece claramente nos referidos ordenamentos jurídicos com a função de fiscal da coisa pública (haja vista o objeto de toda contratação pública ser incorporado ao patrimônio público no caso de bens) ou da execução contratual do serviço, refletindo certa inconsistência na aplicação do princípio da participação popular, princípio este basilar para estabelecer conexão com diversos outros inerentes à matéria.

6. Os princípios da legalidade e da publicidade devem ser percebidos como fontes básicas à participação popular no controle das contratações públicas. Segundo Bobbio (1986:30), a exigência de publicidade dos atos de governo não permite somente ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, a própria publicidade é por si uma forma de controle que permite distinguir o lícito do ilícito. De modo não tão oposto entendo que a distinção entre o lícito e ilícito exige mais que ter acesso, ou seja, ser beneficiado pela publicidade, está ligado a um certo grau de discernimento, um conjunto de informações “suportes”.

7. A responsabilidade constitucional de o Estado promover a cidadania se confirma na ordem jurídica constitucional, e se descumprida, devem os cidadãos, munidos dos instrumentos jurídicos (ou outros disponíveis), atuar para corrigir a omissão ou a ação intencional de não fazê-la cumprida. Quando os cidadãos desavisados de determinados direitos ou desmotivados a uma atuação contra possíveis atitudes ilegítimas do Estado (atitudes hegemônicas), as organizações civis (sindicatos, associações, organizações não governamentais, etc.) devem contribuir para a formação da consciência cidadã, permitindo-os conhecer melhor os direitos positivados, principalmente os direitos fundamentais, e paulatinamente alterar esse quadro; além de poder criar programas de motivação ao exercício da cidadania, seja através dos instrumentos jurídicos ou por quaisquer outras formas de reivindicação (fortalece uma atuação contra hegemônica).

8. O Estado não tem a liberdade contratar como o particular que visa sempre a vantagem monetária aliada à satisfação do seu interesse/desejo. Já a Administração Pública limita-se pela indisponibilidade do interesse público, bem inegociável, diferentemente do

particular. Esses freios não são assegurados plenamente pelo direito positivado, o controle/limite imposto nas previsões jurídicas produzem ou não efeitos se outros poderes assim o impulsionarem. É preciso aproximar o cidadão para contribuir, de alguma forma, com a realização dos fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais ao alcance dos fins colimados pelo Estado, bem como a preservação desses valores, exigem ao intérprete tomá-los como ponto de partida (Ávila, 2014:54-55). Portanto, a prática administrativa deve ser legítima, legal e eficiente na busca da satisfação do interesse comum onde triunfe o bem sobre o mal¹¹⁸, e o procedimento de contratação pública revela-se um dos meios de alcance do bem sobre o mal, vez que o fim colimado é o interesse público e não o interesse do contratato, em outras palavras, o interesse da coletividade é o objeto principal

9. A aplicação do princípio da legalidade para efetividade do direito assenta-se hoje em “bases mais amplas”, respaldando constitucionalmente um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração (Medauar, 2004:469), proporcionando garantias jurídicas que fornecem aos cidadãos o uso de instrumentos jurídicos para exercerem o mesmo controle.

¹¹⁸ Aristóteles, quando defende sua teoria das formas de governo, aponta os critérios distintivos entre as formas boas (o interesse comum) e as más (o interesse pessoal). Para ele, os indivíduos se reúnem nas *polis* porque querem viver bem. A ideia de tendência para o bem revela a boa origem do bem coletivo. Apud Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. (2007) *Discrecionalidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 210.

CAPÍTULO 3

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELOS CIDADÃOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

3.1 A Participação no Âmbito Administrativo – Considerações preliminares

Muitas das diversas relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Pública e os cidadãos têm por origem atos praticados nos procedimentos de contratações públicas, destinados à satisfação das necessidades da coletividade (quando há desvio de finalidade nem sempre é este o objetivo), por consequência, precisa formalizar contratos com terceiros ou mesmo com órgãos e entidades de sua estrutura organizacional para a aquisição de bens e serviços para suprirem os objetivos.

No Brasil, o inciso XXI do art.37; o art.173, §1º, III e o art.175 da CRFB são claros ao definirem a necessidade do procedimento formal de contratação pública, sendo regra a licitação e exceção a contratação direta, ambas sem prejuízo da observância dos princípios norteadores da Administração Pública, conforme estabelecido no artigo 37. Em Portugal, os procedimentos de contratação pública regidos pela norma constitucional e a principal norma infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 18/2008 de 29 de janeiro, instituído sob o manto da Diretiva 2004/18/CE (revogada pela Diretiva 2014/24/UE), condizem, de igual modo, à exigência do procedimento formal de contratação, respeitando os princípios do Tratado (TFUE) e demais princípios norteadores.

O Estado, através do órgão ou entidade que o represente (adjudicante), possui prerrogativas supedaneadas na supremacia e indisponibilidade do interesse público, basilares para a proteção e alcance das necessidades sociais através da contratação. Prova desse poder/dever são as chamadas cláusulas exorbitantes¹¹⁹ presentes na mencionada lei brasileira nº 8.666/93, que atribui à Administração Pública uma capacidade contratual, em termos de direitos, superior a do contratado. Mesmo sendo a Administração Pública possuidora de prerrogativas, o cidadão tem a possibilidade de questionar seus atos, mesmo

¹¹⁹“Todo contrato administrativo apresenta cláusulas exorbitantes, que excedem do direito comum, consignando uma vantagem adicional à Administração ou uma restrição ao contratado, decorrente da própria natureza dos ajustes públicos. Este tipo de cláusula não seria compatível com um contrato privado ao desigualar as partes na execução do acordo existente, porém é absolutamente válida no contrato administrativo, posto que é decorrente de lei e dos princípios que regem a atividade administrativa.” Zimmer Júnior, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. Ver também: Marinela, Fernanda. (2012) *Direito administrativo*. 6. ed., Rio de Janeiro: Impetus, p. 462, “Referem-se a certas prerrogativas da administração que a coloca em situação de superioridade em relação ao particular contratado.” As cláusulas exorbitantes concedem o direito de a Administração, por exemplo, rescindir ou modificar unilateralmente o contrato, mas sempre em função do interesse público. Por esta razão, o ato de modificação ou extinção do ajuste deve ser fundamentado.

os exorbitantes, se estes (ou quaisquer outros) se afastarem do objetivo principal do procedimento (a contratação da proposta mais vantajosa para a satisfação do interesse público) sobrepondo o interesse privado contra a finalidade pública.

Há divergências doutrinárias quanto ao entendimento de contrato administrativo. Na presente pesquisa adotar-se-á o termo “contratos da administração ou contratos administrativos ou contratações públicas” que indica todo tipo de ajuste¹²⁰ celebrado pelo poder público para possibilitar o exercício de suas tarefas, visando a realização do interesse público.

Quando os limites impostos pelo ordenamento jurídico são extrapolados ou mesmo quando os elementos constitutivos dos atos praticados contrariam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, princípios mestres que orientam a AP, cabe aos órgãos competentes e aos cidadãos promoverem as ações indispensáveis à correção das anomalias.

As formas de controle¹²¹ são variadas: o controle administrativo ou executivo realizado pela própria Administração sobre seus atos e agentes; o controle legislativo exercido pelo poder legislativo sobre alguns atos e agentes do executivo; o controle judicial sobre atos e agentes de quaisquer dos poderes por inobservância de legalidade lesivas a direitos individuais, coletivos e ao patrimônio. Quanto ao poder, órgão ou autoridade que o exercita ou o fundamenta podem ser classificados como hierárquicos (resulta do escalonamento vertical); finalísticos (estabelecido legalmente para as entidades autônomas); internos (exercido pela própria entidade controlada a partir de sua própria estrutura organizacional interna); externo (realizado por órgão estranho ao órgão ou entidade controlado); o controle de mérito (visa a comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado); controle externo popular (exercido

¹²⁰ “Pode-se conceituar “contrato administrativo” como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando a persecução de um interesse coletivo.” Marinela, 2012:449.

¹²¹ “Controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.” A palavra *controle* é de origem francesa (*contrôle*) e foi incorporada ao nosso idioma, e no direito pátrio foi introduzida por Seabra Fagundes, com a publicação de sua monografia ‘O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário’. Meirelles, 1998:544. cfr. ainda em Medauar, Odete. (2004) *Direito administrativo modern*, 8. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pp. 445-489; Medauar, Odete. (2012) *Controle da administração pública*. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pp. 23-25; Carvalho Filho, José dos Santos. (2006) *Manual de Direito Administrativo*. 16. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.788.

pelo cidadão individual ou organizado coletivamente), também conhecido como controle social; entre tantas outras classificações doutrinárias (Meirelles, 1998:544).

Entre os controles realizados sobre a Administração Pública, o controle social, objeto do presente estudo, desponta como um modo de participação cidadã de impacto relevante para proteger a *res publica*, seja de forma individual ou organizada, evitando-se a passividade, porta aberta ao abuso de poder (França, 2008:98). Este tipo de controle está tutelado nos âmbitos administrativo e judicial, e justifica-se hodiernamente especialmente pela incapacidade que o Estado tem demonstrado em atuar com a devida eficiência na satisfação das necessidades coletivas, conforme dito. As possibilidades de intervenção popular nos procedimentos de compras abrem uma contínua discussão acerca da legalidade da futura contratação, possibilitando a interferência da sociedade no processo de tomada de decisão e democratização da gestão administrativa (Guimarães, 2002:55).

A democracia participativa impõe a intervenção direta dos cidadãos para corrigir “defeitos”, sugerir, repudiar ou confrontar administrativa ou judicialmente atos praticados pelos agentes públicos ou aqueles que os represente, mesmo quando amparada pelo argumento da discricionariedade na realização das políticas públicas. A participação dos cidadãos é experiência vivida em vários países e de diversas formas. Na Índia, por exemplo, a ideia de participação fazia parte do pensamento de Gandhi e fomentou o ativismo de libertação em muitos atores sociais (Sheth, 2009:113).

Em sede de contratações públicas, a participação do cidadão pode acontecer de várias formas: opinar no que comprar, de acordo com as formas previstas em leis infraconstitucionais (caso do orçamento participativo); e participar para impugnar, questionar, anular, modificar, entre outras possibilidades nem sempre acolhidas de igual forma pelos países democráticos. A participação do cidadão no procedimento de contratação impõe a abertura/transparência dos seus atos desde a tomada de decisão, além de ser um importante instrumento no controle da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa, fatores relevantes para a democratização da gestão pública (Guimarães, 2002:55), em favor da coletividade.

A Administração Pública ao decidir contratar com terceiros é dotada de poderes legalmente definidos, incluindo os de ordem discricionária. Detentora de tais poderes, nada obsta a adoção de um processo prévio de discussão coletiva acerca do objeto a contratar,

tal como acontece com o orçamento participativo, fundamentada no princípio democrático da participação popular.

Outra possibilidade de participação popular já consignada em lei é a audiência pública predita nas hipóteses do art. 39 da Lei 8.666/93, referentes às contratações de serviço e obra de engenharia, ou mesmo o conjunto delas, de valor estimado acima de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais)¹²², devendo seguir os trâmites formais definidos em lei até a completa execução da contratação; o Decreto-Lei Português nº 59/99, de 2 de março, em seu art. 101º consagra a audiência prévia entre os concorrentes, nas empreitadas de obras públicas, sem mencionar a participação do cidadão; o art. 14º do DL nº 18/2008 (CCP) revogou o retromencionado mas sem trazer inovações quanto a possibilidade de audiência prévia para dar conhecimento aos particulares (qualquer cidadão interessado).

Adiante serão detalhadas as possibilidades administrativas de interferência do cidadão nas contratações públicas. Irregularidades de qualquer natureza prejudiciais ao cumprimento do objeto contratado e dos atos prévios à contratação podem ser dirimidas ou evitadas com a participação do cidadão nas formas consagradas no ordenamento jurídico ou em noutras por serem instituídas.

É importante esclarecer que os instrumentos abordados a seguir se referem a interferência do cidadão a partir do momento da decisão administrativa de contratar, excluindo-se o aprofundamento sobre o controle ou participação antes desta fase, que apesar de suscitar importante abordagem, não se integra ao objeto principal da presente pesquisa dedicada aos instrumentos jurídicos de controle das contratações públicas, desde a publicação do ato convocatório.

Nem sempre os atos prévios à futura contratação são legais, adequados ou convenientes à satisfação do interesse público e, nessas situações, o cidadão pode intervir para tentar corrigir as falhas, e se a administração não utilizar seu poder de autotutela para

¹²² Lei nº 8.666/93 - art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

revê-los de acordo com as razões indicadas no art. 49 da Lei brasileira 8.666/93,¹²³ ou se os órgãos de controle não exercerem esse função No caso português, a legislação prevê a possibilidade de anulação e revogação dos atos administrativos pelos órgãos competentes, seus autores ou a pedido dos interessados nas formas previstas nos artigos 133º e seguintes do CPA (161º e seguintes do novo CPA); artigos 283º, 284º e 285º do CCP.

O elevado poder de compra do Estado está na mira de grandes empresas que muitas vezes utilizam mecanismos ilegais com o fim de conquistar o contrato, camuflado de vantagens para satisfazer a pretensão pessoal, em detrimento do interesse público. Manobras assim podem estar contidas nos critérios da contratação descritos no documento convocatório ou mesmo ocorrem na execução contratual, nem sempre percebidas pelos órgãos oficiais de controle (internos e externos). É uma realidade que se relaciona com o tema da corrupção, e que pode se dissipar com o uso de mecanismos de controle de forma mais efetiva (Medauar, 2004:446). São notórios casos de corrupção frequentemente divulgados pela imprensa nacional e internacional de diversos países democráticos¹²⁴.

Neusa Coutinho Affonso publicou estudo de caso realizado em Minas Gerais - Brasil, que constatou um forte esquema de corrupção em vários municípios fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União (Brasil) e pela Secretaria de Controle Externo do Estado de Minas Gerais. Na pesquisa realizada em 30 municípios mineiros foram colhidos dados contundentes de corrupção em contratações públicas, conforme se observa no gráfico

¹²³ Lei nº 8.666/93 – Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

¹²⁴ “Corrupção afecta o dia-a-dia de mais de um terço dos portugueses”, afirmam as autoras da matéria no jornal Público sobre as alegações da Comissão Europeia relativa ao crescimento da corrupção, disponível em <http://www.publico.pt/portugal/noticia/bruxelas-diz-que-portugal-nao-tem-estrategia-contra-a-corrupcao-1622176>. Acesso em 23.06.2014. V. também “Corrupção em Portugal é dramática”, afirma o Jornal de Notícias, em entrevista ao vice-presidente do Transparência e Integridade, Paulo Morais, disponível em <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior>, acesso em 23.06.2014; “CGU divulga lista de empresas punidas em licitações”, matéria sobre corrupção divulgada pelo noticiário eletrônico Uol, disponível em noticias.uol.com.br/especiais/corrupcao, acesso em 23.06.14.

abaixo.

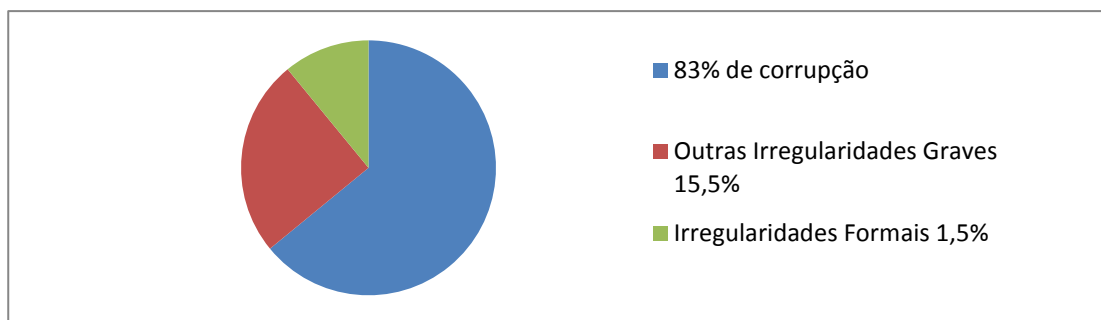


Figura 2: Corrupção em Minas Gerais. Fonte: Observatório Social do Brasil ¹²⁵

Alcançar um procedimento legal e eficiente, seja de mil ou de milhões, depende das normas vigentes, do controle interno e externo dos órgãos de fiscalização e principalmente da fiscalização da sociedade. Todos, de acordo com sua parcela de responsabilidade, são responsáveis para garantir a legalidade e a moralidade nos procedimentos de contratação pública. A constatação de 83% dos contratos públicos estarem eivados de ilegalidade, conforme demonstra-se na figura acima, retrata uma situação repudiável envolve vários partícipes, desde membros da sociedade civil (políticos, empresas contratadas, cidadãos...) e agentes públicos. Esta realidade leva a vários tipos de problemas enfrentados pelos países corruptos: a elevação da pobreza, a desigualdade social, a manutenção do poder hegemônico (econômico ou político), o desvio de dinheiro público, a má prestação do serviço público, a elevação de tributos, etc.

A realidade acima apontada confirma a necessidade de haver um controle mais efetivo sobre a atividade da Administração realizado pelo cidadão; é o controle social efetivado através de instrumentos jurídicos ou não, em procedimentos administrativos ou judiciais. Afinal, segundo Alexy (1993:442), os direitos a procedimentos administrativos e judiciais resultam na proteção dos direitos fundamentais por serem um meio de efetiva proteção jurídica, e quando ocorrem erros de resultados, eles devem ser corrigidos no procedimento jurídico levando-se em conta sua relação com os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais asseguram a participação direta e indireta no procedimento democrático (Alexy, 1993:473) que contribui para evitar ou reduzir erros nos procedimentos de contratação pública.

¹²⁵ Disponível em <http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/downloads/25.pdf>. Acesso em 05.06.2014.

Neste sentido, considerando os argumentos alhures, adiante serão relacionados e analisados os instrumentos jurídicos (administrativos e judiciais) dos ordenamentos brasileiro e português que permitem aos cidadãos exercerem o direito fundamental da participação no controle das contratações públicas.

3.2 Instrumentos Jurídicos de Controle das Contratações Públicas em Espécie – perante o poder público não judicial

As principais normas licitatórias brasileiras, as Leis nº 8.666/93 (subsidiária quando a modalidade for o pregão) e nº 10.520/02¹²⁶, combinadas com a Constituição Federal dispõem sobre as possibilidades de interferência da sociedade no procedimento de contratação, desde a abertura do procedimento, quando se registram os primeiros atos da chamada fase interna, a partir do pedido formal da contratação do bem ou do serviço à autoridade superior (se desta não houver partido), até a confecção e publicação do instrumento convocatório ou do termo de contrato, conforme o caso; também na fase externa (após a publicação do documento convocatório ou do termo de contrato) quando são divulgados os critérios e condições para a futura contratação através dos canais de publicidade previstos na legislação, que mesmo ainda deficientes, possibilitam o acesso às informações, em observância aos princípios da legalidade e da publicidade; na fase pós contratação, com a execução dos termos pré estabelecidos. Os termos “fase interna” e “fase externa” da licitação são característicos do procedimento brasileiro referidos pela doutrina e jurisprudência; apesar dos citados termos não serem próprios do procedimento português, as fases interna e externas também lhes são peculiares. A fase interna corresponde até o momento anterior à publicação do ato convocatório e o externo após este procedimentos adotados em ambos países.

Antes da formalização do contrato e sua execução, realiza-se previamente a licitação (concurso, concorrência, não importa o termo usado) para a escolha do contratado (adjudicado), de acordo com as definições isonômicas estabelecidas no instrumento convocatório. A sucessão de fases e atos compõem o procedimento da contratação que estão sujeitos à interferência do cidadão, garantia que pode ser exercida através de

¹²⁶ Lei 10.520/02 - art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

instrumentos jurídicos ou simplesmente por sua presença na reunião de escolha do contratado, importante recurso democrático para evitar irregularidades.

Os instrumentos jurídicos utilizados no âmbito administrativo apresentam-se como um dos mecanismos de os particulares provocarem provocar o Poder Público para fiscalizar os atos de seus agentes, evitando-se a perda do interesse público, acobertado pela legalidade, oportunizando o cidadão de ser ouvido, e de fomentar mais confiança na sua atuação em benefício da sociedade (Medauar, 2004:449). Carvalho Filho (2006:794) reforça essa necessidade e possibilidade ao afirmar que de nada serve o direito ao controle da Administração sem os meios legais disponíveis.

O controle dos atos precedentes ou não à formalização do contrato administrativo pode acontecer por iniciativa do licitante, do cidadão comum, da pessoa jurídica participante (licitante) ou de entidades representativas dos cidadãos, com o objetivo de garantir a legalidade e a eficiência do procedimento para o alcance do interesse público, de acordo com as disposições nos ordenamento sob enfoque. Um exemplo de efetivação do controle é por meio da impugnação de atos no curso do procedimento.

A Lei brasileira 8.666/93 observa a legitimidade para impugnar o edital de licitação com o objetivo de sanar possíveis irregularidades antes de ser iniciada a recepção das propostas: a) qualquer cidadão (art. 41, §1º); b) o licitante (art. 41, §2º). No CCP português o campo de abrangência do instrumento é ampliado (em relação a previsão no ordenamento brasileiro) ao possibilitar a impugnação sobre “quaisquer decisões administrativas ou outras àquelas equiparadas”, não se restringindo ao ato convocatório.

Merece observar que o CCP não aduz de forma clara e objetiva sobre a legitimidade ativa, referindo-se ao “interessado”, mas quando o art. 271º/1 confirma a subsidiariedade do CPA, permite uma interpretação combinada com o art. 68º do CPA que considera legítimos: a) os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, pessoas jurídicas ou pessoas individuais (nº 1); b) as associações na defesa de interesses coletivos ou interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos fins estatutários (nº 1); c) os cidadãos, as associações e fundações na defesa de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade

de vida, o consumo de bens e serviços e o patrimônio cultural (nº 2). As assertivas permitem concluir que o cidadão, individual ou representado, não somente o que pretende ou participa do procedimento de contratação. É uma interpretação necessária ao fortalecimento do direito fundamental de participação.

Observa-se, a partir do exemplo da impugnação, que a participação do cidadão no controle das contratações no âmbito administrativo, desde o momento da decisão de contratar, tem previsão nas legislações brasileira e portuguesa (consideradas as peculiaridades de cada uma). Está positivado como um dos instrumentos, entre outros meios de controle que concretizam, efetivamente, a possibilidade de ser realizado o controle administrativo (Carvalho Filho, 2006:794-795).

O direito ao controle das contratações, reiteradas vezes confirmado na ordem jurídica de ambos os países, conforme será particularizado adiante, é a concretização do direito fundamental de participação, requisito democrático de grande amplitude. Os principais instrumentos jurídicos de controle das contratações públicas no âmbito administrativo podem ser assim indicados:

3.2.1 A impugnação

O instrumento convocatório¹²⁷ para a futura contratação pode ser impugnado pelo cidadão, e funciona como uma espécie de “filtro” dos atos do certame antes da reunião (virtual ou presencial) do julgamento da habilitação (documentos do licitante) e das propostas. Constam do documento convocatório as informações necessárias à formulação das propostas, e devem ser repassadas com clareza para os possíveis interessados em contratar. O aviso de convocação regula os termos segundo os quais serão avaliadas as propostas e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser executado (Mello, 2004:536). As referidas exigências tem fundamento no art.41, §1º, da Lei Federal 8.666/93.

¹²⁷ O instrumento convocatório deve ser entendido como o edital ou o aviso, termos presentes no ordenamento brasileiro, e anúncio no ordenamento português. O importante é perceber que independentemente da nomenclatura utilizada, nele constam as regras pertinentes à contratação pretendida em acordo com o princípio da concorrência, da boa fé, da moralidade e demais princípios pertinentes. O edital, o convite ou o anúncio devem “conter as regras claras e precisas sobre o procedimento licitatório, as condições de participação dos interessados, a seleção da proposta mais vantajosa e a futura contratação”. Justen Filho, Marçal. (2011) *Curso de direito administrativo*, 7. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 460. V. definição também em Celso Antônio Bandeira de Mello, 2004:536.

Qualquer cidadão, além de ter legitimidade para impugnar o edital convocatório, também poderá impugnar os preços constantes do quadro geral (de registro de preços) em razão de incompatibilidade deste com o preço vigente no mercado, conforme art.15, §6º da Lei nº 8.666/93. Ao impugnar os preços do quadro geral tem o cidadão o objetivo de questionar os preços registrados e adequá-los aos preços efetivamente praticados no mercado, evitando-se os conhecidos “preços super faturados”, muito frequentes em contratações públicas ilegais, objeto de frequentes processos civis e criminais.

A referida norma prevê ainda a possibilidade de serem admitidas as condições de contratação orientadas por acordos, tratados internacionais e convenções em face de recursos de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte (art.42, § 5º, da Lei 8.666/93). As condições estipuladas por outros organismos e não especificamente pelo contratante (Estado) não inviabilizam o controle da legalidade pelo cidadão, que pode averiguar a adequação das regras aos princípios da licitação e, principalmente, ao interesse público. É importante salientar que as regras impostas por organismos financeiros internacionais como o Banco Mundial, por exemplo, estão sujeitas ao controle interno e externo institucionais e dos cidadãos, principalmente porque não estão livres de conter favoritismos e inadequações contrárias ao interesse público, principalmente quando existem interesses econômicos de instituições financeiras poderosas envolvidos.

A legalidade deve ser analisada em consonância com outros requisitos, sob pena de prejudicar o interesse público. Nem sempre a legalidade é benéfica, porque ela pode encobrir imoralidades que visam interesses alheios ao interesse público (pode ser legal mas não ser moral), e o cidadão individual ou organizado pode usar o recurso da impugnação ao instrumento convocatório para coibir possíveis prejuízos identificados no documento convocatório que deve ser formulado de acordo com os critérios constantes no art.40 da Lei nº 8.666/93.

O prazo para apresentação tempestiva do recurso da impugnação por qualquer cidadão é de até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, tendo a Administração o prazo de três dias úteis para respondê-lo (§1º do art.41 da Lei 8.666/93); este prazo, no pregão eletrônico, é de apenas dois dias úteis, antes da data fixada para a abertura da sessão pública, conforme art.18 do Decreto Federal nº 5.450/05, e deve o pregoeiro respondê-lo num prazo de até 24 horas. A impugnação feita

pelo licitante ocorre em prazo diferente do garantido ao cidadão, até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, conforme §2º do art. 41 da Lei 8.666/93. A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impede de participar do processo licitatório, conforme previsão contida no §3º do art. 41 da Lei nº 8.666/93. O objetivo deste instrumento é permitir ao cidadão ou licitante preservar o interesse público mediante o controle da legalidade do ato convocatório, com o fim de garantir a competitividade e a regularidade de todo o procedimento (Guimarães, 2002:76).

Na legislação portuguesa o referido recurso administrativo apresenta-se no art. 269.º do CCP e permite a impugnação de decisões administrativas ou outras a elas equiparadas relativas à formação de um contrato público; deve ser apresentada no prazo de até cinco dias a contar da respectiva notificação (art. 270º do CCP). É um recurso dirigido a quem praticou o ato para que o *emende a mão*, repondo a legalidade ofendida, podendo revogá-lo, se for o caso, e o refazer dentro da legalidade ou o substituir por outro (Silva, 2013:528).

Os cidadãos, conforme mencionado, têm legitimidade para impugnar atos de ilegalidade com suporte legal no art. 271º/1 do CCP, combinado com os arts. 68º e 185º do CPA. O procedimento de contratação (prévio ou contratual) composto pela sucessão ordenada de atos para a formalização do contrato, equipara-se a qualquer procedimento administrativo¹²⁸, sendo assim, está igualmente sujeito ao controle dos cidadãos por meio da impugnação administrativa (184º/1) ou judicial (art. 100º do CPTA). E mais, o objeto contratual pode ser composto por bens ou serviços que, direta ou indiretamente, cumprem o interesse público, pagos com recursos públicos, advindos das contribuições dos cidadãos. Então, pode-se concluir que os interesses “legalmente protegidos” indicados no art.186º/1 - a do CPA está relacionado com o interesse público.

Segundo Jorge Almeida da Silva (2010:255) “o interesse público corresponde precisamente a necessidades que são essenciais à comunidade ou a parte significativa dela [...] é o interesse relativo à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade [...]”;

¹²⁸ CPA – Art. 1º Definição – 1. Entende-se por procedimento administrativo a sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução. 2. Entende-se por processo administrativo o conjunto de documentos em que se traduzem os actos e formalidades que integram o procedimento administrativo.

de acordo com o art. 286º do CCP¹²⁹, pode-se concluir que o objeto contratual é, de certo modo, ditado pelo interesse público. Se um procedimento de contratação está no contexto da atividade materialmente administrativa da Administração para satisfação das necessidades coletivas, não pode estar sujeito somente à lei, a efetividade deve acolher de forma equânime o caráter jurídico, “por força da sujeição a uma racionalidade glogal” (Andrade, 2003:14), conduzindo a uma melhor aplicação do direito, com menos riscos de efetividade, inclusive sobre o objeto a ser contratado.

Os dispositivos conjuntamente interpretados confirmam a legitimidade do cidadão de impugnar atos do procedimento de contratação, afastando a suposta capacidade exclusiva do concorrente. Afinal, a beneficiária da contratação é a sociedade (interesse da coletividade) e não o pretense contratado que visa o lucro (interesse individual). Impedir qualquer possibilidade de participação do cidadão é contrariar a democracia participativa e prejudica possíveis contribuições de melhoria da atividade administrativa.

Convém ressaltar que a impugnação administrativa não suspende os atos subsequentes do procedimento em causa (272º/1 CCP), exceto em relação à decisão de qualificação, ao início da fase de negociação e à decisão de adjudicação (272º/2 CCP).

A garantia a tutela jurisdicional à impugnação pelos cidadãos (administrados), expresso no art. 268º/4 da CRP, permite o controle dos atos administrativos praticados em procedimentos de contratação para proteger direitos ou interesses legalmente protegidos que lhes possam causar lesões. Quando objetos contratuais relacionam-se com direitos e interesses difusos e coletivos, tais como meio ambiente, saúde, educação, segurança pública, transporte público, etc., e que de alguma forma interferem direta ou indiretamente no bem-estar da coletividade, conseqüentemente do cidadão. Conforme prescreve o artigo retromencionado, defendem Canotilho e Moreira (2010:821-822), que o termo “processo” empregado sugere interpretações em sentidos restrito (inerente ao processo judicial) e amplo (procedimento administrativo), mas em face da gênese teleológica dos direitos nele previstos (direito à informação, direito à transparência documental do procedimento, direito ao acesso ao registro administrativo) prevalece fundamentalmente a ideia de procedimento administrativo, inclusive o contratual .

¹²⁹Art. 286º do CCP. O contrato constitui, para o contraente público e para o co-contratante, situações subjectivas activas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa fé e em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei. Sem grifos no original.

Mesmo quando intempestivamente promovida a impugnação administrativa, em razão da natureza da contratação que envolve a satisfação do interesse público, a AP deve receber e analisar o pedido com fulcro no direito de petição (Guimarães, 2002:79) previstos no art. 5º, XXXIV, alínea “a” da Constituição Brasileira e no art. 52º/1 da Constituição Portuguesa.

O poder-dever de a Administração rever seus atos tem fundamento na supremacia do interesse público e no poder de autotutela, com o fim de evitar danos futuros. Quando o ato convocatório estiver eivado de ilegalidade e/ou inadequações de outras naturezas, prejudiciais a aquisição do objeto contratual. A Administração, ratifica-se, deve acolher a impugnação intempestiva (caso ocorra) com base no direito de petição do cidadão e da obrigação de rever seus atos, visando proteger o interesse público.

Na estrutura jurisdicional portuguesa estão os tribunais administrativos e fiscais, órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais (art. 1º, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, instituído pela DL nº 129/1984, 27 de abril), ausentes na organização judiciária brasileira. No judiciário brasileiro as ações em que uma das partes é o Estado são distribuídas (podendo variar em alguns estados) para varas especializadas da fazenda pública¹³⁰, dentro da nomeada “justiça comum”.

A falta de um contencioso administrativo na estrutura judicial brasileira prejudica a eficiência da prestação jurisdicional, considerando que as varas especializadas recebem inúmeras ações contra a fazenda pública (ré) e por ela promovidas (autora). É uma realidade que tem contribuído para a descrença no judiciário como um dos realizadores da justiça, principalmente quando a outra parte litigante é o próprio Estado.

Quando o cidadão provoca o judiciário, por exemplo, para apreciar e decidir sobre fatos e atos relacionados às contratações públicas, o trânsito em julgado da ação pode arrastar-se por anos em virtude da sobrecarga de processos que gera ineficiência gerencial, colocando em risco o objeto perseguido que pode implicar em risco ao interesse público. O

¹³⁰ “A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.” Meirelles, 2004:590.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça)¹³¹ formou jurisprudência sobre a importância da celeridade processual para efetivação da justiça, e ratifica que “a administração do Tribunal deve pautar sua gestão estratégica nos princípios norteadores da administração pública, tendo por fim a consecução da esperada eficiência gerencial” (Processo nº 0005621-51.2013.2.00.0000, de 06.05.2014, rel. Conselheira Deborah Ciocci)¹³².

Infelizmente a morosidade do judiciário ainda é uma realidade presente que reforça a necessidade da desjudicialização de litígios, especialmente os que envolvem interesses difusos e coletivos. Nesse sentido, os instrumentos jurídicos utilizáveis no âmbito administrativo podem ser um meio de desjudicialização e consequente proteção do interesse público.

A impugnação no ordenamento português tem previsão perante o contencioso administrativo e fiscal, conforme disposição contida no art. 55º, do CPTA (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro), diferentemente do ordenamento brasileiro que a prevê somente no âmbito administrativo (não judicial); de acordo com citado artigo da norma lusitana, entre outros, são legítimos para impugnar perante os Tribunais Administrativos: a) quem se julgue lesado em seus direitos ou interesses legalmente protegidos por ato praticado pela Administração Pública; b) pessoas coletivas públicas e privadas, quanto aos direitos e interesses que lhes cumpra defender; qualquer pessoa, entre outras definidas no art. 9º/2, é legítima para propor e intervir em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais (art. 9º/2 CPTA).

A legitimidade de ação do cidadão singular ou coletivo acima indicada, confirma a tutela para contestar atos do procedimento de contratação pública, se presentes os bens e valores referidos, podendo requerer a anulação ou a declaração de nulidade ou inexistência do ato (artigo 50º/1, do CPTA), vez que os atos de celebração do contrato são atos

¹³¹ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, e tem como missão contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>, acesso em 08.11.14.

¹³² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=47078>. Acesso em 08.11.14.

procedimentais passíveis de impugnação (art. 100º, nº 2 do CPTA). Ademais, a legitimidade do cidadão lhe confere o direito de impugnar atos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas perante o Tribunal Administrativo, bem como o programa, o caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento contratual, no caso de possíveis ilegalidades de especificações técnicas, econômicas ou financeiras (art. 100º/1-2 do CPTA).

Alicerçado no artigo 51º/1 do CPTA poderá ainda o cidadão impugnar o instrumento de convocação mesmo após sua publicação, vez que o citado artigo prevê a impugnação dos atos administrativos com eficácia externa, principalmente os capazes de lesionar direitos ou interesses legalmente protegidos, vez que este artigo aplica-se subsidiariamente àqueles dedicados aos atos formadores do contrato, conforme disposição no art. 100º/1. Atente-se ainda que a legitimidade ativa do cidadão está condicionada a obrigação de demonstrar o nexo de causalidade entre o objeto da ação e à lesão sofrida (art. 9º/2, combinado com o art. 40º/1- g, do CPTA).

3.2.2 O acompanhamento dos trabalhos da comissão de licitação

É possível qualquer cidadão estar presente no desenvolvimento dos trabalhos da reunião¹³³ para escolha do contratado, mas de forma limitada, conforme previsão no art. 4º, da Lei nº 8.666/93¹³⁴ brasileira, possibilidade não mais presente no âmbito do procedimento de contratação português, conforme adiante destacar-se-á.

O direito de o cidadão presenciar a realização da abertura dos envelopes de licitação (no caso das modalidades presenciais, excetuando-se a forma eletrônica) e todos os demais atos pertinentes ao certame decorre do princípio da publicidade. É a primeira oportunidade conferida ao Estado de estreitar a distância entre o cidadão, após a decisão formal de abertura do procedimento de contratação. Este momento de abertura, dedicado ao recebimento das propostas e documentos, favorece o contato da administração com os

¹³³Inciso XVI do art. 6º da Lei 8.666/93 - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

¹³⁴ Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Sem grifo no original.

cidadãos e com aqueles que pretendem contratar, momento passível de fiscalização dos atos.

O art. 4º da Lei brasileira nº 8.666/93 confirma o direito de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos, sem portanto interferir de modo a perturbar ou impedir a sua realização. Os Decretos-Leis nº 59/99 e nº 197/99, do ordenamento português, continham a figura do ato público no concurso para averiguação dos requisitos dos concorrentes e das propostas, momento em que decidiam sobre a inclusão ou exclusão (desqualificação) antes de avaliar o mérito; agora sob a égide do CCP o ato público foi revogado, ficando para a fase de análise e averiguação das propostas, concentrando assim numa única fase a verificação dos requisitos dos concorrentes e das propostas e a análise de mérito (Oliveira, Mário Esteves de; Oliveira, Rodrigo Esteves de (2014:916-917); não há menção à possibilidade de interferência do cidadão, fato que demonstra o perfil sigiloso do ato para além dos participantes.

A Administração não tem fundamento legal para realizar um procedimento de contratação entre “muros”, sem favorecer a oportunidade de participação do cidadão, que pode, se assim pretender, questionar os atos praticados sem a observância da lei e do interesse público, fundamentado no direito do acesso a informações públicas estabelecido no art. 268º/1 da CRP e reforçado no princípio da administração aberta registrado no art. 1º da L nº 46/2007, de 24 de agosto (acesso aos documentos públicos); no art. 6º da L 83/95, de 31 de agosto (Participação Procedimental e ação popular); excetuando-se os casos de sigilo definidos em lei. A Administração que não institui ou fortalece uma política assente no direito à participação do cidadão (art. 9º/c da CRP e art. 37,§ 3º da CRFB), conforme previsões constitucionais, além de agir *contra legem*, atua na contramão da democracia e enfraquece o caráter protetivo sobre o interesse público.

É direito público subjetivo qualquer cidadão presenciar os atos da reunião de recebimento de documentos e julgamento das propostas, subordinando-se ao poder de polícia das autoridades que presidem os trabalhos e podem excluir quem os perturbe (Justen Filho, 2009:99). O poder de polícia limita-se ao dever de cumprimento da tarefa de realizar com eficiência os trabalhos, não cabendo razões de cunho pessoal. Tratando-se de direito público subjetivo, qualquer licitante sentindo-se lesado poderá questionar a validade do procedimento judicialmente (Di Pietro, 2001:297), direito do cidadão

fundamentado no princípio da legalidade, da publicidade e tantos outros de acordo com a natureza do ato gerador da lesão, e ainda para a proteção do interesse público.

O dispositivo da Lei 8.666/93 assegura ao cidadão a titularidade do direito público subjetivo para acompanhar o certame ao mesmo tempo dos licitantes e representantes da Administração Pública. O cidadão e o licitante são titulares do direito público subjetivo de acompanhar os trabalhos da reunião, vez que o art. 4º da citada lei assegura a todos quanto participem de licitação o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido em lei. Obstar tal direito produz efeitos no âmbito jurídico porque além de ferir direito líquido e certo, enfraquece a prática democrática da participação popular, que mesmo garantida positivamente, é constantemente desrespeitada.

A norma brasileira conduz a uma interpretação favorável à possibilidade de o cidadão intervir, “[...] desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos [...]”, restringe apenas qualquer postura perturbadora ou que possa impedir o desenvolvimento dos trabalhos; não o tolhe de solicitar esclarecimentos ou dar contribuições, repita-se, sem causar desordem ao encaminhamento das atividades. Na norma portuguesa a previsão restringe qualquer tipo de intervenção, exceto dos concorrentes ou dos candidatos e seus representantes. A limitação a participação e a intervenção do cidadão, principalmente a contida na norma lusitana, fere o princípio da participação popular, no direito de controle e fiscalização, mesmo que existam (e existem) outros instrumentos para a correção de defeitos da legalidade ou que comprometam o interesse público perseguido no procedimento durante a realização do ato público. A razoabilidade deve ser uma constante preocupação da Administração na condução dos atos, e a intervenção do cidadão, neste sentido, pode evitar futuros recursos e protelamentos prejudiciais à conclusão do certame e da própria contratação. Os excessos de recursos e prazos previstos em ambas as legislações podem levar a prejuízos à eficiência da contratação.

A presença do cidadão é uma faculdade atribuída por lei, e cabe a ele decidir em estar ou não presente na reunião, mas sem sombra de dúvida, revela-se um momento bastante conveniente para se averiguar a existência de possíveis irregularidades ou mesmo de conhecer detalhes da pretensa contratação. Segundo Justen Filho (2009:96) a presença

do cidadão no certame deve ser interpretada como uma regra instrumental para “evitar resultados despropositados”.

O impedimento de qualquer cidadão presenciar o ato público enseja a nulidade do certame por infringir o princípio da publicidade, que desempenha duas funções: uma, de condutor da universalidade da participação, dando amplo acesso a qualquer interessado; duas, a verificação da regularidade dos atos praticados. Ambas partem do pressuposto de que quanto mais fiscalizadas as pessoas, mais preocupam-se em seguir a lei; sendo mais ampla as condições de fiscalização mais estendida é a garantia do correto cumprimento da lei. A restrição à fiscalização (sigilo) deve ser apenas para preservar o interesse público, nada deve ser imposto de modo arbitrário, sem fundamentação legal e legítima. *La Administración, por si, sin ley, no está habilitada a limitar los derechos de las personas [...]*”(Tornaría, 2006:1591).

O sigilo é exceção, e deve ser devidamente justificado quando necessário (Justen Filho, 2009:74) para a defesa da segurança da sociedade e do Estado¹³⁵. Considere-se ainda que o art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Brasil) exige a realização de ato público para a abertura dos envelopes das propostas, com horário e local previamente definidos e publicados; de igual modo está previsto no art. 11º/1 do DL nº 18/2008 (Portugal).

A declaração de nulidade de ofício, a requerimento de terceiro diretamente dirigida à Administração ou por meio de ação judicial é cabível quando os atos da sessão de abertura dos envelopes não são públicos, ou seja, sem a possibilidade de participação de possíveis interessados não licitantes (concorrentes). Por exemplo, se uma determinada sessão ocorrer em recinto fechado; se após o horário marcado para o início da reunião qualquer cidadão ou licitante seja impedido de entrar no recinto, com o argumento de ter ultrapassado o horário limite, caracterizam situações de sigilo sem base legal, passíveis de questionamento administrativo e judicial, principalmente porque rompem com os princípios da publicidade e da participação.

Os vícios de nulidade podem ocorrer na fase inicial por ilegalidades originárias da inobservância das normas ou das regras editalícias. São inúmeros os possíveis vícios, os mais frequentes são, *e.g.*: habilitar licitante que deve ser inabilitado; classificar proposta

¹³⁵Cfr. Decreto nº 7.845/2012 de 14 de novembro que regulamenta os procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento, com especial destaque para o art. 48; também na Lei 8.666/93 os artigos 3º, parágrafo §3º e 44, parágrafo 1º.

que deve ter ser desclassificada por ser inexequível ou por apresentar padrões técnicos desconformes com as especificações do edital; classificar proposta com vantagens não requisitadas no edital¹³⁶; classificar propostas baseadas em critérios e valores vagos, criando assim um poder ilegal e ilegítimo à comissão julgadora que ao contrário deve pautar-se em parâmetros técnicos claros e objetivos previamente definidos e classificar as propostas em obediência aos critérios publicados no edital (Mello, 2004:558-559).

A presença do cidadão na reunião para a apresentação das propostas e escolha do contratado é um direito de efeitos positivos contra possíveis desvios de finalidade, erros formais ou inadequações de quaisquer naturezas, que não exigem formalidade. Infelizmente, ainda é um recurso de controle pouco utilizado, uma vez que na maioria das reuniões estão presentes os concorrentes e seus representantes, empresas interessadas (geralmente as empresas relacionadas com o objeto contratual), os frequentes negociantes com a Administração. A divulgação da data, do local e da hora do evento através dos meios exigidos nas normas não garante por si só o chamamento do cidadão, nem sempre conhecedor desse direito de participação, realidade que pode ser alterada se lhe forem disponibilizadas as informações, principalmente se divulgadas com o fim de mostrar à sociedade “o que se passa”.

O cidadão ao comparecer à sessão faz o papel de fiscal da legalidade e legitimidade do procedimento, protegendo o erário e o interesse público, além de exercer o papel de participante, controla a atividade da Administração e dos licitantes. É uma iniciativa cidadã que contribui para obstar possíveis desvios e irregularidades na condução do procedimento, além de forçar uma atuação dos envolvidos fundada na moralidade e probidade.

3.2.3 Direito à Informação do Procedimento de Contratação

A divulgação de informações sobre a contratação pública deve ser ampla e criativa para não atrair somente potencial contratado, mas também prestar contas e

¹³⁶ As vantagens podem exceder qualitativamente àquelas apresentadas no edital, contudo tais vantagens não podem ser consideradas para efeito de classificação da proposta. As exigências contidas no documento convocatório são as mínimas necessárias à satisfação do interesse público, mas se o concorrente ofertar requisitos qualitativos além do mínimo e o melhor preço, nada obsta à classificação da proposta baseada nos requisitos do edital. Seria inconsequente a Administração desclassificar uma proposta de melhor preço por apresentar vantagens técnicas. Cabe aos membros avaliarem a veracidade da oferta e a capacidade contratual do fornecedor para evitar surpresas desagradáveis na execução contratual.

informar a sociedade. Os meios de comunicação mais eficientes em velocidade e alcance na transmissão de informações são, sem dúvida, o televisivo, o de radiodifusão e a internet. São instrumentos facilitadores à participação do cidadão em cumprimento, especialmente, às determinações constitucionais pertinentes à promoção da cidadania e participação popular (v. g. na CRP os arts. 9º/b-c, 48º/1-2, 73º/2, 268º/1-2; na CRFB os arts.37, §§ 1º e 3º, art. 207) e dos princípios gerais da Administração Pública.

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos devem ter caráter meramente educativo, informativo ou de orientação social, e seu uso para promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos é proibido (art. 37, § 1º da CRFB). As formas de publicidade indicadas no dispositivo impõem o caráter educativo das informações sem caráter de promoção pessoal (individual ou de grupo). A previsão revela o objetivo do legislador de vincular a publicidade realizada ao princípio da publicidade inscrito no *caput* do art. 37¹³⁷.

Publicar é tornar público para uma ou mais pessoas, mas a publicidade da Administração Pública tem um caráter peculiar, o de informar os cidadãos sobre suas atividades em cumprimento ao direito de esclarecimento sobre os atos praticados pelo Estado acerca da gestão dos assuntos públicos (Canotilho e Moreira, 2007:665).

Quanto ao acesso de informações previsto na Lei 8.666/93 (Brasil), suas peças (documentos ou equivalentes) devem estar disponíveis para consulta (art. 21, §1º) não só aos que pretendam estabelecer uma relação contratual com a administração, mas a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas; o cidadão tem ainda o direito de requerer os quantitativos e preços unitários das obras (art. 7º, § 8º); solicitar o acesso ou a cópia dos termos do contrato e do respectivo procedimento (art. 63, primeira parte), sem pagamento de taxas, exceto quanto às despesas de reprodução. A administração é ainda obrigada a dar publicidade mensal da relação de todas as compras realizadas com indicação dos bens, os preços unitários e o valor total, a quantidade e o fornecedor (art. 16); quando a modalidade do procedimento é o pregão, a convocação e publicação das informações devem ser pelas vias indicadas para as outras modalidades (ar. 21 da Lei 8.666/93) e pelo meio eletrônico (art. 4º da Lei 10.520/02).

¹³⁷ Ver RE nº 191.668- 1 RS (STF), publicado dia 29/05/2008. Relator Min. Menezes Direito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=530465>. Acesso em 15.06.14.

O direito ao pedido de informação previsto na legislação brasileira das contratações públicas foi ampliado com o advento da Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro (passou a vigor em maio de 2012), que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil, e subordina a Administração Pública direta e indireta de qualquer um dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a observância aos procedimentos nela previstos para garantir o acesso a informações, incluídas as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos.

A mencionada lei no âmbito das contratações públicas amplia o direito ao acesso à informação quando a legislação específica for omissa a determinados direitos de acesso. Segundo o art. 6º da LAI (Lei Federal de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/11), os órgãos e entidades do poder público devem observar as normas e procedimentos específicos aplicáveis à matéria, sem deixar de assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação (inciso I); excluem-se somente as informações sigilosas e as pessoais restritas (inciso II); confirma com clareza o direito de acesso à informação relativa à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos (art. 7º, VI). É imposto ao Estado o dever de fomentar o desenvolvimento da cultura de transparência (art. 3º, IV) e o desenvolvimento do controle social (art. 3º, V).

O direito de acesso à informação deve ser garantido mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, conforme determina o art. 5º da supracitada norma. Dessumem-se do texto normativo obrigações de o Estado garantir de forma eficiente o acesso à informação, sendo uma das formas de seu alcance, o uso de uma linguagem de fácil compreensão, infelizmente pouco utilizada na maioria dos portais de compras públicas, geralmente repletos de números e informações tecnicistas.

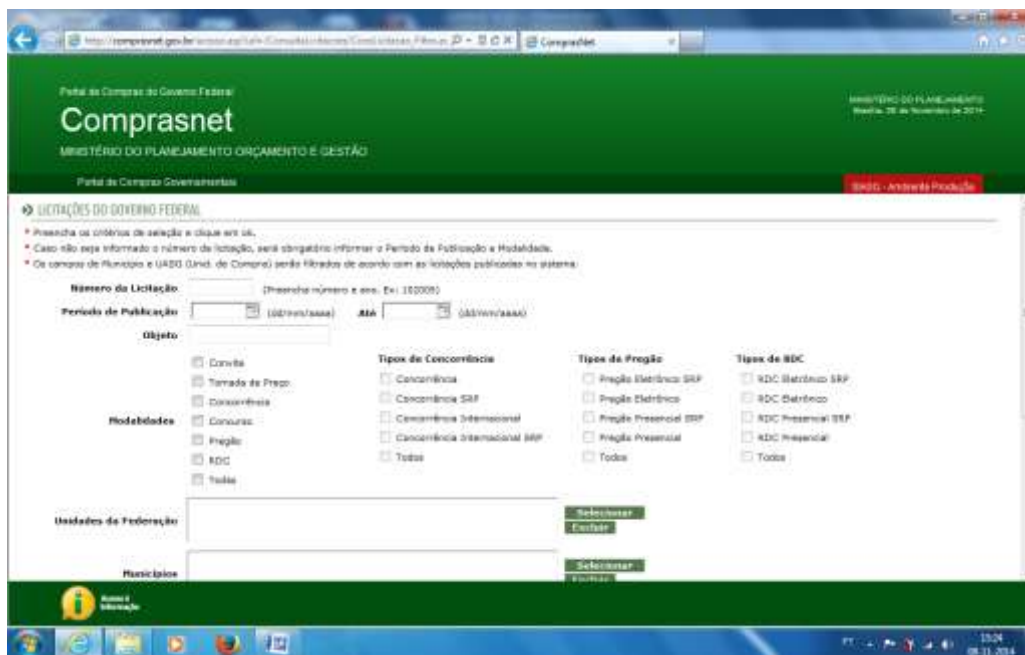


Figura 3: Site Oficial de compras do Governo Federal do Brasil.
 Fonte: www.comprasnet.gov.br Acesso em 08.11.14



Figura 4: Site Oficial de compras do Governo Federal do Brasil.
 Fonte: www.comprasnet.gov.br Acesso em 08.11.14

A página oficial do Governo Federal do Brasil, conforme demonstram as figuras 3 e 4, apresenta informações sobre as licitações que exigem do interessado pesquisar por modalidade, sem qualquer ferramenta que o auxilie no acesso. Não é adotada uma

linguagem clara, simples e objetiva dirigida capaz de possibilitar um cidadão comum perceber como obte informações: o que está sendo comprado, para quê, por quem (órgão ou entidade da Administração) enfim, qual o destino do dinheiro público arrecadado das contribuições fiscais dos cidadãos. As informações não devem restringir-se a dados numéricos e nomes pouco esclarecedores, pois não cumprem a tarefa de informa para permitr o exercício de cidadania no controle das contratações públicas.

A garantia de obter informações das contratações públicas de forma clara é determinação legal (art. 5º da Lei nº 12.527/11), lembrando ainda que determinadas informações devem ser disponibilizadas, inclusive nos *sites* oficiais, obrigatoriamente por força legal, independentemente de solicitação, permitindo o acesso irrestrito, conforme demonstram os artigos suso mencionados, especialmente os contidos nas leis 8.666/93 e 10.520/02.

As informações apresentadas nos portais oficiais de compras públicas, ratifica-se, são quase sempre de natureza tecnicista e de uma linguagem pouco perceptível pela maioria dos cidadãos conforme observa-se nas figuras acima. Divulgar por divulgar não cumpre o verdadeiro papel do princípio da publicidade, ou seja, informar amplamente os atos da Administração Pública para dar conhecimento e possibilitar o exercício do controle social.

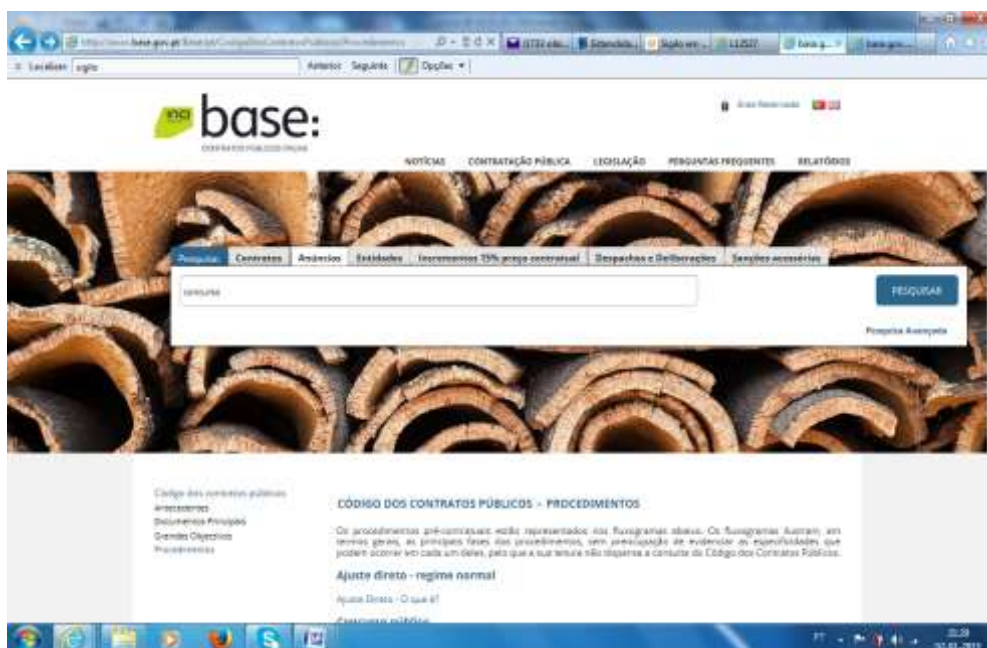


Figura 5: Site Oficial de compras do Governo de Portugal.
 Fonte: www.base.gov.pt Acesso em 02.01.2015

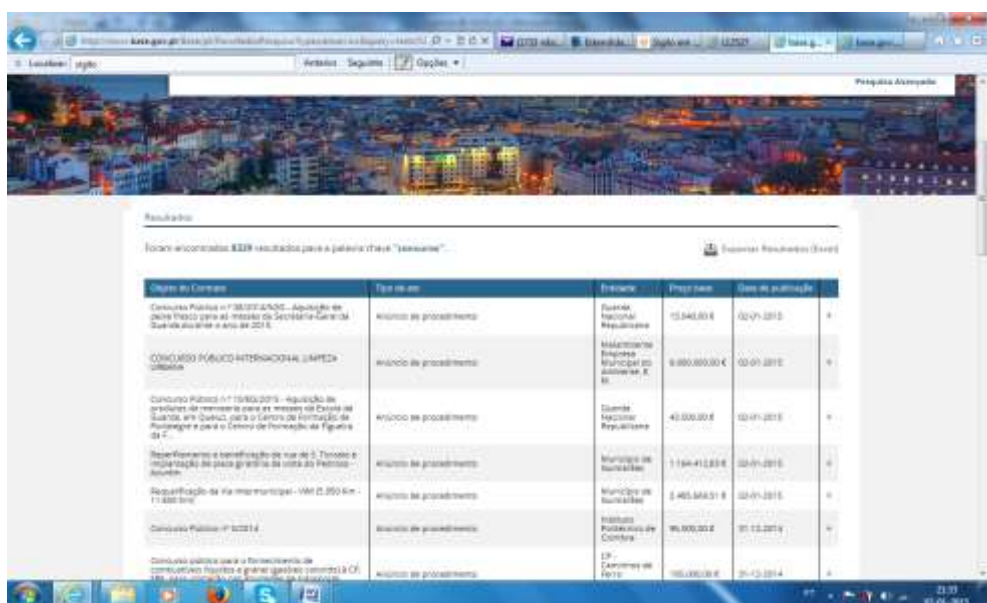


Figura 6: Site Oficial de compras do Governo de Portugal.
 Fonte: www.base.gov.pt Acesso em 02.01.2015

No *site* oficial do governo português nota-se, de igual modo, o excesso de tecnicismo, que exige do interessado conhecimento especializado para obter as informações desejadas. Nota-se na figura nº 5 e 6 a busca por informações condicionada a indicação do tipo do anúncio, que remete, imediatamente a uma tabela (figura nº 04) com nomes e valores pouco explicativos.

Informar bem aos cidadãos e interessados (possíveis concorrentes) vai além da simples disponibilização dos nomes dos concorrentes, vencedores e valores das aquisições, deve conter indicações do impacto da contratação sobre o erário, o objetivo social (se houver) da contratação, a representação e relação da despesa com a contribuição do cidadão, indicando se o recurso utilizado advém de algum tributo específico, etc. Não basta a publicação em meios oficiais, é preciso cumprir com eficiência a obrigação de fomentar o desenvolvimento da cultura da transparência, divulgando reiteradamente nos canais de informações mais utilizados pela população, inclusive em *sites*, importantes meios de divulgação deficientemente utilizado para o fim de apresentar uma publicidade favorável, esclarecedora à participação do cidadão. Segundo José Carlos Vaz (2005:5-6) para fomentar a participação cidadã por intermédio da internet, os governos devem entender a informação como um direito do cidadão para lhe dar acesso a outros direitos, e a forma de apresentação deve ser capaz de alcançar um grande público e contribuir para o fortalecimento dos processos políticos.

As informações sobre as contas públicas municipais, que incluem entre outros os gastos com as contratações públicas, devem estar disponíveis para verificação por qualquer pessoa, conforme previsão no art. 31, § 3º da CRFB; na mesma esteira, o art. 49 da Lei Complementar nº 101/2000 determina a exposição das contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade; e mais, a mesma norma exige “a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público” (art. 48, parágrafo único, inciso II).

Os exemplos apontados são flagrantes de “incentivo ao controle social, ante o claro intuito verificador das contas municipais” (Medauar, 2012:177) e das contas do poder executivo estadual e federal, com exigências precisas quanto ao modo de exposição e sanções no caso de descumprimento. São informações de interesse da coletividade sobre a utilização do dinheiro público, e independem de solicitação porque devem estar disponíveis, e caso não estejam, o cidadão tem o direito de requisitá-las administrativa ou judicialmente.

O ordenamento português, conforme disposição contida no art. 130º do CCP, determina a publicação do anúncio ou resumo dos elementos formadores do concurso no Diário da República e por meio eletrônico na plataforma utilizada pela entidade adjudicante (art. 130º), devendo disponibilizar as informações (programa do concurso e caderno de encargos) também no local da entidade adjudicante para consulta, desde o dia da publicação do anúncio até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, podendo ser cobrado um preço “adequado” pela entidade adjudicante (art. 133º/3 do CCP).

Determina o art. 133º/1 que “o programa do concurso e o caderno de encargos devem estar disponíveis nos serviços da entidade adjudicante, para consulta dos interessados, desde o dia da publicação do anúncio [...], até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas”; nos nºs 4 e 5 do mesmo artigo impõe-se a obrigação de registo do nome e endereço electrónico dos interessados que adquiram as peças, e alerta para a não garantia de participação simplesmente por adquirir tais documentos (art. 133º/4-5 do CCP). Dessume-se do dispositivo que o “interessado” referido é o pretense participante, em flagrante descuido com o direito de informação do cidadão.

O direcionamento do acesso às informações do certame é flagrante e induz a uma capacidade exclusiva aos possíveis concorrentes (interessados), não estendida ao simples cidadão (interessado). Mais uma vez a legislação portuguesa especializada reforça a presença do interessado concorrente e olvida a do cidadão, contrapondo-se à legitimidade nos termos do art. 68º/2 do CPA. Segundo o retromencionado artigo têm legitimidade os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português para a proteção de interesses difusos inerentes a bens fundamentais em face de ações ou omissões da Administração.

Não se pode olvidar que o cidadão tem a garantia constitucional do direito à informação procedimental. Nesse sentido alertam Miranda e Medeiros (2007:601-262) quanto à dependência das decisões do legislador para as formas e concretização do grau de participação dos interessados, e à luz do art. 268º/1 da CRP extrai-se o direito à informação procedimental, concretização jurídica dos direitos, liberdades e garantias. É um direito fundamental que impõe à Administração adotar as medidas cabíveis a sua concretização.

A tutela de direito à informação administrativa baseia-se nos princípios gerais da atividade administrativa, há muito consagrada no ordenamento português, merecendo

destaque o princípio da colaboração com os particulares contido no art. 11º do CPA, vez que implica na obrigação de prestar informações e esclarecimentos em observância ao princípio da participação, plasmado no art. 12º, revelando o nexo entre informação e participação (Dias, 2015:377-378).

A informação administrativa deve ser prioritariamente transmitida por meio eletrônico em razão do princípio da administração eletrônica, visando a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados (art. 14º do CPA). Mais uma vez nota-se a proteção legal do direito à informação administrativa originário do direito constitucional fundamental do cidadão ser informado pela Administração. São princípios conformadores do Estado Democrático de Direito, indicadores de deveres na esfera jurídica das entidades públicas e confirmadores dos particulares como titulares de direitos e não somente meros objetos submetidos à atividade da Administração (Miranda e Medeiros, 2007:598), entre eles, destaca-se o princípio de acesso à informação relativa a processos em andamento ou mesmo arquivados (art. 268º/1-2 da CRP).

Os titulares do direito à informação reconhecido no nº 1 do art. 268º são as pessoas diretamente envolvidas no procedimento em andamento e no nº 2 todos os membros da sociedade no caso dos arquivados (Miranda e Medeiros, 2007:599). Não é qualquer pessoa que possui o direito à informação procedimental, mas a diretamente interessada, que divide-se em três categorias: os particulares partes no procedimento; os particulares lesados ou que possam ser lesados; os particulares terceiros que têm interesse legítimo no conhecimento dos elementos solicitados (Canotilho; Moreira, 2010:822), ratificado no art. 68º/1 do CPA.

Extrai-se a partir das disposições do art. 268º/1 da CRP, combinado com o art. 68º/1-2 do CPA quanto ao direito de o cidadão ser informado pela Administração sobre o andamento de procedimentos de contratação: a) quando a contratação, independentemente do objeto, qualquer decisão nele tomada seja de seu interesse, por risco de lesão ou por quaisquer outros motivos, legitimidade atribuída também às associações quando estiverem em causa interesses coletivos ou a defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respectivos fins (68º1); b) além do cidadão, as associações e fundações representativas são legítimas para requisitarem informações acerca do procedimento de contratação em andamento até a realização da contratação quando forem objeto interesses difusos e coletivos: a saúde pública, habitação, educação,

qualidade de vida, o ambiente, o urbanismo, o consumo de bens e serviços, o património cultural e o ordenamento do território (68º/2).

O direito de acesso aos arquivos e registos administrativos consagrado no art. 268º/2 da CRP, introduzido com a revisão constitucional de 1989, é inspirado na tradição histórica de transparência documental da Administração iniciada nos países escandinavos que espalhando-se para outros países como França, Espanha e Itália. É um direito regulado pela Lei nº 46/2007 (LADA), que diferencia-se do preceito inserido no nº 1 do mesmo artigo constitucional na medida que atribui titularidade a todos os cidadãos, ou seja, toda e qualquer pessoa, não somente o cidadão português, sem a lógica da relação com o interesse envolvido, mas simplesmente a possibilidade de consulta dos arquivos e registos (Miranda; Medeiros, 2007:601-603).

Disponibilizar os arquivos é uma responsabilidade da Administração que deve contar com instrumentos facilitadores, inclusive quando o assunto reporta-se a contratação pública. Os documentos de um procedimento de contratação finalizado são arquivados no órgão adjudicante e podem ser consultados por qualquer pessoa. É um direito firmado no art. 268º/2 que independe de justificativa, baseado no princípio do arquivo aberto ou da administração aberta. Afinal, trata-se de uma Administração aberta, e como tal, não pode limitar a consulta de documentos ou o direito de os cidadãos serem informadas apenas quando os procedimentos estiverem em andamento, ao contrário, os documentos em seu poder devem ser disponibilizados sempre que solicitados. É direito “dinamizador da democracia administrativa” (Canotilho; Moreira, 2010:824), inafastável requisito para participação popular no controle das contratações públicas.

Não há dúvida que o acesso à informação é assunto de alta relevância para democracia e traz segurança jurídica para o cidadão porque garante o exercício efetivo do direito que permite os administrados conhecerem e consultarem os documentos, garantia que afasta qualquer impossibilidade porventura alegada pela Administração (Miranda; Moreira, 2007:603).

Além das disposições constitucionais referidas importante destacar, a liberdade de expressão e informação, incluindo o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem qualquer tipo de impedimento ou discriminação presente no art. 37º da CRP (Liberdade de expressão e informação), são liberdade e direito que devem ser vinculados ao direito de participação na Administração Pública, atribuído pelo art. 48º da CRP. O

dispositivo assegura a todos os cidadãos o direito de esclarecimentos sobre atos do Estado, das demais entidades, enfim o direito de serem informados por todas aquelas que compõem a Administração Pública (Dias, 2015:373).

A liberdade de expressão e informação, além de ser uma garantia jurídico-constitucional voltada ao interesse público, é um direito individual de defesa do cidadão com reflexo no direito de participação política (Dias, 2015:373). A possibilidade de acesso às informações dos procedimentos contratuais abrangida pelos princípios da participação e da administração aberta é recurso democrático indispensável ao controle promovido pelos cidadãos e por suas entidades representativas concretizada no ordenamento português. Mas dificuldades rondam o direito de acesso à informação sobre atos administrativos ou procedimentos de qualquer natureza adotados quando o Estado contrata para cumprir o interesse público.

A ausência de um direito objetivo e claro no CCP em favor do cidadão para ter acesso aos documentos do procedimento de contratação confirma a dissonância com as garantias instituídas na Lei n.º 46/2007 (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos-LADA), de 24 de agosto que regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização, conforme Diretiva n.º 2003/98/CE de 17 de novembro, do Parlamento e do Conselho Europeu. O acesso dos cidadãos aos documentos administrativos é fundamentado, entre outros, nos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade (art.1º da Lei nº 46/2007), sem prejuízo das garantias ao acesso à informação em matéria de ambiente (Lei nº 19/2006, de 12 de junho). Todos, sem a necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, com direito a consulta, reprodução ou simplesmente informação sobre a sua existência e conteúdo (art.5º da Lei nº 46/2007).

O art. 3º/a da Lei nº 46/2007 (LADA) define como documentos administrativos “qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, electrónica ou outra forma material”, que esteja na posse dos órgãos e entidades públicas indicadas no art. 4º da mesma norma, observadas as restrições definidas no art. 6º, quanto aos documentos que possam por em risco a segurança interna e externa do Estado, os relativos a matérias em segredo de justiça, os preparatórios de uma decisão ou de processos não concluídos, etc. Ressalta-se que as restrições de acesso descritas no art. 6º não remetem aos documentos

dos procedimentos de contratação (compras diretas e concursos), confirmando mais uma vez esse direito do cidadão e das entidades representativas de seus interesses.

Vale registrar a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – CADA, referida no art. 25º da Lei 46/2007, responsável por zelar pelo cumprimento das disposições mencionadas lei e de garantir o direito fundamental do cidadão de acesso à informação previsto no art. 268º da CRP. É uma entidade pública independente que funciona junto da Assembleia da República, composta por um juiz conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo, dois deputados eleitos pela Assembleia da República, um professor de Direito designado pelo Presidente da Assembleia da República, duas personalidades designadas pelo Governo, uma personalidade designada por cada um dos Governos das Regiões Autónomas, uma personalidade designada pela Associação Nacional dos Municípios Portugueses, um advogado designado pela Ordem dos Advogados e um membro designado, de entre os seus vogais, pela Comissão Nacional de Protecção de Dados (art.26º). Entre as responsabilidades especificadas no art. 27º da Lei 46/2007 está o de “contribuir para o esclarecimento e divulgação das diferentes vias de acesso aos documentos administrativos no âmbito do princípio da administração aberta”. Entidade que apresenta-se como um meio de garantia de acesso aos citados documentos.

Cabe à mencionada comissão, de acordo com o seu regulamento interno, dar parecer sobre a recusa de acesso a documentos administrativos mediante requerimento do interessado em ter acesso a informações não nominativas ou a informações nominativas que lhe digam respeito, que apesar de fortalecer o direito de acesso a documentos administrativos pelo cidadão, acaba por burocratizar o acesso, em face dos trâmites adotados. O cidadão quando tiver seu direito de acesso a documentos administrativos frustrado por qualquer agente público, poderá provocar o Provedor de Justiça ou mesmo a CADA para solucionar o problema, situação geralmente bastante procrastinadora.

A CADA fornece um serviço de atendimento diário para informar e esclarecer os cidadãos sobre os direitos e deveres derivados da legislação do acesso à informação administrativa e sobre as decisões da própria comissão, iniciativa regulada no art. 14º do regulamento interno, que pode contribuir para dirimir dúvidas dos cidadãos sem protelamentos.

Apesar de o CCP não garantir claramente o direito de acesso do cidadão às informações sobre contratação, este direito, ratifica-se, está fundamentado no art. 268º/1 da

CRP e nas disposições indicadas no CPA. Importante apontar que as restrições previstas na LADA não incluem os procedimentos de contratação, e restringe-se apenas ao “disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”. Qualquer restrição imposta pela Administração além das consignadas na referida norma não condiz com o princípio da legalidade e demais princípios gerais que regem a atividade pública, tampouco os princípios gerais do Estado Democrático.

A concretização do exercício da cidadania requer publicidade com a devida transparência e uma atuação da Administração Pública voltada aos administrados (cidadãos). O direito previsto no supramencionado artigo constitucional impõe à administração perceber e tratar o cidadão como um sujeito de direitos, e não como sujeito cumpridor de decisões autoritárias unilaterais dos poderes públicos; são direitos procedimentais e processuais análogos a direitos, liberdades e garantias, de caráter autônomo, que além de favorecerem a defesa dos direitos e liberdades do Estado de direito, afirmam a transparência de uma administração aberta proclamada pelo princípio democrático (Canotilho e V. Moreira, 2010:820).

As legislações brasileira e portuguesa das contratações públicas trazem garantias similares quanto ao acesso às informações das peças do concurso (licitação) e a cobrança de emolumentos para o fornecimento de cópias de documentos, conforme observado nas constituições, normas específicas e subsidiárias. No entanto, a legislação brasileira específica das contratações públicas mostra-se mais contundente quanto ao direito do cidadão propriamente dito requerer as informações; o CCP português favorece muito mais o “interessado” em participar do procedimento enquanto contratado, não fazendo menção de forma clara o direito do cidadão comum, mas se promovida uma interpretação hermenêutica baseada na CRP e no CPA, especialmente, confirma-se tal direito quando o cidadão pretende informações de procedimentos de contratação.

3.2.4 Audiência Pública

A audiência pública visa ampliar a publicidade através do debate presencial acerca da pretendida contratação, com a oportunidade de participação de diversos membros da sociedade. É ato vinculado ao valor estimado da licitação quando superior a um milhão

e quinhentos mil reais, seja numa única obra ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas, conforme dispõe o art. 39 da Lei 8.888/93¹³⁸. A autoridade responsável pela contratação deve iniciar o procedimento com a audiência pública, 15 dias úteis antes da data marcada para a publicação do edital, no mínimo, e a divulgação de sua realização deve ocorrer, 10 (dez) dias úteis antes da data de sua realização, pelos mesmos meios usados na publicação da licitação; todas as informações devem estar disponíveis para consulta, além de ser permitida a manifestação de qualquer interessado presente na reunião. O evento reúne a AP e a sociedade civil, entre técnicos, representantes de associações, sindicatos, cidadãos interessados em conhecer detalhes da contratação, sugerir ou fiscalizar o procedimento.

A audiência pública é a publicidade (face a face) que incide no controle dos atos praticados desde a concepção do objeto almejado até antes da decisão definitiva em contratar; na audiência colocam-se em discussão as pretensões da contratação ainda não formalizadas. São diversos os dispositivos da lei confirmadores do princípio da publicidade dos atos impostos a partir do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, e a audiência pública, uma das formas de publicidade consagrada na norma licitatória, contribui para o controle social. Segundo Marçal (2004:374), “é instrumento útil no controle da legalidade e da conveniência das contratações de maior vulto”.

Apesar de a lei ter previsto somente a possibilidade de audiência no art. 39, nada impede de a administração adotar este critério de publicidade e participação em outros casos, principalmente quando estiverem em discussão relevantes interesses da coletividade, independentemente do valor estimado da contratação, em ratificação ao princípio da eficiência, norteador de toda atividade pública, e do princípio da soberania popular pela oportunidade de interferência da sociedade em assuntos de seu interesse¹³⁹.

A audiência deve ser amplamente divulgada para atrair o máximo de interessados, entre os potenciais e possíveis contratados, os representantes institucionais (os órgãos de controle) e todos que almejam uma contratação eficiente. Nessa oportunidade os fatores e

¹³⁸ Lei. 8.888/93 - Art. 39 [...] Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas àquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas àquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

¹³⁹ O controle externo popular visa questionar a legalidade de atos da Administração Pública e pugnar pela sua validade. Um bom exemplo, de tantos outros, é a obrigatoriedade de realização de audiências públicas para discutir o plano plurianual e determinadas licitações de grande porte ou relevante interesse social. Marinela, 2012:1017.

objetivos envolvidos são expostos, as pessoas presentes debatem para conjuntamente avaliarem a necessidade ou não de alguma alteração nos parâmetros técnicos ou quaisquer outras modificações ou, se for o caso, desistir da contratação motivada pela conveniência e oportunidade. É democracia viva, efetiva que visa proteger o interesse público, e por tal razão deve ser ampliada nas previsões legais. Lembre-se que essa medida pode ser adotada independentemente de previsão legal (regra), vez que o princípio da publicidade (norma) já o autoriza.

A audiência não pode ter caráter meramente formal, deve ser realizada visando contribuições práticas dos presentes, que podem indagar e solicitar esclarecimentos mesmo de ordem discricionária, e têm direito a uma decisão motivada (Justen Filho, 2004:374). A audiência pública, tanto quanto a consulta pública, só é legítima se a autoridade estiver aberta a aceitar as críticas e sugestões apresentadas, que devem ser devidamente registradas, sendo inepta se realizada apenas para a obtenção de anuência da decisão já tomada, revelando-se, neste caso, um ato formal sem legitimidade (Medauar:2012:179). Nem sempre o legal é legítimo¹⁴⁰, e por essa razão a participação do cidadão mostra-se relevante para dar a legitimidade norteada pela lei e livrar o evento de manipulações de interesses econômicos e/ou políticos desconformes com o interesse público.

A mesma obrigação impõe a Lei Federal 10.257/2001, de 10 de julho (Estatuto da Cidade) ao Município quando aborda sobre as diretrizes gerais da política urbana. O objetivo da política urbana é de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a realização de audiência pública (entre outras diretrizes) com a população nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente (natural ou construído), o conforto ou a segurança da população (art. 2º). A implementação da política urbana pode exigir a contratação de bens e serviços, demonstrando a necessidade de uma análise hermenêutica para as providências necessárias ao cumprimento do interesse público, desde o planejamento até o término da execução contratual.

A audiência pública prevista no Estatuto da Cidade visa estabelecer diretrizes na elaboração dos projetos incidentes sobre o meio ambiente, muito antes da formalização do ato inicial para a abertura de uma possível contratação para a implementação do projeto,

¹⁴⁰ Cfr. sobre legalidade e legitimidade em Ricardo Hermany, 2006:1746.

independente de seu valor estimado. A legitimidade da audiência estabelecida no referido artigo baseia-se no direito público subjetivo da coletividade ao meio ambiente e ao direito de participar da audiência pública. A norma estatui concepções de gestão democrática não relacionados apenas com a propriedade urbana, mas em diferentes políticas públicas decorrentes da consolidação do princípio constitucional da dignidade humana (Tornarí, 2006:1741), que podem exigir a realização de procedimentos de contratação pública.

A norma licitatória reforça a importância da participação do cidadão em atividades antes dedicadas exclusivamente aos técnicos e agentes envolvidos com a contratação. Ratifica-se na mesma norma a participação popular do cidadão individuais e associações representativas dos vários segmentos da comunidade, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, devendo promover audiências públicas e disponibilizando aos interessados os documentos e informações produzidos (art. 40, §4º da Lei 10.257/2001).

A Lei nº 11.079/2004, de 30 de dezembro institui as normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas e ratifica em seu art. 10, inciso VI, a necessidade de consulta pública para submissão das minutas do edital e do contrato, devendo publicar na imprensa (oficial, jornais de grande circulação e por meio da internet) o resumo das informações mais relevantes, garantindo um prazo mínimo de 30 (trinta) dias para o recebimento das sugestões. A referida lei não cita “audiência” mas sim “consulta”, o que prejudica de certa forma a participação dos cidadãos conhecerem todas as sugestões, o posicionamento da Administração em relação a elas e a possibilidade de esclarecimentos, vez que o limita a enviar sugestões no prazo estipulado. É uma restrição ao princípio da publicidade, consagrado no dever administrativo de manter a plena transparência de seus comportamentos, não ocultar dos administrados os assuntos que a todos interessem (Mello, 2004:104). Enviar apenas sugestões também reduz a participação direta do cidadão usurpando-lhe a possibilidade do debate oral, o direito de arguição e possibilidade de conhecer todas as manifestações, o direito de ouvir as explicações e informações da administração. A participação direta é muito mais proveitosa!

A participação popular apresenta-se sob diversas formas, segundo Modesto (2005), pode ser classificada quanto à eficácia de ação (vinculante e não vinculante), quanto à matéria e sua estrutura de intervenção - consultiva e executiva (Modesto, 2005:6), estando incluída a audiência pública entre as formas de participação consultiva. Por outro

lado, as opiniões e possíveis constatações de ilegalidades apresentadas pelos cidadãos ou quaisquer outros participantes devem ser registradas e avaliadas pela autoridade dirigente. A desconsideração de possíveis irregularidades levantadas pelos participantes na audiência incide na nulidade do ato, considerando o descompromisso com o interesse público e o descumprimento dos princípios relacionados com os interesses difusos e coletivos, sujeitando o ato ao controle cidadão por meio de ações judiciais (ação popular, mandado de segurança etc.). A nulidade não está atribuída a simples desconsideração à intervenção do cidadão, mas sim ao fato em si levantado por ele, se pertinente a ilegalidade apontada. O ocorrido deve ser registrado em ata por solicitação do cidadão, e caso a administração recuse “beira à tipicidade penal e nunca deverá ser admitida”, caberá a impugnação do documento por via administrativa ou por via de ação judicial própria. (Justen Filho, 2004:375)

A discussão pública com a participação da sociedade visa avaliar a oportunidade da contratação principalmente pela grandiosidade dos recursos públicos envolvidos, representando ainda um meio de controle sobre a legalidade e conveniência num processo de tomada de decisão, configurando-se uma gestão democrática que oportuniza o controle da discricionariedade por todos os interessados (cidadãos) que poderão se manifestar e ter acesso às informações por outorga legal, sem a restrição discricionária da administração (Guimarães, 2002:83-84).

A audiência é um momento de participação democrática que materializa o princípio da participação popular e fundamenta decisões administrativas, legitimadas pela sociedade, momento dedicado a apresentação de diversas opiniões. As opiniões, esclarecimentos, intervenções e sugestões são analisadas para cumprir da melhor forma as previsões da lei e o alcance do interesse público. Resta saber se essa forma democrática de participação interfere efetivamente nos destinos da contratação. Ora bem, se existem determinações legais para que sejam absorvidas as “boas ideias”, originárias de todas as manifestações na audiência, devidamente registradas em ata, estas formarão a base da decisão da administração quanto ao objeto da contratação, antes de iniciado o procedimento¹⁴¹.

¹⁴¹ Considerar neste caso a realidade contida na legislação de contratação pública brasileira, uma vez que não existe audiência pública dessa ordem no CCP.

A discricionariedade da Administração pode e deve ser fortalecida com a participação do cidadão nas audiências exigidas por lei que adequa com mais precisão as nuances envolvidas na contratação (Bandeira de Mello, 2004, p. 847e 850). Neste momento busca-se “a solução ideal porque seria materialmente impossível, perante a realidade polifacética da vida, prever todas as situações e soluções correspondentes (Bandeira de Mello, 2004:851). Quando a administração insiste em realizar uma contratação de grande vulto nos moldes propostos por ela, sem o acordo da comunidade presente, pode ter sua legitimidade questionável com base nos princípios norteadores da administração, que lhe impõe, no caso de não adotar as sugestões expostas, provar que mesmo não acolhidas, foi bem tomada a decisão (Figueiredo, 2007:3-4).

A audiência pública prévia prevista nos artigos 122º e 123ª do Código de Contratos Públicos português visa oportunizar a participação dos concorrentes no procedimento de contratação, antes da elaboração do relatório final requisitado na referida norma ordinária. O júri responsável por julgar as propostas para a formação do contrato, após elaborar o relatório preliminar, fundamentado nas razões de fato e de direito das propostas apresentadas, onde constem as suas características e, se for o caso, as propostas excluídas nos termos do art. 146º n.ºs. 2 e 3 do CCP, deve submetê-lo à apreciação dos concorrentes, dando-lhes um prazo não inferior a cinco dias para manifestação escrita, ao abrigo do direito público subjetivo da audiência pública; devem ainda constar os esclarecimentos prestados pelos concorrentes (art. 72º), não deixando escapar todas as informações delineadoras e fundamentadoras à adjudicação da proposta mais vantajosa. Em flagrante ratificação ao princípio da publicidade a norma contratualista determina que durante a fase de audiência prévia todos os concorrentes tenham acesso às atas de negociação de todos os concorrentes, informações e comunicações registradas por escrito, deixando claro quanto aos termos integrais das propostas finais (art. 123º).

A função do júri, conforme visto, é elaborar um relatório preliminar imprescindível para o relatório final indicador da proposta vencedora. Deve ser cuidadosamente fundamentado com todos os detalhes sobre os atos e fatos do certame porque visa uma decisão constitutiva de direitos das partes (Silva, 2013:351). Não há previsão legal para a realização da audiência prévia quando é apresentada apenas uma proposta, cabe apenas à entidade adjudicante solicitar esclarecimentos sobre a mesma, se entender necessários, e submeter, posteriormente, o projeto de adjudicação à autoridade

competente para decisão (art. 125º do CCP). Cabe ao órgão, sempre que possível, solicitar esclarecimentos e tentar melhorar a proposta, abre-se, ao nosso ver, uma fase de negociação, apesar da norma negar a existência desta etapa quando presente apenas uma proposta, nos termos do art. 125º/2. Discutir a proposta com o adjudicante, antes ou até mesmo após a contratação, estriba-se na finalidade de viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público (Marinella, 2012:345), visando exclusivamente atender com eficiência o interesse público. Quando uma contratação não houver sido feita de modo adequado ao interesse público, em que, por exemplo, uma determinada negociação prévia à contratação deixa de ser realizada obstando a possibilidade de redução do preço, é motivo de anulação pelo judiciário. São etapas que conferem liberdade a AP de fazer uso de seu poder discricionário, mas de forma limitada e vinculada ao interesse público¹⁴².

Note-se que o CCP não assegura a participação dos cidadãos na audiência pública, mas a dos concorrentes, em flagrante confronto aos princípios da publicidade (transparência) e da participação popular consolidados nos artigos 267º e 268º da CRP. A norma limita-se a oportunizar os concorrentes a pronunciarem-se sobre a avaliação prévia apresentada pelo júri; é uma manifestação sobre uma decisão já tomada, sem entrar em causa a formação da decisão e sem a participação do cidadão, apenas o concorrente (Pujol, 2013:341). Não há alusão a possibilidade da participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhe dizem respeito, limitando-se aos potenciais interessados (concorrentes) que visam a obtenção de vantagem (lucro). O objetivo do concorrente em vender para a Administração Pública é legal, ele pode colidir com o interesse público, e por esta razão a participação e fiscalização do cidadão é importante. É cediço que os motivos ensejadores da participação dos concorrentes não se confundem com as razões dos cidadãos movidos pela satisfação do interesse público, mesmo que esse interesse se entrelace com seu próprio interesse individual. Deixar *in albis* o direito de manifestação prévia dos cidadãos sobre uma determinada contratação (que o afetará direta ou indiretamente) afronta, de forma flagrante os princípios constitucionais da participação popular e da publicidade (transparência), corolários do Estado Democrático.

¹⁴² Os tribunais, não somente no Brasil mas também em Portugal, vem posicionando-se em ações que abordam a discricionariedade da Administração Pública, extrapolando as manifestações antes limitadas aos aspectos de legalidade dos atos. Veja-se posicionamento do Superior Tribunal Administrativo (STA) no processo nº 01127/13, de 26.09.2013.

O Código de Procedimento Administrativo trouxe mudanças com a inclusão de algumas garantias dedicadas ao particular (cidadão), entre elas a obrigatoriedade de notificação da decisão de seu interesse, a audiência do interessado e a elaboração de um relatório com a decisão fundamentada (Pujol, 2013:343). A alusão feita por Pujol (2013) refere-se ao CPA revogado, mas foram mantidas no art. 110º e seguintes do atual CPA (DL nº 4/2015, de 07 de janeiro); a Administração Pública tem o dever de notificar os interessados dos atos administrativos que decidam sobre quaisquer pretensões por eles formuladas que imponham deveres, encargos, ônus, sujeições ou sanções, ou causem prejuízos; criem, extingam, aumentem ou diminuam direitos; ou interesses legalmente protegidos, ou afetem as condições do seu exercício (art. 114º do novo CPA), não há como fugir de tal obrigação.

Os interessados referidos no CCP são os participantes da concorrência, portanto não o cidadão interessado em participar da reunião para exercer o controle do ato. Pujol (2012:343) ao citar trabalho realizado com Martinez (1995:171-172) defende a adoção da audiência prévia dos interessados (não concorrentes) com fundamento na previsão do art. 121º e ss do CPA (art. 100º e ss. do antigo CPA) nos procedimentos de contratação pública, especialmente na empreitada de obras públicas. O modelo de participação não dispensa a audiência dos concorrentes, mas impõe a participação dos cidadãos em momento prévio (Pujol, 2008:350).

A participação do cidadão na audiência não deve servir a mera ratificação de decisões já consolidadas pelo júri, mas sim permitir sua manifestação para contribuir como o objetivo do procedimento, num momento ainda anterior à publicação do instrumento convocatório (Brasil) e antes do relatório final no caso de Portugal. Atualmente no Brasil a audiência pública é um recurso para o controle do cidadão que pode ser adotado em quaisquer tipos de contratação de grande vulto, ou seja, adstrito ao aspecto financeiro, mas deve ser ampliado para outras possibilidades que levem em conta fatores de impacto social. O legislador português merece alterar a norma vigente para incluir a participação do cidadão antes de iniciado um procedimento de contratação de grande impacto financeiro ou social, pois como atualmente concebida no CCP não aparece como um desenvolvimento e uma concretização do princípio da participação popular (PUJOL, 2008:342).

A legislação ordinária da contratação pública brasileira, conforme visto, impõe a realização de audiência pública para licitações em valor estipulado no art. 39 da Lei

8.666/93 e de consulta pública nos termos do art. 10, VI da Lei nº 11.079/2004 (parceria público-privada). São previsões não confirmadas no Código dos Contratos Públicos português; mas se a audiência dos interessados está prevista no art. 121º e seguintes do CPA (novo), mesmo não relativa expressamente aos interessados em razão de concorrência (procedimento de contratação) poder-se-ia adotar-se no âmbito das contratações públicas, o que traria progresso no âmbito do controle das contratações.

Convém indicar previsão do art.4º da Lei nº 83/95 (Direito de Participação Procedimental e Ação Popular) sobre o dever de prévia audiência com os cidadãos e entidades defensoras dos interesses envolvidos na preparação de planos (urbanismo, diretores e ordenamento de território) ou na localização e realização de obras e investimentos públicos com impacto relevante no ambiente ou nas condições econômicas e sociais e da vida da população. Marca-se nessa previsão a possibilidade de participação popular (cidadão individual ou coletivo) para abordar questões que podem incidir em procedimento de contratação pública.

Em ratificação ao entendimento apresentado por Pujol, apesar de não ratificado pela maioria doutrinária, deve ser adotada como regra a audiência pública para os casos de grande repercussão social e financeira, com a garantia de manifestação do interessado (cidadão), em ratificação ao princípio da participação na administração, presente nos artigos 11º e 12º do CPA (novo) e em outras normas. A audiência pública deve ser adotada como critério de sujeição para ampliar cada vez mais o debate sobre as contratações de grande impacto para a sociedade, prevista em lei para dar segurança jurídica, e portanto deve ser promovida a alteração legislativa.

A ausência da audiência com os cidadãos ou a possibilidade de presenciar a reunião do júri no ordenamento português, além de ferir diretamente o princípio da participação popular, exclui, de forma prática, a permanente vigilância no processo de participação profunda em área de relevante impacto social, considerando que as contratações públicas servem ao atendimento do interesse público.

A adoção do debate público como um dos critérios democráticos do controle das contratações públicas nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal é ainda tímido, apesar do ordenamento brasileiro ter avançado um pouco mais quando permite a participação do cidadão nas licitações de grande vulto. Ambas urgem por alterações

legislativas para promoverem a segurança jurídica necessária à participação do cidadão nos processos de alta relevância social e financeira.

O legislador deve inovar (no caso português) ou ampliar (no caso brasileiro) sua previsão para as contratações de grande impacto (nem sempre condicionadas ao fator financeiro). E se a audiência pública tem por objetivo publicitar amplamente e informar satisfatoriamente os elementos da pretensa contratação aos presentes, permite um eventual controle (Guimarães, 2002:85), e pode produzir o efeito de dirimir ou mesmo evitar possíveis erros no procedimento desde a elaboração do objeto contratual.

É de bom alvitre alertar para a desnecessária adoção generalizada da audiência prévia, podendo insurgir em prejuízo ao interesse público com a demora na conclusão dos atos da fase pré-contratual. Nem sempre a adoção de supostos critérios democráticos contribuem para o alcance do objetivo fim da contratação, com eficiência. Deve-se democratizar com o objetivo específico de fazer o melhor para o interesse público, sendo este o foco, e não a participação do cidadão, que deve funcionar como condutora da democracia em prol do objetivo fim da contratação, e não como seu óbice.

Não se pode olvidar que a discussão ampla com os cidadãos, principalmente os envolvidos mais diretamente com o objeto contratual (a exemplo de obras geradoras de alterações ambientais significantes na vida de uma determinada comunidade), além de reduzir possíveis erros formais e materiais da contratação, leva a um atuar preventivo contra danos irreparáveis ao interesse público, promove um ambiente propício à redução dos desvios de finalidade sobre o interesse público e fortalece a democracia participativa. Ressalte-se que é “dever do Estado democratizar o acesso aos seus contratos”, oportunizando o controle prévio pelos cidadãos, que tende a maior probabilidade de acertos no agir administrativo impessoal quando analisa e julga os detalhes de uma proposta para ser verdadeiramente a mais vantajosa (Zimmer Júnior, 2009:520-521).

3.2.5 Direito de Petição

O direito de petição é originário da Inglaterra medieval, procedência esta repudiada por alguns estudiosos se consideradas outras realidades não eurocêntricas¹⁴³; é o *right of petition* que resultou das Revoluções inglesas de 1628, com traços marcantes na

¹⁴³ Cfr. De Pietro, 2001:590; Duarte, 2008:37.

famosa Magna Carta de 1215, consolidando-se após a Revolução de 1689 com a declaração dos direitos (*Bill of Rights*), passou a constar na Constituição Francesa de 1791 (§3º do título I) e não na de 1789- fruto da Revolução Francesa do mesmo ano (Silva, 2008:442). A Magna Carta foi um importante documento representativo da submissão de todos ao Estado de Direito, símbolo de liberdade e de garantias, surgido de uma crise política no reinado de John (conhecido Rei João Sem-Terra)¹⁴⁴, assim requisita o governo inglês. A Inglaterra é a primeira nação europeia a reconhecer o direito de petição ao Rei, e em 1669 a Câmara dos Comuns afirma por dez resoluções os princípios do direito de petição, mas é a partir do século XIV que a Câmara dos Comuns desempenha um papel importante em relação a esse direito; os peticionantes depositavam os textos que eram examinados e encaminhados para a Câmara dos Lordes, acompanhado de um aviso prévio de favorável ou desfavorável, posteriormente decidido pelo Rei; a multiplicação das petições levou, em 1842, a adoção de uma série de *Standing Orders* que deu origem a um procedimento formal para a apresentação de petições e evitou o debate em sessão pública; hoje em dia é um direito exercido principalmente perante a Câmara dos Comuns (Dubourg-Lavroff, 1993:1734-1735)¹⁴⁵.

A palavra “petição” obteve diferentes significados nas línguas europeias, enquanto em inglês, petição tornou-se desde o início o termo “guarda-chuva” dominante para pedidos, súplicas, demandas de todos os tipos; em alemão, petição tornou-se dominante depois de 1800 embora possa ser encontrada ocasionalmente desde o século XIV. Na virada do século dezenove, “petição” foi fortemente conectado com o constitucionalismo e portanto focado ao nível político.¹⁴⁶

A origem etimológica do termo petição vem do latim *petere* (pedir) e *petitio* (pedido), que em sua acepção mais ampla refere-se a qualquer pedido (reclamação, queixa, agravo, rogo, súplica, requerimento) dirigido a uma autoridade pública. Este instrumento,

¹⁴⁴ Mais detalhes na página oficial da monarquia inglesa: “*Many of his barons rebelled, and in June 1215 they forced King John to sign a peace treaty accepting their reforms. This treaty, later known as Magna Carta, limited royal powers, defined feudal obligations between the King and the barons, and guaranteed a number of rights. The most influential clauses concerned the freedom of the Church; the redress of grievances of owners and tenants of land; the need to consult the Great Council of the Realm so as to prevent unjust taxation; mercantile and trading relationships; regulation of the machinery of justice so that justice be denied to no one; and the requirement to control the behaviour of royal officials*”. Disponível em <http://www.royal.gov.uk/HistoryoftheMonarchy>, acesso em 23.08.2014.

¹⁴⁵ Tradução própria.

¹⁴⁶ *J.H. Kumpf “Petition”, in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 5 vols (Berlin, 1971-1998), vol. 3, pp. 1639-1646, Apud Würgler, Andreas: 2001:14. Tradução própria.*

em contínuo processo de transformação em sua natureza jurídica, de significado amplo, e que apesar de uma suposta inutilidade jurídica ausente de autenticidade, consagra-se no rol dos direitos constitucionais de reforçada proteção jurídica (Duarte, 2008-17-21).

Independentemente de quem requisite sua origem ou nomenclatura, o direito de petição é um dos principais instrumentos jurídicos da via administrativa contra a ilegalidade ou abuso de poder e defesa de direitos, promovido por pessoa física ou jurídica. A falta de discriminação na lei quanto ao sujeito ativo, permite o direito de ação por pessoa individual ou coletiva; por nacional ou estrangeiro; sendo proibida a formulação pelas forças militares, exceto ao membro, desde que respeitadas as regras de hierarquia e disciplina (Carvalho Filho, 2006:443). É garantia contida no art. 5º, XXXIV, “a”, do capítulo dos direitos e garantias fundamentais da CRFB. Não exige a intermediação por advogado, tampouco o pagamento de taxas ou qualquer formalidade prescrita em lei, exigindo-se apenas a formulação do(s) pedido(s) por escrito, e por cautela, a indicação do referido artigo para melhor indicação da tutela que pode incidir no prazo de resposta pela autoridade.

A amplitude do recurso da petição está na possibilidade de “defesa de direitos”, pois não sendo os tipos discriminados na norma, pode abranger os direitos individuais e coletivos, próprios ou de terceiros (Carvalho Filho, 2006:796), das mais diversas origens motivadoras. É recurso decorrente da própria cidadania, inerente ao processo de democratização e controle da Administração Pública, que apesar de bastante acessível por suas características formais e materiais simplificadas, não é suficientemente massificado como um instrumento de controle das contratações públicas.

O direito de petição vai além do direito aos recursos administrativos indicados no art.109 da Lei 8.666/93. É um direito amplo contra a ilegalidade no curso da licitação ou dos contratos, tanto quanto a ação popular, instrumentos do cidadão, especialmente na defesa do interesse público (Justen Filho, 2004:629). A ausência de motivação nas decisões da comissão avaliadora, no curso de uma licitação tolhe a possibilidade de recursos pelos participantes (TCU - Acórdão 2.099/2011, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti). Não se pode negar que o direito dos particulares (licitantes ou cidadãos) legalmente protegidos coincide com a defesa do interesse público (Soares, 1988:26), e exige uma postura da administração condizente com a lei e o edital regulamentador dos critérios de avaliação para não “fugir” do objetivo pretendido na contratação.

Cabe a autoridade pública competente dar a resposta ao peticionante, não podendo silenciar, mesmo que seja para denegar o pedido ou mesmo se manifestar sobre sua incompetência legal. Trata-se de um direito que não pode ser destituído de eficácia, apesar da CRFB não determinar explicitamente o dever de resposta, diferentemente das constituições da Venezuela, Colômbia, Equador que definem o prazo da resposta (Silva, 2008:443) e Portugal atribui a obrigação de resposta num prazo razoável.

Quando a AP silenciar frente a uma petição, o interessado poderá discutir a matéria não apreciada no âmbito judicial (Marinela, 2012:1022), podendo requerer a penalização da autoridade por negar a resposta (quando teria a obrigação legal de fornecê-la) sobre os assuntos de seu interesse, inclusive se relacionados com procedimento de contratação pública, mesmo não estando na condição de concorrente. Entende José Afonso da Silva (2008:444) que na recusa de pronunciamento ou omissão da autoridade a quem foi dirigida a petição, poderá ser utilizado o mandado de segurança, e para tanto é imprescindível a indicação do art. 5º, XXXIV, “a” da CRFB. Note-se que a omissão da administração de responder o pedido não exclui da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, nos termos do art. 5º, XXXV da CRFB.

Não deve o interessado aguardar um pronunciamento, que talvez nunca aconteça, para buscar a via judicial, exceto se seu pedido for recebido em efeito suspensivo, evitando-se possíveis danos, mas se esse efeito não for acolhido, deixando fluir os atos subsequentes, justifica-se a utilização das vias judiciais como meios preventivos ou corretivos de ilegalidades promovidas pela administração.

O direito à tutela jurisdicional não pode exigir obediência a “pressupostos processuais desnecessários, não adequados e desproporcionais” (Canotilho, 2003:499), principalmente do cidadão desgastado com o fracasso de seu intento na esfera administrativa. A prestação jurisdicional deve servir de um meio seguro, adequado, eficaz e eficiente para sanar a falha administrativa, quando deixou de apresentar a resposta solicitada na petição, especialmente porque tem sempre o poder-dever de revisar seus atos (poder de autotutela) e sanar possíveis vícios. “O recurso defeituoso pode ser apreciado como um mero exercício do direito de petição” (Justen Filho, 2014: 1191). Nesse diapasão, pode se afirmar que o pedido de reconsideração de decisão tem origem no direito de petição, que segundo Marçal Justen Filho (2004:629) pode ser manifestado sobre qualquer

decisão administrativa, não possui efeito suspensivo e não acarreta maiores consequências, a luz da previsão do art.109, III da lei 8.666/93.

Quando o fato ou ato motivador do pedido tratar de suposta ilegalidade ou outros que possam invalidar o procedimento de contratação, independente dos pedidos já formulados pelo cidadão, o Ministério Público¹⁴⁷, parte no processo, poderá emendar, ratificar ou refutar em seu parecer os pedidos apresentados, por força de sua competência legal na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais.

O voto do relator Fernando Gonçalves, ministro do Tribunal de Contas da União, no processo nº 01014.982/95-1, em razão de representação formulada por licitante inconformado com a inclusão de cláusula editalícia que exigia prazo mínimo de validade das certidões de capacitação técnica, contrariando o art. 30, parágrafo 1º da Lei 8.666/93, confirma a legitimidade ativa do requerente no exercício do direito de petição perante aquele Tribunal (§ 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93)¹⁴⁸. A legitimidade ativa independe da capacidade política ou civil e está vinculada ao interesse que move o impetrante em favor próprio ou de terceiros, proibido o anonimato.

A possibilidade de interpor recursos no âmbito administrativo, independente de denominação, (Marinela, 2012:425) se traduz no exercício da garantia constitucional do direito de petição. O exercício do direito de petição pressupõe a obediência da Administração ao princípio da publicidade, confirma José dos Santos Carvalho Filho (2006:21), pois as informações sobre os seus atos devem estar expostas de forma a tornar a Administração verdadeiramente transparente, e quando não, os cidadãos podem e devem usar este e outros recursos disponíveis para aproximar cada vez mais a realidade da teoria dos princípios jurídicos, na defesa do interesse público.

Apesar de o direito de petição estar exposto na Constituição de modo genérico, não o desvaloriza enquanto instrumento de defesa dos direitos pessoais. Em sede de recursos administrativos pode o particular intervir antes ou depois de uma decisão, devendo a administração ouvi-lo previamente sempre que uma futura decisão o afete direta ou indiretamente, permitido requerer provas, indicar assistentes técnicos, formular quesitos

¹⁴⁷ Lei 8.625/93 - art.1º O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹⁴⁸ Cfr. outros julgados do TCU: Acórdão 1155/2014 – Plenário; Decisão 114/93, plenário - ata nº 12/93, processo nº TCU 028.093/91-7; Decisão 683/96, plenário - ata 42/96, processo nº TCU 006.318/95-9, etc.

ou quaisquer outras requisições (Justen Filho, 2004:621). Convém salientar que a legitimidade recursal baseada no art. 109 da Lei 8.666/93 é do licitante ou de quem pode participar da licitação, e quando o cidadão, não cumprir o prazo da impugnação pode valer-se do direito de petição; já o licitante que não atenda ao prazo recursal deve interpor a ação judicial cabível para vergastar o ato que seria recorrido.

Os cidadãos portugueses podem recorrer ao direito de petição garantido no art. 52º da CRP para “defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação”, podendo ser apresentada individual ou coletivamente, aos órgãos públicos.

Peticionar, conforme dito, é fazer uma petição, ou seja, um pedido. A petição, de acordo com a CRP, pode ser classificada em quatro tipos: a petição propriamente dita, a reclamação, a representação e a queixa, conforme dispõe o art. 52º, nº 1. Neste sentido definem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007:695-696) os tipos consignados: a) a petição é um pedido escrito dirigido a uma autoridade pública para solicitar ou propor uma determinada decisão sobre um fato suscitado; b) a representação visa contestar ideias ou chamar a atenção sobre atos praticados pelas autoridades, de forma a utilizarem o poder de autotutela e reverem seus atos; c) a queixa tem o propósito de denunciar, geralmente a um superior hierárquico, a prática de um determinado ato ilegal ou comportamento ilegal; d) a reclamação, na sua forma típica, conduz a impugnação de um ato de qualquer autoridade. As petições e representações relacionam-se com o interesse público, solicitam providências e soluções, e caracterizam-se como uma *genuína manifestação de participação política*; as reclamações e queixas são utilizadas na defesa de *interesses próprios* do autor, a exemplo das manifestações dirigidas ao Provedor de Justiça.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, destinada a garantir a aplicação e os efeitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948), reforça obrigações dos países signatários de atuarem na proteção e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais¹⁴⁹. O documento prevê o direito de petição ao Tribunal Europeu (art.34º) e impõe às Altas Partes

¹⁴⁹ Preâmbulo da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, declarada em Roma, em 4.11.1950. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention>.

Contratantes a obrigação de garantir este direito, sem criar qualquer entrave, devendo inclusive esforçar-se para cumprir a responsabilidade de responder ao recurso (art.34º).

O Tribunal tem competência para receber petições de qualquer pessoa singular, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação de direitos, após esgotadas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional; impossibilitada está também prevista a apreciação de petição anónima (art. 34º e ss).

A lei nacional n.º 43/90, de 10 de agosto, que regula o exercício do direito de petição, estabelece em seu art. 1º que o documento (petição, representação, reclamação ou queixas) pode ser dirigido aos órgãos de soberania, ou a quaisquer autoridades públicas, com exceção dos tribunais. Conforme observado, o cidadão poderá valer-se do direito de petição perante o Tribunal Europeu, portanto, pela via judicial internacional, com base em descumprimento de direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos, mas somente após esgotadas as vias de recurso internas (art. 35º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

Pode ainda o cidadão valer-se do direito de petição perante o parlamento português, conforme previsões no art. 17º/1 da Lei nº 43/90 e art. 232º do Regimento Interno da Assembleia da República. No caso de a petição ser subscrita por um mínimo de 1.000 cidadãos ela é obrigatoriamente publicada no Diário da Assembleia, e se requerida por mais de 4.000 deve ser submetida ao Plenário da Casa Legislativa, podendo resultar de comunicação ao Ministro competente, remessa ao Procurador-Geral da República, à Polícia Judiciária ou ao Provedor de Justiça, a iniciativa de Projeto de Lei sobre o assunto versado pelo requerente, podendo resultar em medida legislativa ou administrativa após a análise da comissão competente, responsável por apresentar um relatório num prazo de 60 dias¹⁵⁰. A petição dirigida a Casa Legislativa reforça a possibilidade de o cidadão provocar as autoridades para defesa de direitos, da Constituição, da lei ou do interesse geral, e portanto cabem matérias amplas, inclusive relativas às contratações públicas.

¹⁵⁰ “Relativamente à Assembleia este direito exerce-se através de uma exposição escrita, devidamente identificada (é necessário o endereço de um dos subscritores) e dirigida ao Presidente da Assembleia da República. As petições são apreciadas pelas Comissões competentes em razão da matéria. A Comissão deve elaborar um relatório final no prazo de 60 dias que deve incluir a proposta das medidas julgadas adequadas. Qualquer petição subscrita por um mínimo de 1.000 cidadãos é, obrigatoriamente, publicada no Diário da Assembleia e, se for subscrita por mais de 4000 cidadãos, é apreciada em Plenário da Assembleia.” Disponível em <http://www.parlamento.pt/EspacoCidadao/Paginas/DireitoPeticao.aspx>. Acesso em 24.08.14.

Desde a formalização do Tratado da Comunidade Europeia (conhecido como Tratado de Maastricht) de 07 de fevereiro de 1992, mesmo após a consolidação de vários protocolos de alteração, instituiu-se o direito de petição a qualquer cidadão, qualquer pessoa singular ou coletiva, com residência ou sede estatutária num dos Estados-Membros da União; o direito de petição ao Parlamento Europeu (art. 24.º do TFUE/antigo art. 21.º do TCE), sobre qualquer questão que se integre nos domínios de atividade da Comunidade e lhe diga diretamente respeito (art.227.º do TFUE/antigo art. 194.º do TCE).

Tratando-se de direito de petição, registra-se que o Provedor de Justiça nomeado pelo Parlamento Europeu é competente para receber as queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou por qualquer pessoa singular ou coletiva sobre casos de má administração na atuação das instituições ou organismos comunitários, exceto perante o Tribunal, devendo promover os inquéritos que considere justificados, quer por iniciativa própria, quer com base nas queixas que lhe tenham sido apresentadas, diretamente ou por intermédio de um membro do Parlamento Europeu (art.228.º do TFUE/ antigo art.195.º do TCE) ¹⁵¹.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, instrumento aglutinador de direitos fundamentais de ordem política, social, entre outros, institui em seu Título V (cidadania) o direito de qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro o direito de petição ao Parlamento Europeu (art.44.º), com competência para decidir sobre os atos praticados por seus Membros; reforça em seu preâmbulo o interesse num *futuro de paz* e baseia-se em *valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade e nos princípios da democracia e do Estado de direito*¹⁵². Confirma assim, a responsabilidade de o Estado promover suas ações sem olvidar a legalidade e a participação, princípio indispensável para o avanço de uma democracia mais participativa e menos representativa¹⁵³.

¹⁵¹Disponível em www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/tratados, acesso em 24.08.14.

¹⁵²Preâmbulo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>

¹⁵³ A representatividade partidária no atual sistema representativo adotado no Brasil e em Portugal demonstra muita contradição entre os interesses dos representantes e dos representados, mas não invalidam outras formas mais legítimas de representação em que os representados possam ter mais controle sobre a atuação de seus representantes.

O direito de petição consagrado nos referidos diplomas nacionais e internacionais possibilita ao cidadão, devidamente identificado, dirigir-se aos órgãos e entidades estatais para proteger direito violado. A petição deve ser assinada pelo requerente, devidamente identificado, e conter a descrição sucinta e clara dos fatos passíveis de intervenção pelo órgão interpelado.

Sem dúvida, o direito de petição destina-se a fortalecer a submissão das autoridades ao verdadeiro¹⁵⁴ Estado de direito democrático e o respeito ao cidadão, que munido de uma petição pode descortinar ilegalidades praticadas pelos responsáveis por movimentar a máquina estatal (incluída toda estrutura funcional) ou tão somente solicitar esclarecimentos. A ampla utilidade na defesa da legalidade e características de informalidade fazem do direito de petição um meio relevante para o controle das contratações públicas.

Os ordenamentos jurídicos em análise apresentam equivalências quanto ao direito de petição consagrado nas Constituições Brasileira e Portuguesa. Sem dúvida é um instrumento jurídico abrangente (pode versar sobre diferentes assuntos), prático (não exige formalidade robusta) e acessível ao cidadão (não exige a interposição por advogado).

No atual sistema de democracia representativa o direito de petição é um dos principais modelos de participação democrática dos representados, de importante valor jurídico, capaz de produzir efeitos positivos nas áreas social e política, mas infelizmente ainda pouco utilizado como um instrumento de controle das contratações públicas, apesar de seu longo tempo de vigência legal.

O modelo representativo de governo conduziu o direito de petição a certa insignificância no universo dos direitos políticos, levando-o ao *declínio* por alguns motivos: a) a estrutura tripartida de poderes e a incompreensão quanto a legitimidade para a resposta aos pedidos formulados (o princípio da separação dos poderes); a alteração de seu sentido em relação ao sufrágio, ampliado o direito ao voto (não mais de bases censitária e capacitária) de modo universal, deixando de lado o seu caráter compensador de um sistema representativo anterior excludente (o princípio do sufrágio universal); o direito de petição perde com a ampliação do sistema jurídico das vias judiciais, mais efetivo em

¹⁵⁴ O sentido empregado a “verdadeiro” relaciona-se à ideia de efetividade do direito de petição, e não somente a sua disposição jurídica. A prática do direito de petição exige o empenho do Estado para facilitar o procedimento e também para fomentar a sua propositura, considerando sua responsabilidade de desenvolver o espírito de cidadania.

relação à defesa de direitos individuais quando dirigida aos órgãos de poder político (o Estado de Direito); o sufocamento dos representantes dos partidos políticos eleitos sobre os representados, quando a relação entre eles deveria ser mais aberta e direta mais favorável à aproximação entre ambos, mais a criação de outras formas mais eficazes de comunicação entre governantes e governados, desarticulam o uso do direito de petição (Estado de Partidos); a influência da imprensa como mecanismo democrático de registro de insatisfações e exposição de pedidos, revelando-se um constante *espaço de publicitação* a serviço dos governantes como meio de sondagens, mas com uma circulação de informação socialmente mais restrita, não tão eficaz (mediatização da vida pública); o crescimento da judicialização da vida pública é motivado pelo sentimento de insegurança dos cidadãos em relação aos seus representados (a judicialização da vida pública); o tratamento inadequado e desinteressado dado pelos órgãos demandados às petições dos cidadãos (Duarte, Maria Luísa. (2008) *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 63-67).

Os motivos acima apontados, desfavoráveis a intensificação do uso da petição como garantia de controle, merecem destaque no presente estudo dada a flexibilidade do instrumento face à contraditória realidade de seu aproveitamento. A atual situação política, marcada por um momento de crescente desconformidade do sistema representativo afastado dos cidadãos, apresenta pouca prática participativa do cidadão, apesar de ser um importante recurso de esteio democrático ainda por ser fortalecida, e apesar de o direito de petição ter sobrevivido, ainda não há outro de igual força jurídica e de efeitos políticos e sociais. A amplitude do direito de petição, configura-se um hábil e prático meio de garantia de intervenção dos cidadãos também nos atos relacionados com as contratações públicas.

O direito interno português ratifica o direito comunitário europeu ao garantir o direito de petição aos seus cidadãos (individual ou coletivamente) no art. 52º da CRP para mobilizar os órgãos do Estado na defesa de direitos próprios ou de terceiros, tal como previsto no 5º, XXXIV, “a” da CRFB, regulamentado em normas infraconstitucionais.

A lei portuguesa nº 45/2007, de 24 de agosto, regula e garante o exercício do direito de petição “para defesa dos direitos dos cidadãos, da Constituição, das leis ou do interesse geral [...]”. Esclarece a norma em seu art.1º/n2, “a” que o direito a impugnação dos atos administrativos, através de reclamação ou de recursos hierárquicos, é regulado por

lei especial, transpondo as situações relacionadas com procedimentos de contratação pública para legislação especializada.

O direito de interpor recurso administrativo foi firmado no direito francês como um princípio geral, sem indicação nominativa no texto jurídico, e deve prevalecer no atual ordenamento (Medauar, 2004:448). “A petição não é, tanto por sua origem como por sua natureza, um direito exclusivo do modelo democrático de exercício do poder político, mas é, sempre, um instrumento de participação do povo no governo da *res publica* (Duarte, Maria Luísa, 2008:62-63). Se comparado a outros direitos de mesma natureza jurídica constitucional é um direito de participação política considerado de fraca intensidade por alguns estudiosos, mas revela-se na dimensão participativa, um direito de todos¹⁵⁵, e deve ser percebido como instrumento aliado do controle das contratações públicas pelos cidadãos, que ainda precisa de adequação normativa, reforço institucional e credibilidade social, apesar de estar consagrado como um instrumento de fácil manipulação na defesa de direitos e da legalidade.

A praticidade modelada no direito de petição traz a ideia de “um direito político e impessoal, que pode ser exercido por qualquer um, pessoa física ou jurídica, para que se possa reclamar, junto aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder” (Nery Júnior; Nery, 2009:178), incluídas situações relacionadas com procedimentos de contratação pública.

Em sentido contrário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996:275) entende o direito de petição ou de representação como ineficaz do ponto de vista do resultado, vez que sua importância está no sentido psicológico experimentado pelo interessado, pressupondo-lhe participar da gestão pública, e por isso considera não haver sentido prático. Esse entendimento opõe-se a real possibilidade de obter-se um resultado mais rápido da AP, obrigada a dar resposta fundamentada. Se o interessado não receber a resposta ou no caso de não se sentir satisfeito, ratifica-se, poderá, interpor o mandado de segurança perante o judiciário brasileiro. Portanto, reduzir o direito de petição ao subjetivismo psicológico é um tanto exagerado e desproporcional às características positivas do instrumento.

¹⁵⁵ Duarte, Maria Luísa. (2008) *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 95 e 125.

A Administração não pode deixar de analisar uma suposta ilegalidade do instrumento convocatório porque a impugnação foi intempestiva. Independente da intempestividade observada há algo superior, o interesse público. Manter uma ilegalidade, por si só não tem qualquer amparo, principalmente se atinge diretamente a eficiência do procedimento e da contratação. A ilegalidade deve ser pronunciada por força da obrigação de rever seus próprios atos nulos. É o poder de auto-tutela que impõe o dever de pronunciar o defeito e desfazer o ato defeituoso de ofício, obrigação imposta no art. 49 da Lei 8.666/1993 (Justen Filho, 2014:776). É salutar lembrar que estão presentes no procedimento de contratação interesses privados e públicos, mas devem prevalecer estes últimos, exigindo-se para tanto, observar os princípios norteadores da licitação. A administração tem o dever de invalidar atos ilegais, e por isso deve receber a impugnação com base no exercício constitucional do direito de petição, vez que subordina-se à lei e tem a obrigação de afastar de ofício as eventuais ilegalidades, ratifica Guimarães (2002:79).

A função do procedimento imposto nas normas sobre a matéria, apesar da forte formalidade, é de restringir o poder estatal e dificultar atos arbitrários, e não a de impor burocracia e formalismos prejudiciais aos administrados e ao interesse público. É inoportuno e inconsequente, por exemplo, condicionar o interessado a adquirir a ‘pasta da licitação’ ou a ‘preencher o formulário’ para impugnar o ato ou recusa-se a pronunciar determinado vício sob o argumento de que o prazo da interposição do recurso administrativo é intempestivo (Justen Filho, 2014:125).

O direito de petição, em sede de contratações públicas, representa liberdade de interferência direta do cidadão de pouca formalidade, principalmente porque visa *restaurar a legalidade, possibilita o controle de todos os atos do procedimento de licitação independente das formalidades processuais [...]*” (Guimarães, 2002:75). É um instrumento para exercer a cidadania sem muita burocracia (formalidade), na esperança de uma solução sem ter de buscar a intervenção do judiciário, muitas vezes sinônimo de muitos prazos, e consequentes protelamentos até o resultado final. Convém ressaltar que não há intenção de afirmar a ineficácia do judiciário, mas ressaltar as vantagens de evitarem-se ilegalidades e defeitos em licitações dentro do âmbito administrativo. Ganha o cidadão, o licitante, a administração e a sociedade!

Em relação ao direito de petição dirigido ao parlamento, considera Canotilho (1995) um direito fundamental da comunicação ou um direito fundamental comunicativo do povo plural relativamente aos seus parlamentares (Canotilho, 1995:17). Independente do destinatário, o direito de petição mantém seu *status* de direito fundamental; é expressão de uma “cidadania activa no Estado democrático, que se exerce com autonomia e sem o filtro domesticador das associações, dos partidos e dos meios de comunicação social” (Canotilho, 1995:19), permite ao próprio cidadão provocar o Estado e exigir-lhe uma resposta aos questionamentos e/ou reclamações, estabelecendo-se, mesmo de forma forçada, um diálogo no espaço público em favor da moralidade, da legalidade e da eficiência, sintonizado com os interesses da sociedade.

Para Maria Luísa Duarte (2008:71) o direito de petição, na conjuntura de uma democracia participativa, além de ser considerado um meio complementar de defesa de determinados direitos, “pode consolidar-se como acto iniciativo de um procedimento mais aberto e fundamentado de decisão pública”, de simples propositura, disponível a todos os cidadãos, mas ainda de pouco uso. O direito de petição, apesar de ainda não ter alcançado um protagonismo destacado, segundo Würgler (2001), historicamente apresentam vantagens qualitativas e quantitativas para as pessoas comuns (os atores sociais), “[...] produced by individuals or groups, regardless of their age, status, class, ethnicity, religion, or sex [...] they documents needs and interests, hopes and experienses, attitudes and activities” (Wügler, 2001:12).

O direito de petição no âmbito das contratações públicas enquadra-se como um possível mecanismo de acompanhamento e controle, constitucionalmente garantido em ambos os países, apesar de não constar expressamente nos diplomas normativos das contratações com tal nomenclatura, é um direito constitucionalizado.

Os recursos hierárquicos e impugnações representam um direito de reclamação com previsões próprias. Conforme apontado, a “petição” é um instrumento legal e legítimo utilizável pelo concorrente inconformado ou pelo simples cidadão, legítimo detentor do direito ao controle das contratações públicas. É um instrumento jurídico de intervenção com pouca formalidade, mas também de pouco uso enquanto instrumento de cidadania.

O direito de petição, entre os instrumentos jurídicos de controle disponíveis para uso no âmbito administrativo, tem elevada importância, pelos motivos de carácter procedimental e político retratados. O decadente modelo representativo de governo e a

organização administrativa ainda culturalmente burocrática mantém os cidadãos à distância, apesar de alguns sinais, ainda tímidos, em favor da ampliação dos espaços públicos. Exercer o direito de cidadania no controle das contratações públicas favorece a mudanças sobre o paradigma da democracia representativa em direção a uma democracia mais participativa, e o direito de petição é um aliado indispensável!

3.3 Instrumentos Jurídicos de Controle em Espécie: perante o poder público judicial.

O controle da AP pela via judicial pode ser acionado pelo cidadão por diversos tipos de ações, destacando-se entre elas o mandado de segurança, individual ou coletivo consignado no artigo 5º, LXIX da CRFB, não previsto no ordenamento português, e a ação popular no artigo 5º, LXXIII da CRFB e no artigo 52º/nº da CRP. O mandado de segurança e a ação popular estão consagrados nas referidas constituições de forma ampla, e regulamentados em leis ordinárias. São instrumentos jurídicos judiciais para a correção da conduta pública, ideais para enfrentar atos ou omissões praticados pela autoridade no exercício da função pública (Mello, 2004:837), também indicadas para o controle das contratações públicas.

São reconhecidos instrumentos de intervenção do cidadão através do judiciário. Visam, em linhas gerais, controlar os atos da administração ou de terceiros que a represente, desconformes com a legalidade e prejudiciais ao interesse individual e coletivo, podendo ser um controle prévio, concomitante ou posterior (Di Pietro, 2001:587). A possibilidade de intervenção do cidadão no controle das contratações públicas por meio do mandado de segurança e da ação popular confirma o seu poder através do poder judiciário que, *in concreto*, exerce uma prestação jurisdicional de efeito controlador da atuação da Administração Pública, podendo anular, reformar ou extinguir condutas ilegais e ilegítimas, e condenando-a, se for o caso, a indenizações por lesão a direitos (Mello, 2004:837). A legalidade almejada no procedimento deve estar em consonância com os interesses sociais, assim conferem legitimidade¹⁵⁶ aos atos, uma exigência inevitável frente a dinâmica das necessidades sociais, seja do indivíduo ou da coletividade, aplicando-se

¹⁵⁶ Ver capítulo II sobre legalidade e legitimidade.

decisões e comportamentos para dar “concreção ao que está abstratamente nas leis” (Mello, 2004:95).

Se as atividades públicas definidas e protegidas pela ordem jurídica estiverem em desacordo com a legalidade e a legitimidade, poderá o cidadão questioná-las por órgão jurisdicional, utilizando-se do mandado de segurança e da ação popular. É a concreta possibilidade jurídica de intervenção do cidadão por via judicial para controlar as contratações públicas, podendo ainda ser provocado pelo Ministério Público, através dos instrumentos próprios disponíveis, conforme a legitimidade ativa previstas. Salienta-se que no presente estudo não será abordado o Ministério Público enquanto órgão provocador desse controle, considerando que o ator social abordado é o cidadão.

3.3.1 - Mandado de Segurança (Brasil)

Mandado provém do latim *mandatum* ou *mandatus*, com o significado de ordem ou determinação, e segurança a conotação de estar livre de risco, perigo, dano ou incerteza; foi conhecido desde o direito romano (Ord., Liv. 3Tít.78, § 5º), também sob o título de mandado de seguro; até a denominação atual foi referido como mandado de garantia (Alberto Torres), mandado de proteção e restauração (Gudesteu Pires), ordem de garantia (Odilon Braga), mandado proibitório (Bernardes Sobrinho), além de tantas outras (Pacheco, 2008:132).

O mandado de segurança é o remédio jurídico característico do sistema normativo brasileiro, detentor de denominação e características próprias, apesar de sua concepção ter sido baseada em figuras de outros países, entre elas o *juicio de amparo* mexicano. O “mandado de segurança” integrou-se ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1934 e na de 1937 (outorgada) foi excluído porque, o governo ditatorial da época o entendeu como fonte de ameaça política; retornou na Constituição Federal de 1946. A redação do *mandamus* na Constituição Federal de 1934 mostra com clareza referência ao direito certo e incontestável e ao rito processual idêntico ao do *habeas corpus*, influência que incide na mesma linguagem referindo-o como *writ* (habeas corpus), e apesar dos defeitos contidos na redação inicial, as vantagens do remédio jurídico os superam (Barbi, 2001:32). Defende Fiuza (2012:533) a origem do mandado de segurança brasileiro em antecedentes lusitanos nas inesgotáveis Ordenações do Reino em face das figuras jurídicas presentes, umas, por sua natureza e objeto, e outras, pela própria

denominação, podem ser consideradas os “antepassados do nosso mandado de segurança”, a exemplo das Ordenações Afonsinas (concluídas no reinado de D. Afonso V) no trecho do Livro III (Processo Civil), Título LXXX, § 1º.

O mandado de segurança, desde sua primeira vigência, somente esteve ausente na Constituição de 1937, e na Constituição Federal de 1988, quando foi ampliado ao abrigar o direito coletivo, não se restringindo ao direito individual (Figueiredo, 2008:380). Em sede de instrumento jurisdicional é “indiscutivelmente, um dos instrumentos de ação mais ágeis na reparação de atos ilegais ou abuso de poder, em face de seu rito sumário e da natureza da matéria tutelada” (Guimarães, 2002:97).

Assevera Marçal Justen Filho (2011:1139) que o mandado de segurança não é um instrumento de controle dos direitos subjetivos da sociedade em si, mesmo que indiretamente possa beneficiá-la, mas sim do cidadão individual e coletivo. Este entendimento encontra guarida na Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 (revogou a Lei nº 1.533/51) que regulamenta o artigo 5º, inciso LXIX, da CRFB, vez que observa-se clara indicação da legitimidade ativa: a pessoa física ou jurídica que sofre a violação ou a ameaça ao seu direito líquido e certo, por ato ou omissão, em face de ilegalidade ou abuso da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica em sua atuação pública¹⁵⁷.

O mandado de segurança não se presta a controle em abstrato da validade de atos administrativos e não se mostra adequado a discussões de cunho teórico-jurídico, mas nada impede a sua apreciação em primeira instância sob o fundamento de inconstitucionalidade da lei, podendo fazê-lo para tutelar um direito subjetivo específico (Justen Filho, 2011:1139). Assevera o STF, em decisão plenária (Súmula nº 625) proferida em 24/09/2003, que a “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”. A matéria a ser discutida no mandado de segurança deve estar pautada em direito líquido e certo, ou seja, na “existência certa e inquestionável de um direito subjetivo outorgado pelo ordenamento jurídico” (Justen Filho, 2011:1140).

O direito líquido e certo em matéria litacional relaciona-se com o direito público subjetivo do licitante de ter a legalidade observada em todo o procedimento, e deve ser comprovado de forma inequívoca quando da impetração do remédio, anexando para isto,

¹⁵⁷ Lei nº 12.016/09 - Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

as provas necessárias (Guimarães, 2002:97). O procedimento administrativo, formado por diversos atos sucessivos, inclusive o de contratação, pode ensejar o mandado de segurança no caso de ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade pública, e o cidadão impetrar o *mandamus* sem ter de esperar o último ato do procedimento, seja o de adjudicação ou a homologação; editais com conteúdos discriminatórios podem ensejar o *mandamus* quando prejudica quem quer participar (Figueiredo, 2008, p. 384), ou quando põe em risco o patrimônio público.

O objeto do mandado de segurança é o direito líquido e certo, e a possibilidade de controvérsia quanto ao direito subjetivo em questão não inviabiliza sua concessão, devendo ser incontroverso o fato motivador do direito positivado¹⁵⁸, ou seja, deve estar claro, prescinde de prova. A apresentação das provas deve acompanhar a petição inicial, exceto quando estiverem em poder de qualquer autoridade pública ou de terceiro, incide as providências asseguradas no art.6º da Lei 12.016/09. Quando o direito líquido e certo estiverem amparados por *habeas corpus* ou *habeas data* não cabe o mandado de segurança, nem contra os atos de gestão comercial originários de empresas públicas, de sociedade de economia mista¹⁵⁹ e de concessionárias de serviço público.

O mandado de segurança é um instrumento processual capaz de produzir efeitos jurisdicionais de natureza declaratória ou constitutiva negativa ou positiva, de natureza mandamental porque impõe uma determinação à autoridade pública, podendo configurar crime o não cumprimento (Justen Filho, 2011:1138). “Mandado é ordem, determinação; segurança é o ato ou o efeito de tornar livre de estorvos ou ameaças; [...] para ordenar ou determinar a remoção dos óbices ou sustar os seus efeitos, a fim de fluir, sem empecilho, direitos líquidos e certos” (Pacheco, 2008:95). É o instrumento judicial mais indicado por dar a celeridade procedimental necessária ao bem ou direito a ser protegido.

A provocação do judiciário por meio do mandado de segurança pode ser, conforme dito, por pessoa física ou jurídica¹⁶⁰, no caso de qualquer autoridade

¹⁵⁸“Há hipótese da controvérsia puramente jurídica, em que não há discussão quanto aos fatos, mas existe dúvida quanto a extensão dos efeitos jurídicos contidos na norma. [...] não caberá mandado de segurança quando houver necessidade de produção de outras provas (periciais, por exemplo), inclusive para determinar o conteúdo exato da prestação devida ao impetrante”. Justen Filho, 2011:1140-1141.

¹⁵⁹ O mandado de segurança é cabível sobre atos administrativos não relativos à gestão comercial da sociedade de economia mista ou da empresa pública. A Súmula nº 333 do STJ confirma a possibilidade de incidir mandado de segurança contra ato praticado em licitação.

¹⁶⁰ “1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º,

(independente da função que exerça) violar ou ameaçar direito líquido e certo. Se num determinado procedimento da licitação, por exemplo, for constatada qualquer irregularidade editalícia na aplicação da lei, o cidadão poderá impugná-lo no prazo de até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, e se por argumento de intempestividade, conforme aludimos anteriormente, a autoridade não acolher o recurso, mesmo quando pode recebê-lo com base no direito de petição, em face da natureza do objeto da licitação, o *writ*¹⁶¹ é o instrumento mais indicado para conter a ilegalidade pela via judicial. “É ação civil constitucional, que pode ser preventiva ou repressiva, quando o direito líquido e certo tiver sofrido ameaça ou lesão, respectivamente” (Nery Júnior e Nery, 2009:195), de resultado célere.

É poder-dever da AP rever seus atos sobre questões de legalidade e de mérito para proteger o interesse público, e portanto, deixar de revisar um determinado ato eivado de ilegalidade, questionado pelo cidadão ou mesmo pelo licitante insatisfeito, é agir com excesso de formalismo e pouca cautela na observância das regras jurídicas licitatórias que induzem ao aproveitamento da melhor proposta.

A prova do direito líquido e certo é pressuposto de admissibilidade do *writ* por determinação legal, que impõe a juntada dos documentos comprovativos na petição inicial de acordo com os requisitos da lei processual, não cabível posteriormente, exceto se estiverem em poder do Poder Público ou de terceiros que recusam-se a fornecê-los; neste caso, a pedido da parte, o juiz determinará preliminarmente a exibição dos documentos originais ou em cópia autenticada, no prazo previsto em lei (10 dias), conforme instrução no art. 6º da Lei 12.016/2009. O direito invocado no mandado de segurança deve estar consubstanciado em norma legal e conter os requisitos e condições de sua aplicação ao direito do impetrante (Silva, 2008:447).

da CF. 2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação". 3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual. 4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal. 5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, inculcado na Carta Magna. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte”. (MS 24.953/CE, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008). Ver também: MS/TJSE nº 0109/2007, Rel. Des. Roberto Eugênio da Fonseca Porto, Julgado em 12/11/2008; etc.

¹⁶¹ Termo inglês usado para referir-se a mandado de segurança e *habeas corpus*.

A exigência da prova de liquidez do direito não exclui a possibilidade de haver controvérsia jurídica porque a existência de um direito líquido e certo não equivale a ausência de dúvida sobre o direito invocado pelo impetrante, se assim o fosse de nada serviria sua garantia constitucional. O *mandamus* funda-se numa controvérsia, numa divergência de opiniões de um determinado direito subjetivo outorgado pelo ordenamento jurídico (Justen Filho, 2011:1140). A tutela jurisdicional pleiteada deve proteger, *a priori*, o direito ameaçado ou lesado do impetrante, sem deixar de observar com cautela o interesse público envolvido, considerando-se a natureza do direito litigado. Podem estar em litígio o direito do particular, o direito do cidadão e o direito do Estado entrelaçado ao direito do impetrante (cidadão ou particular – licitante) vez que deve estar em causa a proteção da legalidade e, conseqüentemente do interesse público. A autoridade, parte requerida no processo, ao apresentar defesa e informações solicitadas deve considerar a supremacia do interesse público e evitar contestações infundadas e protelatórias, quando o mais adequado for fazer as adequações e correções imediatas, extinguindo-se o processo. Quando um cidadão, por exemplo, impetra um mandado de segurança por ter sido tolhido de presenciar uma reunião (licitação) sem qualquer motivo justo (legal), configura-se ato de ilegalidade e abuso de autoridade, e portanto não cabem discussões protelatórias, e sim um acordo imediato, arcando a autoridade coatora com os efeitos da coisa julgada, mesmo que fundamentada nas razões do ajuste, em respeito ao direito do impetrante e do interesse público. Simples assim! Lembre-se, em tempo, que o não cumprimento das decisões proferidas na decisão do mandado de segurança constitui crime de desobediência, sem prejuízo das sanções administrativas previstas em lei.

Quanto ao efeito o mandado de segurança (Lei 12.016/09) pode ser reparatório quando visar restaurar uma lesão concreta e preventivo para evitar a lesão, neste caso deve ser provada uma grave ameaça. Na hipótese de justo receio de lesão (ameaça) é de bom alvitre ressaltar que o “medo” motivador da ação preventiva (justo receio) deve ser claramente justificado (certeza da possível lesão).

A legitimidade ativa no mandado de segurança individual pode ser qualquer pessoa física ou jurídica lesada ou ameaçada à uma lesão, titular do direito ou a seu substituto processual; veda-se o uso do mandado de segurança para defesa em nome próprio de direito de terceiro (Justen Filho, 2011:1143). Há ainda a possibilidade de ingresso de litisconsorte ativo até o despacho da petição inicial, não sendo permitido após

esse prazo limite (§2º do art.10). Quanto a legitimidade ativa convém salientar que quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer uma delas poderá requerer o mandado de segurança (§3º do art. 1º Lei 12.016), não justificada a espera de iniciativa de todos os envolvidos por cautela de não perecimento do direito individual de cada ofendido.

Há no mandado de segurança a figura da legitimidade ativa por direito derivado de terceiro que não se confunde com a substituição processual. Ela ocorre quando “o titular do direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) da notificação judicial (art.3º). É um tipo de legitimidade especial ou extraordinária porque o impetrante não é o titular do direito originário, mas sim o titular de um direito derivado da inércia de quem, mesmo legítimo para acionar o judiciário, não o fez, e por essa razão age movido pelo interesse direto na demanda, em condições idênticas daquele; apesar de o artigo 6º do Código de Processo Civil prever que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, por outro lado permite fazê-lo em grau de excepcionalidade quando autorizado legalmente, tal como definido no art.3º da lei mandamental.

A legitimidade individual de pessoa física é de brasileiros e estrangeiros residentes ou não no Brasil, apesar do *caput* do art. 5º da CRFB afirmar a igualdade de todos perante a lei para brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil (Novelino, 2013:585). Farta jurisprudência do STF reconhece a legitimidade do não residente, *e. g.*, no julgamento do HC nº 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, de 16.09.2008 - “O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do *status libertatis* e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do *due process*. [...] A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório [...]”.¹⁶² É inadmissível imaginar a possibilidade de um estrangeiro

¹⁶² No mesmo sentido: HC 72.391-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-3-1995, Plenário, DJ de 17-3-1995; HC 94.404, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-11-2008, Segunda Turma, DJE de 18-6-2010; HC 102.041, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010; Vide: HC 94.477, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-9-2011, Segunda Turma, DJE de 8-2-2012.

envolvido num procedimento de contratação pública sofrer lesão ou ameaça a lesão em seu direito, e não ter a possibilidade de impetrar o mandado de segurança simplesmente por ser estrangeiro sem domicílio no Brasil. O impedimento, se existir, além de ferir o princípio da igualdade, coloca em risco a obtenção da proposta mais vantajosa, vez que restringe a competição.

As pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, brasileiras ou estrangeiras, são autorizadas legalmente para impetrar o mandado de segurança, sendo-lhes exigido a demonstração do interesse processual direito ou o derivado de terceiro (art. 3º da Lei 12.016/09), “ainda que em sua concepção original, os direitos e garantias individuais tenham sido pensados para proteger os indivíduos dos poderes públicos” (Novelino, 2013:586), e não as pessoas jurídicas. Mas a própria lei mandamental assegura a legitimidade das pessoas físicas e também jurídicas, independentemente de sua natureza pública ou privada.

Apesar da restrita e genérica referência de legitimidade ativa dedicada às pessoas físicas e jurídicas atribuída no art. 1º da Lei nº 12.060/09, segundo Marcelo Novelino (2013:586) ela pode ser estendida “às pessoas formais (espólio, condomínio, massa falida...) e entes despersonalizados que, apesar de não terem personalidade jurídica, são dotados de personalidade judiciária (Chefes do Poder Executivo, Mesas das Casas Legislativas, Superintendência da Administração Pública...)”. Ademais, conforme ressaltado anteriormente, a lei fixa a possibilidade de quando houver pluralidade de pessoas ameaçadas ou violadas em igual direito, ou seja, cotitulares do direito, qualquer uma tem o direito de individualmente requerer a segurança (art. 1º, § 3º).

Vale apontar as características do mandado de segurança coletivo, mesmo quando nosso enfoque é o cidadão, por serem titulares da ação coletiva as entidades representativas de classe (representa cidadãos organizados) e os partidos políticos, estes não presente no objeto do presente estudo. Confere-se legitimidade de ação ao mandado de segurança coletivo: a) partido político com representação no Congresso Nacional¹⁶³ para defesa dos

¹⁶³ “Caso o partido político não tenha representação no Congresso Nacional, mas esteja legalmente constituído e em funcionamento há pelo menos um ano, entendemos que poderá impetrar o mandado de segurança coletivo na condição de associação (CF, art. 5º, LXX, b)”. Novelino, Marcelo. (2013) *Manual de Direito Constitucional*, 8 ed., São Paulo: Editora Método, p. 595. Neste sentido: "Tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações, nos termos do art. 5º, LXX, "b", *in fine*, da CF..." (STF - RE 198.919-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 15.06.1999).

interesses de seus integrantes e das finalidades legais partidárias¹⁶⁴; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, no mínimo, 1 (um) ano, quando da defesa dos direitos líquidos e certos de seus membros ou associados (de parte ou de todos) relativos às finalidades descritas em seus estatutos e regulamentos, sem exigência de autorização expressa para tanto, pois trata-se do substituto processual atribuído no inciso XXI do art. 5º da CRFB, regulamentado pelo art. 21 da Lei 12.016/2009.

Quanto à exigência mínima de um 1 (ano) de constituição e funcionamento dos sindicatos e associações, entende Novelino (2013:586) ser uma exigência cabível somente às associações devido a facilidade de constituição da pessoa jurídica, diferentemente do sindicato e entidades de classe¹⁶⁵. O mandado de segurança coletivo destina-se à tutela de direitos homogêneos, pois objetiva a satisfação não do associado ou do sindicalizado individualmente, mas sim de todos os integrantes ou parte deles, conforme o interesse na ação, considerando que nem sempre o objeto da ação é pertinente a todos associados ou sindicalizados (Justen Filho, 2011:1161).

Os direitos coletivos transindividuais, de natureza indivisível que tenham como titulares grupo ou categorias de pessoas relacionadas por uma relação jurídica com a parte contrária ou a concordante (inciso I do art. 21) são o objeto do *mandamus* coletivo. Incluem-se ainda os individuais homogêneos, ou seja, os decorrentes de uma origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (inciso II do art.21).

A sentença do mandado de segurança coletivo produz efeito *erga omnes*, assim disciplina o art. 22 “a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante” e os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o

¹⁶⁴ “Uma interpretação à luz da Constituição exige que a expressão ‘finalidade partidária’ seja compreendida de forma ampla, como sendo o objetivo dos partidos políticos em geral. Nos termos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, estes se destinam a ‘assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal’ (Lei nº 9.096/95)”. Novelino, Marcelo. (2013) *Manual de Direito Constitucional*, 8 ed., São Paulo: Editora Método, p. 595.

¹⁶⁵ Sentido diverso Defende Daniel Neves *apud* Novelino, 2013:596, “[...] que a exigência de um ano de existência da associação, sindicato ou entidade de classe pode ser afastada pelo juiz no caso concreto se existir manifesto interesse social caracterizado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico tutelado”. Neves, Daniel. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2011:194-195.

impetrante individual, exceto se requerer a desistência de sua ação no prazo de 30 (trinta) dias contado da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

O mandado de segurança, “garantia das garantias” (Figueiredo, 2008:372), foi robustecido no texto constitucional ao possibilitar a apreciação judicial da mera ameaça a lesão de direito, reflexo da garantia contida no inciso XXXV, art.5º da CRFB (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Por essa razão, o pedido liminar no referido instrumento passou a *status* constitucional e não legal (Figueiredo, 2008:372), reforçando, conseqüentemente, as formas de intervenção do cidadão nos procedimentos de licitação visando a preservação de um direito próprio ou de terceiro (direito derivado). Vale dizer, incidente direta ou indiretamente no interesse público.

É um dos instrumentos mais hábeis na ritualística processual para obtenção de uma decisão liminar ou definitiva mais célere, previsto pelo legislador originário para melhor proteção do direito subjetivo ou contra sua ameaça de lesão. Neste sentido, observam-se várias passagens na Lei nº 12.060/90: a) o coator é notificado para prestar informações no prazo de 10 (dez) dias; b) o mandado de segurança se sobrepõe aos atos processuais e recursos sobre os demais tipos, salvo habeas corpus; c) em instância superior deve ser levado a julgamento na primeira sessão logo após a data em que for concluso ao relator; d) não pode exceder o prazo de 5 (cinco) dias para sua conclusão; e) a concessão da liminar no mandado de segurança coletivo só pode ser definida após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deve se pronunciar no prazo de 72 horas; f) a exibição de documento necessário à prova do alegado que esteja em poder de autoridade ou em qualquer tipo de estabelecimento público deve ocorrer no prazo de 10 (dez) dias da determinação judicial; g) as autoridades administrativas têm o prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar para remeterem ao Ministério ou órgãos que estejam subordinados ou àquela indicada como coatora, uma cópia autenticada da referida notificação e informações importantes para as medidas necessárias.

A celeridade começa mesmo com o prazo de 120 (cento e vinte) dias atribuído ao autor, contados da data da consumação e ciência do ato ou omissão abusiva, para requerer o mandado de segurança. O prazo é decadencial, “[...] o que significa em termos práticos, a necessidade de utilização de outra via processual para tutela dos interesses” (Justen Filho, 2011:1153). A propósito do prazo, o STJ firmou jurisprudência quanto a inaplicabilidade

do prazo limite de 120 (cento e vinte) dias quando o mandado de segurança tem efeito preventivo (cfr. AgRg no Recurso Especial nº 1.165.663/MT, Quinta Turma, rel. Ministro Jorge Mussi, julg. 25/02/2014, pub. 14/03/2014). Confere-se dos prazos retro mencionados que o remédio mandamental representa segurança jurídica na defesa de direitos subjetivos, inclusive os que envolvem os atos praticados nas contratações públicas, configurando um instrumento judicial de controle pelos cidadãos.

O remédio jurídico esculpido pelo legislador perderia o sentido sem a celeridade processual concebida, e seria mais uma ação comum. Os prazos mínimos são, sem dúvida, imprescindíveis para evitar delongas na apresentação das provas e julgamento da ação, principalmente porque os lesados ou ameaçados buscam uma celeridade capaz de resolver a situação de forma a devolver o direito lesado a tempo de ser útil, ou seja, uma tutela jurisdicional eficiente.

A norma pode demandar discussão mas o direito subjetivo não, este deve ser líquido e certo¹⁶⁶. Não há óbice a controvérsias sobre a pretensão autoral, mas deve estar presente o direito subjetivo inquestionável e positivado (Justen Filho, 2011:1140). Convém observar que não se atribui mandado de segurança contra ato sujeito a recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; de decisão judicial que admita o efeito suspensivo ou transitada em julgado (Lei 12.016/09, art.5º).

Há controvérsia doutrinal quanto a admissibilidade do *writ* quando pendente de julgamento de recurso administrativo em razão do art. 5º, XXV da CRFB (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Sérgio Ferraz (2006:160) entende que ambos os recursos (via administrativa e via judicial) podem correr em simultâneo e sucessivamente, pois não há reciprocidade entre as decisões, e portanto nada impede o lesado ou ameaçado utilizar os meios jurídicos disponíveis. Em sentido oposto, o STF considera incabível o remédio jurídico fundamental quando ainda pendente decisão com efeito suspensivo, pelo impedimento previsto no inciso I do art. 5º da Lei 1.533/51 (Lei revogada pela 12.016/19 mas manteve a proibição)¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Neste sentido: STF - Súmula nº 625 – “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”; jurisprudência do STJ “1.O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória” (RMS nº 28.336/SP, Quarta Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. em 24.03.2009, DJ, 06.04.2009).

¹⁶⁷ “Por entender incidir na espécie o óbice previsto no inciso I do art. 5º da Lei 1.533/51 - "Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo,

O mandado de segurança, conforme apontamos, pode ser impetrado contra ilegalidade ou abuso de poder em face de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. As autoridades públicas estão abrangidas por todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, como agentes políticos, os agentes administrativos e os agentes delegados; os agentes de pessoas jurídicas no exercício de Poder Público são os ocupantes de funções delegadas, ou seja, os agentes de pessoas jurídicas privadas que atuam em atividades públicas: os concessionários e permissionários de obras ou serviços, os serventuários, os notários etc (José Afonso da Silva, 2008:446-447), admite-se a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito privado, desde que investida em função pública (Justen Filho, 2011:1145). Em relação ao não cabimento de mandado de segurança contra atos de gestão comercial emanados de administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, consoante §2 do art. 1º, da Lei nº 12.016/09, passam a ter legitimidade passiva quando praticarem atos que não se configurem como de gestão comercial, mas possuam natureza administrativa (Justen Filho, 2011:1145), como por exemplo, os atos inerentes a procedimentos de contratação pública.

Convém afirmar que em sede de mandado de segurança existem divergentes entendimentos quanto a titularidade do demandado, se pertence a pessoa que praticou o ato no exercício da função pública ou à pessoa jurídica a qual pertence¹⁶⁸. O §1º do art. 1º da Lei 12.016/09 impõe a titularidade da legitimidade passiva às pessoas físicas nele descritas, e obriga ao impetrante indicar na inicial a pessoa jurídica que a pessoa física está integrada, a qual se acha vinculada ou na qual exerce atribuições (art. 6º da Lei 12.016/09). Contudo, a titularidade da legitimidade passiva no caso de atos praticados por determinação de autoridade hierarquicamente superior, a esta deve ser atribuída, pois “o princípio da hierarquia tem incidência nas funções administrativas [...]” (Moraes, 2006:101). Quando um ato for praticado por delegação de competência, o mandado de segurança incide sobre o delegado, não o delegante, e não se opera nenhum efeito modificativo se for revogado o

independente de caução;" -, o Tribunal, reconhecendo a carência do direito à impetração, não conheceu de mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União, em razão de impugnação do mesmo, na esfera administrativa, por meio de embargos de declaração, cuja eficácia é suspensiva, a teor do disposto no inciso II do art. 32, e art. 34, § 2º, ambos da Lei 8.443/92". MS 24511/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 30.10.2003.

¹⁶⁸ Cfr. Meirelles, Hely Lopes. (2008) Mandado de Segurança, 31ª ed. atualizada Malheiros Editores, p. 64; Justen Filho, Marçal. (2011) *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 1144.

ato, seja quanto a validade da delegação ou a transferência da responsabilidade ao delegante (MS nº 23.411 - STF em AgRg, pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 22/11/2000, pub. 09/02/2001).

Quando houver questionamento de ato praticado por comissão de licitação, o mandado deve recair sobre o presidente da comissão, exceto se o ato tiver sido homologado pela autoridade superior, devendo recair, neste caso, sobre ele, é o entendimento de Marçal Justen Filho (2011:1145)¹⁶⁹. No entanto, considerando a legitimidade passiva reair sobre a pessoa física que praticou o ato, no caso de comissão de licitação (órgão colegiado) entendemos ser cabível contra qualquer um dos seus membros que tenha confirmado o ato vergastado, tendo em vista a responsabilidade solidária dos membros da comissão atribuída no § 3º do art.51, da Lei 8.666/93 e a inexistência de hierarquia funcional. O papel do presidente de comissão de licitação é de caráter meramente administrativo, e portanto, se todos ratificaram uma decisão, qualquer um dos membros pode figurar como autoridade coatora, exceto se confirmada somente pelo presidente da comissão ou homologada pela autoridade superior do órgão ou entidade pública.

A figura do litisconsórcio passivo aplica-se ao mandado de segurança quando envolver um terceiro que pode ser afetado pela decisão da ação. Um dos exemplos citados por Justen Filho (2011:1146) refere-se a mandado de segurança em que o impetrante insurge-se contra ato do presidente da comissão de licitação por ilegalidade praticada na condução do procedimento de licitação, devendo nesse caso ser promovida a citação do(s) licitante(s) afetado(s) com o deferimento da ordem.

A ilegalidade contraria o direito positivado em geral, e o juiz ao analisar o ato impugnado deve confrontá-lo com a lei e os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública; quando a autoridade ou o agente age com abuso de poder, ele atua além de suas atribuições ou competências ou ainda se desvia de sua finalidade funcional, ou mesmo dos princípios aos quais deve obediência (Pacheco, 2008:99). “O administrador ao editar um ato discricionário, deve respeito aos seus elementos de competência, forma e finalidade, bem como a veracidade dos pressupostos fáticos para sua edição (motivação)” (Moraes, 2006:118). Os desvios de poder ou de legalidade devem ser rechaçados

¹⁶⁹ Neste sentido conferir Figueiredo, 2008:388.

veementemente pelo cidadão (individual ou organizado) para repor o direito lesado ou ameaçado do impetrante, mas principalmente por agir indireta ou diretamente em favor do interesse público.

“Esse remédio heroico admite suspensão liminar do ato [...] não podendo ser impedida sua execução por nenhum recurso comum, salvo pelo presidente do tribunal competente” (Meirelles, 1998:585). É sem dúvida um remédio adequado para combater com mais eficiência muitas das recorrentes “doenças”, às vezes contagiosas, presentes em procedimentos de licitação. São razões que favorecem a sua adoção no ordenamento lusitano com vista a ampliar o espaço público capaz de possibilitar o controle efetivado pelo cidadão, principalmente no âmbito das contratações públicas.

Conforme dito, não é figura jurídica presente no ordenamento português, tampouco há outra de características idênticas ou mesmo que tenha o propósito de solução igualmente célere. Os atributos do mandado de segurança confirmam influência positiva no controle da atividade administrativa e, entre elas, a relacionada com as contratações públicas. São qualidades de caráter democrático inegáveis, que se adotadas no ordenamento lusitano trará contributos à efetividade desse controle cidadão.

Pactua desse entendimento Paulo Lopo Saraiva (2012), que confirma o caráter democrático do mandado de segurança e analisa o percurso democrático da Constituição da República Portuguesa de 1976. Apesar dos avanços democráticos desde a vigência da Constituição Portuguesa de 1976, mesmo com alguns obstáculos à vigência da *lex fundamentalis*, a vontade popular foi mais forte e a tornou uma realidade positiva no avanço do Estado de Direito Democrático, mas não consignou a figura do mandado de segurança, e sugere-se pelas razões indicadas a sua adoção, com a marca do pioneirismo no contexto jurídico europeu (Saraiva, 2012:237).

3.3.2 - Ação Popular (Brasil – Portugal)

O conceito de *actio popularis* apareceu e desenvolveu-se no direito romano por via de algumas circunstâncias que definiam a sociedade, e considerava a tutela de interesses públicos passível de ser promovida por via judicial por qualquer membro da *civitas* romana, mas foi no Código Justiniano onde se registrou a primeira forma da atual ação popular; na época medieval, quando havia confusão entre Estado e sociedade devido a realidade feudal e a míope ideia de povo, o *actio popularis* foi insignificante; após a

Revolução Francesa o protagonismo popular deu maior ênfase à ação judicial que tinha por fim a defesa de interesses públicos quando os órgãos competentes os deixavam desprotegidos por deficiência na atuação estatal. A consagração constitucional do princípio da legalidade fomenta o surgimento das primeiras ações deste tipo no contencioso eleitoral italiano e na jurisprudência francesa do *Conseil d'État* (Antunes, 1997: 17-19).

A ação popular constitucional surgiu primeiramente no Brasil na Constituição de 1934, excluída na de 1937 porque, tal como no mandado de segurança, ameaçava o poder ditatorial por ser um instrumento jurídico popular capaz de questionar judicialmente os atos praticados por agentes públicos; retornou na Constituição de 1946 marcada por um momento histórico de importantes avanços políticos e de ampliação de garantias constitucionais individuais e coletivas (sem censura, separação dos três poderes, liberdade de associação, igualdade perante a lei, etc.)¹⁷⁰; manteve-se nas Constituições seguintes. Desde sua origem até a última redação presente na atual Constituição Federal (de 1988), a ação popular foi alargada quanto a finalidade e quanto a implementação da gratuidade com efeito encorajador (Pacheco, 2008:496-497).

É uma ação de eficaz instrumento jurídico para o exercício da cidadania no controle das contratações públicas porque permite ao cidadão, titular deste direito, atuar em nome do interesse da coletividade com o objetivo de sustar atos lesivos ao patrimônio público, histórico e cultural, ao meio ambiente e à moralidade administrativa. Basta a ocorrência de ilegalidade do ato administrativo, contrária a leis ou normas em geral, especialmente os princípios, para fundamentar a ação popular. É dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, pois não ofende tal dispensa o inciso LXXIII do art. 5º da CRFB, que prevê além do patrimônio material do Poder Público, o moral, o cultural e o histórico (RE 170.768/SP, Relator o Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 13.8.1999)¹⁷¹.

A ação popular é ação civil para o cidadão requerer perante o judiciário a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio

¹⁷⁰ “É possível afirmar que o aprendizado de cidadania social já estava consolidado em fins de 1945. Mas com a Constituição de 1946, os brasileiros tiveram acesso aos direitos políticos. O momento que se abria era de grande importância: aprender a lidar com os direitos políticos e a exercer os direitos civis.” FERREIRA, Jorge. *A experiência democrática de 1946-1964*. Disponível em www.brasilrepublicano.com.br/files/1946-1964.pdf.

¹⁷¹ Cfr. também RE 160.381/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994;

histórico e cultural, podendo ser condenados por perdas e danos os responsáveis (Di Pietro, 2001:642)¹⁷².

No polo passivo fazem parte as autoridades identificadas nominalmente (da pessoa jurídica pública, da entidade da administração, ou da entidade privada que recebeu recursos públicos) que autorizaram, aprovaram, ratificaram ou praticaram o ato ou firmaram o contrato impugnado, além dos beneficiários diretos do ato ou contrato; devem ser citadas as próprias pessoas jurídicas, entidades públicas e privadas acima referidas para figurarem na ação e encampar o pedido do autor (figurando no polo ativo), contestar a ação (figurando no polo passivo) ou mesmo não fazer parte dela (Medauar, 2004:483). O interesse da coletividade, objeto fim da ação popular, a coloca em destaque em relação ao mandado de segurança por dar mais enfoque a tutela individual, mesmo quando se trata do mandado de segurança coletivo. Na ação popular a tutela pleiteada é o direito difuso.

No Brasil a ação popular é regulada pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, nascida sob a égide da Constituição de 1946. É instrumento para o cidadão (individual), no gozo de seus direitos políticos, que comprove cidadania com o título de eleitor ou outro documento correspondente¹⁷³, proteger o patrimônio público, considerados estes como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, contra atos praticados pela administração pública direta, indireta ou qualquer entidade que participe o Estado¹⁷⁴.

É uma ação de efeito reparador, quando a lesão já aconteceu; ou de efeito preventivo, quando visa impedir as lesões ainda possíveis de acontecer. É garantia constitucional colocada à disposição de qualquer cidadão para requerer a anulação de ato

¹⁷² Justen Filho amplia o entendimento de ação popular ao elevá-la ao *status* de ação constitucional destinada a proteger interesse difuso e objetivo de qualquer cidadão em obter provimento jurisdicional de anulação de ato praticado por agente estatal ou de quem o represente ou utilize recursos públicos. *Curso de direito administrativo*, 7. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 1162.

¹⁷³ Considerar um indivíduo cidadão apenas por estar em gozo de seus direitos políticos é uma afirmação ultrapassada, uma vez que ser cidadão ou exercer a cidadania inclui vários fatores, não restritos a ser eleitor ou ter um registro de nascimento.

¹⁷⁴ Lei nº 4.717/65 - Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art.5º, LXXIII da CRFB).

A proteção almejada é a do patrimônio público, entendido como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, conforme indicação na lei ordinária (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65). A Constituição de 1988 ampliou ainda mais o entendimento de “patrimônio público” presente na lei ordinária, ao incluir os atos lesivos à moralidade administrativa e ao meio ambiente, os quais incidem sobre outros bens juridicamente protegidos.

A ação presta-se a questionar os atos lesivos praticados pela AP ou por pessoas privadas que recebam recursos públicos. Isto é, solicita-se a invalidação daquilo que se fez causando lesão, prejuízo, dano ou ofensa, pouco importando se o ato praticado incida diretamente ou não no patrimônio, conta mesmo se de alguma forma o afete (Pacheco, 2008:514). A lei indica alguns atos de ilegalidade praticados pelo agente público ou quem o represente em que já está presumida a lesão ao patrimônio público (art.2º e 4º da Lei 4.717/65), além daqueles que exigem comprovação do cidadão (Meirelles, 1998:586).

É uma ação contra determinado ato, e em regra é incabível contra omissão, mas se o silêncio provocar uma lesão ao patrimônio ou mesmo gerar a possibilidade de ela ocorrer (risco), por uma manifestação de vontade, o remédio constitucional é pertinente; pode ser destinada à proteção de patrimônio privado, se construído com recurso público, muito comum atualmente em que a atividade administrativa ultrapassou os limites do Estado (Justen Filho, 2011:1163-1164). Não somente as ações podem ser contestadas judicialmente, mas o silêncio da administração gera um “fato jurídico administrativo” combatível judicialmente (Garparini, 2012:1052).

O uso da ação popular contra atos praticados por pessoas privadas que recebem recursos públicos, revela-se um controle cada vez mais importante e necessário, considerando a grande reincidência de atos lesivos ao patrimônio público por desvio de dinheiro, através de particulares ou mesmo por entidades e órgãos da própria

administração que utilizam os procedimentos de licitação ou contratações diretas para fins ilegais¹⁷⁵.

A qualidade de ré é reservada à entidade que praticou o ato contestado, admitindo-se a legitimidade passiva do litisconsórcio (Justen Filho, 2011:1165). As pessoas que participaram da formação do ato lesivo ou omissivo (por manifestação) também devem fazer parte do polo passivo, bem como os terceiros beneficiados pelo ato ou omissão, mesmo que a existência ou identidade seja conhecida após iniciada a ação, mas até antes de proferida a sentença. Quando o autor preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital por um prazo de 30 (trinta) dias, afixado na sede do juízo e publicado gratuitamente por um mínimo de 3 (três) vezes no Diário Oficial de onde se processa a ação (art. 7º, II).

Quanto ao chamamento por edital, mesmo amparado por lei, certa cautela deve haver quanto a escolha do autor de optar pelo chamamento ao processo dos beneficiários por edital e diários oficiais, considerando que são instrumentos de publicidade pouco acessíveis, e por isso podem gerar ausência do requerido por desconhecimento da ação. A previsão legal não se presta a manipulação alheia aos objetivos da tutela coletiva presente na ação popular. O autor não pode fazer uso de meios legais para criar armadilhas contra certas pessoas com o objetivo de tirar algum proveito pessoal ou para terceiro; deve mesmo usar os meios legais e legítimos para incluir no polo passivo todos que participaram da formação do ato questionado para o deslinde da ação de forma justa. O objetivo da instrução processual é avaliar os fatos e analisar as provas, e se necessário, para melhor instruir o processo, ouvir as partes envolvidas, e buscar uma prestação jurisdicional a mais justa e legítima possível.

¹⁷⁵ Diversos casos de desvio de dinheiro público através de empresas públicas ou privadas são constantemente veiculados pela imprensa. Atualmente no Brasil fala-se dos desvios ocorridos através da Petrobras, empresa estatal de economia mista (capital público e privado): “O juiz Sérgio Moro, da Justiça Federal do Paraná, aceitou denúncia do Ministério Público Federal contra o ex-diretor de Abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa e o doleiro Alberto Youssef, acusados de serem os "comandantes da organização criminosa" que desviou dinheiro público na construção da refinaria de Abreu e Lima, em Pernambuco. De acordo com denúncia feita por uma força-tarefa do MPF, responsável pela investigação do caso ao lado da Polícia Federal, Paulo Roberto, quando era diretor da Petrobras, assinou contrato superfaturado com um consórcio liderado pela empreiteira Camargo Correa, que ganhou cerca de R\$ 3,4 bilhões para construir uma unidade da refinaria. Segundo o TCU, houve superfaturamento de R\$ 446 milhões na obra”. Disponível em www.epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/04/ex-diretor-da-petrobras. Acesso em 02.12.2014.

Conforme visto, a ação popular, instrumento jurídico judicial de elevada serventia para o controle dos atos praticados em procedimentos de contratação, pode ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e contra as entidades indicadas no art. 1º da lei 4.717/65; incluem-se as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários pelo ato ilegal (art.6º da Lei 4.717/65). Convém ressaltar que na ação popular não figura no polo passivo apenas o órgão ou entidade que praticou o ato ou aquele que o assinou, mas todos os envolvidos, inclusive os beneficiários, mesmo que incerta a identidade (chamamento por edital). A ação popular põe no polo passivo, de uma só vez, todos aqueles que causaram a lesão ou dela se beneficiaram.

Cabe ao Ministério Público acompanhar a ação e acelerar a produção das provas e requerer, se for o caso, a responsabilidade civil ou criminal dos envolvidos, não lhe sendo permitido, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores (art.6º, §4º). Essa atuação ministerial não se confunde com a legitimidade ativa do cidadão, mas sendo o Ministério Público responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127 da CRFB) deve estar presente aos atos processuais e promover os atos necessários ao cumprimento de sua competência legal.

Outra possibilidade de interferência do cidadão encontra amparo na lei ordinária em comento ao facultar-lhe a habilitação como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular (art.6º, §5º). E mais, se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, após decorrido o prazo de 90 (noventa) dias da última publicação do edital na sede do juízo e no Diário Oficial, poderá qualquer cidadão ou o representante do Ministério Público dar prosseguimento da ação popular (art.9º). São alargamentos positivados de participação do cidadão e do Ministério Público, em igualdade de condições, mas com competências diferentes, de modo a aproveitar a ação outrora proposta, evitando-se o ingresso de uma outra ação popular sobre os mesmos fundamentos de fato e de direito. Quando a sentença e decisões, não transitadas em julgado, forem contrárias ao autor, qualquer cidadão e o Ministério Público pode interpor recurso. Mostra-se aqui mais uma forma de ampliação da legitimidade ativa por quem não era parte no

início da ação, e não visa exatamente defender direito do autor originário, mas sim o patrimônio.

Não é necessário configurar o ato lesivo ao erário, basta que lesione o patrimônio público (histórico e cultural) ou o patrimônio da entidade que o Estado participe, o meio ambiente e a moralidade administrativa¹⁷⁶. A legitimidade ativa exclusiva do cidadão enfraquece a ação popular na medida em que é difícil para o cidadão entrar em confronto com a Administração Pública. “Medida de ouro” para o controle da ilegalidade e lesividade ao patrimônio público por atos da Administração Pública, que poderia ser muito mais aproveitada se a legitimidade ativa fosse ampliada às associações de classe, a Ordem dos Advogados etc. A restrição da legitimidade de agir é uma característica desfavorável ao seu uso mais frequente, fruto de pouca “vivência efetiva de cidadania, de sentimento arraigado do *status civitatis*” não somente para postulações individuais mas em favor da coletividade (Figueiredo, 2008:430-431).

A tímida cidadania política revelada com o pouco uso da ação popular e de outros instrumentos de controle, origina-se de fatores diversos (social, educacional, econômico, político, etc), que incidem diretamente no processo de mobilização e democratização. Alain Touraine (1996:235) apresenta três respostas para explicar os agentes de passagem para o desenvolvimento endógeno e para a democracia: a) a primeira de ideal capitalista, exige a combinação da abertura dos mercados e do espírito de iniciativa; b) a conjugação da vontade e de uma mobilização coletiva, principalmente incentivada pelo Estado; c) a abertura do sistema político que desempenha o principal papel, impedindo a dissociação dos dirigentes e dos subordinados, além de impor a sobreposição das necessidades fundamentais coletivas sobre os interesses privados, ao contrário fomentaria crises e rupturas. Um sistema político aberto à valorização do coletivo, a harmonização da relação

¹⁷⁶ Ementa: Administrativo. Ação popular. Contrato de serviço de divulgação de atos do poder legislativo municipal. Serviço de publicidade. Ausência de licitação. Impossibilidade. Ato lesivo ao patrimônio público. Ap Cível/Reex. Nec. – A contratação de sociedade empresária para a prestação de serviços de divulgação e impressão dos atos do poder público, sem prévia licitação, configura ato lesivo ao patrimônio público, haja vista que, nos termos da lei, o serviço de publicidade deve ser obrigatoriamente licitado. 1.0021.11.001058-0/001 0010580-09.2011.8.13.0021, TJMG – 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, julg. 29.09.2014, pub. 02.10.14.

Estado e sociedade, a mobilização coletiva em favor dos direitos fundamentais coletivos (participação), são fatores impulsionadores ao fortalecimento e ampliação da consciência democrática, bem como o despertar sobre o valor de instrumentos jurídicos de controle como o da ação popular e do mandado de segurança. A garantia ao direito fundamental da participação, especialmente no controle das contratações públicas, em razão dos reflexos sobre o interesse da coletividade, é uma tutela ainda por ser devidamente respeitada.

A capacidade legítima para propor a ação popular, conforme visto, é exclusiva do cidadão, não cabendo à pessoa jurídica¹⁷⁷, e deve ser proposta no prazo de até cinco anos da data que tomou conhecimento do ato (prazo prescricional). A lei ordinária aduz no art.1º que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos [...]”; o art.5º, inciso LXXIII da CRFB reafirma que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo [...]”.

Ora bem, a Constituição da República Federativa do Brasil e a lei infraconstitucional aludem à capacidade legítima de ação ao cidadão, mas quem é exatamente o cidadão? Ao perder a nacionalidade o indivíduo não tem a condição de cidadão brasileiro, e como consequência perde a legitimidade para propor a ação popular; a CRFB atribui nacionalidade a brasileiros natos e naturalizados que preencham os requisitos do art.12; se deixam de ter a condição de brasileiro (nato ou naturalizado) e, conseqüentemente desprovidos dos requisitos de sê-lo, não são considerados cidadãos; igualmente perdem a condição de cidadão os que têm direitos políticos cessados, mesmo os detentores da nacionalidade brasileira, pois não podem praticar, definitiva ou temporariamente, direitos públicos subjetivos, assim dispõe Pacheco (2008:503).

A Lei 4.717/65 exige a apresentação de título de eleitor ou documento equivalente para fazer prova da cidadania no ingresso da ação popular (art.1º, § 3º). Di Pietro (2001:645) interpreta de forma restrita e dissociada do texto constitucional tal exigência, ao afirmar que a capacidade legítima para propor a ação popular é do eleitor¹⁷⁸. Pacheco (2008:505) em sentido contrário, apesar de confirmar a pertinência da exigência para a apresentação do título de eleitor do brasileiro para provar sua qualificação para o gozo de direitos políticos, não ratifica a mesma exigência para denunciar irregularidades ou requerer a anulação de atos da administração, em virtude do consagrado direito

¹⁷⁷ Súmula nº 365 do STF “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

¹⁷⁸ Neste sentido cfr. Medauar, 2004:483.

fundamental constitucional de atuar em juízo, expresso no art. 5º, XXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

A ideia de cidadão, em relação a sua capacidade de exercício do direito de cidadania¹⁷⁹ contra os atos ilegais de governo, não pode ser resumida a apresentação de um título de eleitor ou documento equivalente, na forma exigida na referendada lei ordinária. É importante compreender os momentos históricos da elaboração e publicação da lei 4.717/65 e da Constituição Federal de 1988. Neste, vivia-se nas ruas a euforia de uma constituinte democrática e cidadã, já naquele, o povo suportava a égide de um governo militar autoritário marcado pela falta de liberdades e a presença de perseguições políticas. A nova redação dada a ação popular na Constituição de 1988 ampliou seu alcance e a consagrou como um direito fundamental do cidadão contra atos da administração. Apesar da lei 4.717/65 ainda estar em vigência, a melhor interpretação a ser atribuída a legitimidade ativa da ação popular deve tomar por base a Constituição Federal, em consideração ao princípio da hierarquia das normas.

A realidade histórica e a conformação política de uma determinada sociedade interferem na formação das normas. Prova disto é o caráter democrático alcançado na Constituição de 1988, principalmente pelas garantias fundamentais consignadas. Os avanços sociais e políticos traduziram-se em novos contornos ao sentido de cidadão, a começar pela inclusão de “cidadania” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II). O cidadão deixa de ter papel secundário forçado pelas normas e pelo governo do período ditatorial anterior e, passa a usufruir garantias que afirmam seu atributo de cidadão de direitos, mas com a obrigação democrática de exercer o papel de principal dirigente da democracia, consagração conquistada a custa de luta e sangue¹⁸⁰ de muitos brasileiros.

¹⁷⁹ “Os conceitos de cidadania na Grã-Bretanha desenvolveram-se e evoluíram no seio da herança europeia. Marshall encarava a cidadania sob três aspectos: um aspecto civil (largamente desenvolvido no final do século XVIII), um aspecto político (desenvolvido no final do século XIX) e um aspecto social (desenvolvido no século XX). A cidadania é um ‘estatuto concedido a todos os que eram membros de pleno direito de uma comunidade. Todos os que possuam esse estatuto são iguais perante os direitos e os deveres a ele inerentes. Não existe qualquer princípio universal que determine o que devam ser esses direitos e deveres, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em evolução criam uma imagem ideal de cidadania em direcção à qual é necessário convergir”. Parisot, Françoise. (2001) *Cidadanias nacionais e cidadania europeia*. trad. Germano Rio Tinto, Lisboa: Didáctica, p 243-244.

¹⁸⁰ O governo brasileiro instituiu a Comissão da Verdade em 2012 para apurar violências cometidas contra cidadãos que lutaram contra o regime militar de 21 (vinte e um) anos de ditadura que perseguiu e matou muitos que lutavam por direitos humanos e democracia. A comissão entregou em 10.12.2014 o relatório

A partir da Constituição de 1988 “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]” (art. 5º, LXXIII). A nova perspectiva de legitimidade ativa atribui capacidade para qualquer cidadão, e não estritamente ao cidadão eleitor. Em razão do referido artigo combinado com outros artigos constitucionais é clara a responsabilidade de todos na proteção dos bens objeto da ação popular, a exemplo da previsão do art. 225 que impõe a obrigação conjunta do Estado e da sociedade de defender e preservar o meio ambiente.

No caso das contratações por meio de licitação (concorrência), dispensas ou inexigibilidades (contratação direta), a ação popular funciona como um instrumento de controle da legalidade em sentido amplo, não destinado diretamente à proteção de direitos individuais, mas especialmente o controle da ordem jurídica, o correto uso dos recursos públicos e do patrimônio público (Guimarães, 2002-98). A lesividade ao erário enseja a ação popular, e em linhas gerais, a lesão está representada no ato ou omissão prejudicial ao Estado, e deve ser anulado para deixar de produzir os efeitos maléficos.

Considerando que toda sistemática legal presente na lei licitatória baseia-se na presunção de obediência aos seus ditames para o alcance da melhor proposta, sem olvidar o princípio da isonomia, garantidor da igualdade entre os competidores, a ausência de publicidade precedente à contratação produz a presunção de uma adjudicação não vantajosa (REsp. 1190189/SP, STJ – Segunda Turma, El. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 10.08.2010, pub. 10.09.2010). O exemplo jurisprudencial conduz à compreensão clara da ligação existente entre o cidadão e as irregularidades dos procedimentos de contratação pública, mas em razão de sua responsabilidade civil/social/política de fazer uso da ação popular (ou de outro instrumento) para extirpar incorreções dolosas ou culposas sobre bens públicos pertencentes não exatamente ao Estado, mas verdadeiramente ao povo, cabendo

final. Este documento marca um importante momento histórico para o Brasil que desvenda, com a interferência do Governo, as atrocidades cometidas pelo Estado contra o cidadão. “A criação da Comissão Nacional da Verdade assegurara o resgate da memória e da verdade sobre as graves violações de direitos humanos ocorridas no período anteriormente mencionado [1946-1988], contribuindo para o preenchimento das lacunas existentes na história de nosso país em relação a esse período e, ao mesmo tempo, para o fortalecimento dos valores democrático. Disponível em www.cnv.gov.br/images/relatoriorio. Acesso em 06.01.15.

ao Estado gerir e bem cuidar. É um instrumento poderoso pelos efeitos práticos, mas infelizmente ainda pouco usado.

É remédio contra os males da ilegalidade; da corrupção, geradora das mais diversas formas de desvio de dinheiro público; do tráfico de influência, favorável a privilégios pessoais em detrimento do interesse público. Enfim, contra as práticas imorais e ilegais emanadas dos três poderes. Na ação popular, é do cidadão a responsabilidade de agir perante o judiciário contra mazelas dessa natureza, muitas delas praticadas em procedimentos de licitação¹⁸¹. A responsabilidade do cidadão não reduz a do Estado de cumprir suas tarefas com eficiência nem tampouco a de abrir “suas portas e janelas” para possibilitar a transparência e a participação do cidadão cada vez mais amplos. Se não tem o que esconder, porquê não abrir? Apesar de parecer simples, na atual conjuntura ainda é difícil, mas não é impossível!

Em Portugal a ação popular tem influências evidentes do direito romano, e por consequência foram previstos vários tipos de ações populares supletivas¹⁸² nas Ordenações, nos âmbitos do direito penal e do direito civil, e apesar de ter por objetivo a defesa da *res publica* por qualquer membro da sociedade (atual), a doutrina e jurisprudência não apresentavam uma posição uniforme sobre a ação em si. Aparece mais delineada a ação popular de caráter supletivo com o Código Administrativo de 1878, quando eram legítimos para propor a ação apenas os eleitores domiciliados na circunscrição da causa, que de certa forma sentiam-se tolhidos a mover uma ação contra a administração em face da subordinação de autorização de emprego da junta geral ou do governo, restrição (contribuintes domiciliados) que permanece em versões seguintes.

A ação popular de caráter corretivo é contemporânea do contencioso administrativo de anulação dos atos da AP (1842, no art.29º no âmbito eleitoral) e transitou até o CAdm de 1936 (versão definitiva de 1940), onde estão previstos dois tipos de ação popular, com o objetivo, em vigor até hoje, de impugnar atos dos órgãos da AP

¹⁸¹ Cfr., por exemplo, REsp 1143807/MG, STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, jul. 14.09.10, Dje de 06.10.2010. Ementa: Administrativo e processual civil. Ação popular. Ilegalidades em procedimento licitatório. Pedido de exibição de documentos. Procedência. Justificativa plausível. Princípio da publicidade dos atos licitatórios.

¹⁸² Ação popular supletiva se destina a suprir a inércia dos órgãos públicos, defendendo os interesses públicos perante terceiros; a ação popular corretiva visa a defesa judicial da legalidade na atuação da Administração Pública. Antunes, Nuno Sérgio Marques, 1997:19.

local e alguns atos do âmbito eleitoral, tornando-se ação constitucional a partir da CRP de 1976, regulada em 1995 pela Lei nº 83/95 (Antunes, 1997:19-20).

A ação popular está prescrita atualmente no art.52º/ nº 3 da CRP, regulada, conforme dito, pela lei nº 83/95 de 31 de agosto. Apresenta-se como um instrumento jurídico de defesa dos interesses da coletividade e do controle da atividade administrativa do Estado. É um direito de ação judicial cuja atribuição se opera a partir da noção de comunidade política, em que seus membros são legítimos para defender os interesses que lhes são comuns e de características peculiares (Antunes, 1997:14).

A legitimidade ativa é atribuída ao cidadão diretamente ou através de associações de defesa dos interesses em causa. Segundo o permissivo constitucional, cumpre ao cidadão ou à associação representante recorrer ao judiciário por via da ação popular para prevenir, cessar ou perseguir as infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e o património cultural e assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

A qualidade de vida, o direito dos consumidores, o direito à saúde, o direito ao ambiente e ao património cultural são *direitos fundamentais* passíveis de proteção por via judicial, acionáveis por instrumentos disponíveis aos cidadãos individuais e coletivos, entre eles a ação popular; lembre-se ainda que a ação popular não se limita aos casos especificados no art.52º/3, estes são exemplificativos (Canotilho e Moreira, 2007:698-700), e essa abertura concede outras tutelas de proteção, inclusive do erário quando constatadas ilegalidades em procedimentos de contratação, por exemplo, ao adjudicar proposta acima do valor base estipulado no caderno de encargos. A característica instrumental ampla da ação popular lhe atribui o papel de importante recurso no controle de bens fundamentais e de procedimentos e contratações onde estes bens sejam objeto. É um atributo presente no ordenamento brasileiro e português.

A amplitude consagrada no dispositivo constitucional faz da ação popular uma das mais importantes conquistas processuais para a defesa de direitos e interesses fundamentais constitucionalmente consagrados, perante qualquer tribunal competente (Canotilho e Moreira, 2007:696). Quanto a legitimidade das associações em atuar judicialmente na defesa dos interesses da comunidade, deve acontecer por entidades incumbidas de defesa dos direitos em causa. Por essa razão, segundo Canotilho e Moreira

(2007:698), deve ser aplicado o princípio da especialidade aliado aos efeitos do objeto da ação com o objetivo estatutário da associação.

A lei ordinária nº 83/95 de 31 de agosto regula o direito de participação procedimental e de ação popular, e confere ao cidadão individual ou coletivo o direito de acionar o judiciário, nos termos do art. 52º/3 da CRP, para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; assegura ainda a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais¹⁸³.

A ação popular tem natureza constitucional e estende a legitimidade processual ativa a todos os cidadãos, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens ou interesses em causa. Não há necessidade de o autor cidadão demonstrar interesse pessoal direto, pois os interesses comuns e o património público podem ser defendidos por todos (Canotilho e Moreira, 2010:297). Considere-se ainda que o objeto da ação popular é o interesse difuso¹⁸⁴, não ligado ao interesse individual propriamente dito, apesar de estar, relativamente, ligado ao interesse indivisível de uma determinada coletividade (pessoas indeterminadas).

A interpretação dada ao dispositivo constitucional deve incluir a possibilidade de o cidadão direta ou indiretamente (representado por associação) acionar o judiciário com uso da ação popular a fim de interferir nos procedimentos de contratação pública, independentemente de ser um ajuste direto ou mesmo um concurso aberto à concorrência.

¹⁸³ A legitimidade referida na lei ordinária e na CRP está ratificada no art. 53º do Código de Procedimento Administrativo (DL nº 442/91 de 15 de novembro) “1 - Têm legitimidade para iniciar o procedimento administrativo e para intervir nele os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações sem carácter político ou *sindical* que tenham por fim a defesa desses interesses. 2 - Consideram-se, ainda, dotados de legitimidade para protecção de interesses difusos: a) Os cidadãos a quem a actuação administrativa provoque ou possa previsivelmente provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida; b) Os residentes na circunscrição em que se localize algum bem do domínio público afectado pela acção da Administração [...]”

¹⁸⁴ Importante lição apresentam Canotilho e Moreira (op. cit. pp. 697-698) quanto as diferenças básicas relativas a interesse individual, interesse público ou interesse geral, interesse difuso e interesse coletivo – “(1) o *interesse individual*, isto é, o direito subjectivo ou interesse específico de um indivíduo; (2) o *interesse público ou integral geral*, subjectivado como interesse próprio do Estado e dos demais entes territoriais, regionais e locais; (3) o *interesse difuso*, isto é, a refracção em cada indivíduo de interesses unitários da comunidade, global e complexivamente considerada; (4) o *interesse colectivo*, isto é, interesse particular comum a certos grupos e categorias”. Cfr. também Antunes, Luís Filipe Colaço. (1989) *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra:Almedina, p. 23.

Veja-se! Se a saúde pública, a qualidade de vida (considerada por diversos aspectos), o ambiente e o patrimônio cultural devem ser defendidos pelos cidadãos diretamente ou através de associações, tal responsabilidade pode incidir em situações relativas a procedimentos de contratação pública.

Ora bem, quando o Estado atua para cumprir suas tarefas administrativas visando a satisfação das tutelas objetos da ação popular, o cidadão tem legitimidade para acionar o judiciário no sentido de evitar prejuízos e riscos à saúde pública, à qualidade de vida ligada a diversas áreas de satisfação, ao ambiente e ao patrimônio cultural, quando incidirem sobre uma coletividade, inclusive quando forem objeto de procedimento de contratação pública (prévio ou contratual).

O Estado, muitas vezes para prestar um serviço fundamental à coletividade, como a prestação de serviço à saúde, precisa contratar particulares para adquirir remédios, material hospitalar ou mesmo a serviços especializados. Quando o procedimento prévio ou a contratação não estiver em conformidade com a lei, nos termos contidos no art. 52º/nº3, *caput* da CRP e do art. 2º da Lei nº 83/95, o cidadão ou associação que o represente é legítimo para propor a ação popular. Quando a atuação da AP coloca em risco bens fundamentais (a saúde pública, a habitação, a educação, o patrimônio cultural, o ambiente, o ordenamento do território, a qualidade de vida etc.) os cidadãos têm legitimidade para iniciar um procedimento administrativo (art. 53º/nº2, do CPA), mas nada os obsta de buscar a via judicial com o mesmo objetivo, utilizando a ação popular como instrumento.

Se durante um determinado procedimento de contratação para construção de uma obra de engenharia, por exemplo, notam-se características técnicas que possam colocar em risco o meio ambiente de determinada localidade, uma ONG que tem por fim estatutário a proteção ambiental é legítima para propor a ação popular visando anular o ato de autorização de abertura do procedimento, e de igual modo tem legitimidade o cidadão individual, se não pretende ser representado. A legitimidade admitida às associações e fundações na ação popular, além da atribuída ao cidadão individual, gera mais tranquilidade para intervir judicialmente, vez que está no processo uma pessoa jurídica e não um indivíduo, considerando a sua vulnerabilidade em relação a possíveis pressões ou perseguições políticas, por estarem envolvidos direitos difusos que interessam a grupos econômicos, muitos deles com influência sobre pessoas pertencentes à estrutura estatal.

O lesado ou lesados pode valer-se da ação popular para requerer indenização (art.52º/3 da CRP). Ressalte-se: uma coisa é a legitimidade para a defesa de direitos difusos e outra para exigir o ressarcimento por danos patrimoniais individualizáveis (referidos no artigo constitucional). Quando houver danos passíveis de individualização, o ressarcimento ou indenização pode ser requerido não apenas pelos “lesados”, mas também pelos autores da ação popular. A lesão provocada pode alcançar não somente os particulares mas também a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, o ambiente e o patrimônio cultural (Canotilho e Moreira, 2007:699). É com a ação popular que o cidadão se investe no poder de ação para questionar o poder público quando da prática de atos lesivos ao interesse da coletividade, que repercute no âmbito do ativismo jurídico como uma das formas essenciais ao controle da atividade pública.

A ação popular consagrada no ordenamento português é, segundo entendimento conclusivo de Antunes (1997:27), um direito de ação judicial de qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis e políticos ou de pessoas coletivas de defesa dos interesses em causa, para intervenção do poder judiciário, com o fim de assegurar a tutela de certos direitos comunitários aos quais a CRP confere uma proteção qualificada, e ainda requerer a reparação de danos que lhe sejam causados. O direito de petição, no âmbito administrativo e a ação popular no âmbito judicial são importantes instrumentos de defesa dos interesses da sociedade, são postulações jurídicas fortalecedoras da democracia, que aliadas a outras ações judiciais, administrativas, políticas ou gerenciais, podem garantir a satisfação do interesse público e a proteção dos bens tutelados juridicamente, inclusive os que possam ser objeto de procedimento de contratação pública ou de quaisquer outros onde se identifique uma possível lesão ao interesse público e da coletividade, principalmente porque a redação contida no art. 52º/ nº 3 da CRP confere liberdade ao legislador ordinário de fixar as matérias a serem objeto de ação popular, quer a defesa tradicional da legalidade ou outros de natureza análoga aos direitos difusos postos exemplificativamente no texto constitucional, mas a LAP (art.12º) restringiu o exercício do direito de ação popular, pelos cidadãos e associações, aos tribunais administrativos e civis, bem como de natureza penal nos termos do art. 25º da citada lei (Antunes, 1997:31-32).

A tutela pretendida com a ação popular está no campo do direito difuso, dedicada ao direito de um conjunto de sujeitos não identificados de uma coletividade, que não se confunde com os “interesses individuais” que reconduzem aos direitos subjetivos ou

interesses de um indivíduo; tampouco aos “interesses coletivos” também de caráter egoístico e particular, que são na verdade interesses individuais organizados, agregados a um determinado grupo ou categoria de um bem jurídico, ou seja, é um interesse individual que se identifica ao de certos grupos da coletividade (Antunes, 1997:37). Partindo desse entendimento, a ação popular não tem por objeto o interesse individual ou o interesse coletivo, mas sim o interesse difuso, “[...] pois sendo interesses de toda a comunidade, deve reconhecer-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli* [...]” (Canotilho e Moreira, 2004:698).

É importante ressaltar sobre a legitimidade de ação apresentada no art. 40º do CPTA: são legítimos para propor ação as partes na relação contratual; o Ministério Público (e outras entidades citadas no art. 9º/nº 2); por quem tenha sido prejudicado por não ter sido adotado o procedimento pré-contratual conforme termos pré-definidos; por quem tenha impugnado um ato administrativo relativo à formação do contrato; por quem tenha participado no procedimento e alegue prejuízo por inconsistência do ato de adjudicação em relação aos termos previamente definidos; pelas pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que possam ser prejudicadas com a execução contratual (letra “g”). Portanto, se pessoas singulares (cidadãos) ou coletivas podem agir contra ato ilegal praticado em procedimento contratual que tenha reflexo sobre direitos difusos, a ação popular é, sem dúvida, um instrumento judicial de controle. Corrobora com a assertiva a previsão contida no art. 9º da Parte Geral do CPTA quando afirma que “[...] a ação popular administrativa se aplica a todas as espécies processuais que integram o contencioso administrativo e pode ser utilizada para a obtenção de quaisquer das providências judiciais legalmente admissíveis” (Almeida, 2003:30-35). A ação popular é portanto aplicável na defesa de direito difuso lesado ou em risco de lesão quando direta ou indiretamente for objeto no procedimento de contratação pública.

3.4 Conclusão do capítulo 3

O acompanhamento (controle/fiscalização) pelos cidadãos, autorizados por lei é justo, necessário e democrático, pois a ordem jurídica não é suficiente para garantir os direitos positivados. Para Boaventura de Sousa Santos (2003) “o direito não pode ser emancipatório, nem não emancipatório, porque emancipatórios e não emancipatórios são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante” (Santos, 2003:69). A lei alia-se aos movimentos, às lutas e servem como um meio para o alcance da efetividade das garantias, quando desrespeitadas pela ação estatal. As lutas sociais e políticas têm no direito positivado um conjunto de regras e princípios basilares ao alcance dos direitos reivindicados pelo cidadão comum ou organizado, quando agem às práticas ilegais da administração pública “ervas daninhas” da sociedade e do interesse público.

O direito positivado é um instrumento de garantia de direitos e imposição de obrigações, presentes em diversas espécies de normas a serem observadas e seguidas pela sociedade e pelo Estado, considerando-se a submissão de todos ao Estado de Direito, além de outros tipos de direitos não estatizados presentes na sociedade. O Estado de Direito é fruto de influências culturais, sociais e políticas, e confirma na sua produção muitos dos interesses dos poderes mais fortes, e até no modo de condução das normas. Mas para o direito oficial e positivado ser efetivo, ou seja, concretizado, são imprescindíveis ações que provoquem, controlem e questionem a AP, principalmente as promovidas pelos cidadãos. De um outro ponto de vista Jorge Reis Novais (2006:202-203) entende que o direito (norma jurídica) tem revelado certa ineficiência na medida em que a instrumentalização e *politização* da lei característicos do intervencionismo do Estado Social¹⁸⁵ (ainda presente) tem levado a uma desvalorização material da lei em face das dificuldades de uma concordância material e formal, da lei às normas e princípios jurídicos, provocadores de uma “irreversível crise do Estado de Direito” (Novais, 202-203).

Mesmo com a atual crise enfrentada pelo Estado de Direito é possível reverter o quadro fragilizado da efetividade das normas jurídicas. Afinal são letras impressas no

¹⁸⁵ O Estado Social é caracterizado por uma política de grande intervenção nas áreas da segurança social, do emprego, da educação e da saúde.

papel, mas de grande significado e efeito sobre a sociedade, as quais exigem, muitas vezes, movimentação para tornarem reais, seja com a implementação de ações eficientes ou a interferência da sociedade que usufruir do direito a ter direito. Infelizmente a realidade não tem sido suficientemente favorável, e por tal razão a participação mais efetiva do cidadão para controlar, fiscalizar, reclamar ou simplesmente opinar é imprescindível.

No presente capítulo foram analisados os principais instrumentos jurídicos (em espécie) de controle das contratações públicas pelos cidadãos por serem requisitos indispensáveis à consolidação democrática e persecução do interesse público, haja vista, a interferência das contratações na vida dos cidadãos. Passamos a relacionar as principais conclusões:

a) Observa-se uma nova e necessária tendência de **controle sobre os atos discricionários**. Quando a AP realiza um procedimento de contratação para adquirir bens e serviços, o órgão adjudicante ou entidade que o represente tem o direito de definir (“o quê”, “como” e “pra quê”) os critérios e fundamentos da contratação dispondo da discricionariedade, sem deixar de cumprir os princípios norteadores de sua atividade e muito menos da supremacia e indisponibilidade do interesse público. A ideia de não intervenção do judiciário nas questões de mérito dos atos administrativos, inclusive os relativos às contratações públicas, está ultrapassada, conforme observa-se das manifestações jurisprudenciais e doutrinárias no Brasil e em Portugal. Acima do respeito ao princípio da separação dos poderes estão os demais princípios basilares da satisfação do interesse público; se a administração, dotada de discricionariedade, suprime o objetivo fim do Estado (o interesse público), deve sofrer o controle judicial ou administrativo promovido pelo cidadão individual ou coletivo, ou mesmo pelos órgãos públicos internos e externos de controle. A correta interpretação do poder discricionário reforça, mais ainda, a necessária vinculação à legalidade dos atos administrativos e aos demais princípios porque a discricionariedade é limitada por um conjunto de princípios e regras. Os atos discricionários revelam certa liberdade, mas uma liberdade estreita, focada na satisfação do interesse público com eficiência. Por tais razões é legal, legítimo e necessário um controle administrativo ou judicial mais efetivo do cidadão, inclusive para questionar também decisões

“discricionárias” inerentes a contratações públicas. Essa interpretação contribui para preservar mais amplamente o interesse público; foi em razão da prática de uma discricionariedade pela discricionariedade, ou seja, o poder de decidir pelo simples poder de mandar que “muitos abusos foram praticados, os Administradores agiam ao seu bel-prazer, o que gerou cada vez mais prejuízos para a sociedade” (Marinela, 2012:1018).

b) Os **recursos administrativos** têm, *a priori*, efeito devolutivo. Contudo, as normas brasileira (Lei 8.666/93) e portuguesa (CCP) preveem casos excepcionais de efeito suspensivo para excluir as falhas no decorrer do procedimento sem por em risco a obtenção da melhor proposta e preservar o interesse público. O art. 272º do Código de Contratos Públicos afirma que a impugnação não suspende os atos subsequentes ao ato impugnado, exceto quanto à decisão de qualificação, ao início da negociação e ao ato de adjudicação, nestes casos espera-se a decisão do recurso ou o transcurso do prazo recursal; o art. 109 da Lei brasileira nº 8.666/93 define o efeito suspensivo do recurso de habilitação ou inabilitação do licitante e julgamento das propostas, permitindo a autoridade competente, fundamentada em razões de interesse público, atribui eficácia suspensiva aos recursos. Note-se que as duas normas confirmam a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao recurso como forma de a autoridade rever seus atos (juízo de retratação) por provocação do interessado, sempre embasado em razões de interesse público e tomando observando as exigências do ato convocatório. A norma brasileira amplia o poder de decisão da autoridade ao permitir-lhe decidir sobre o efeito suspensivo ao recurso. Saliente-se que no art. 109 da Lei 8.666/93 não está relacionado o recurso da impugnação, que apesar de previsto no art. 41, §1º da mesma lei, pode ter o efeito suspensivo decretado pela autoridade com base no § 2º do art. 41, por outro lado, a norma portuguesa não admite tal discricionariedade.

c) O **recurso administrativo da impugnação**, de acordo com o art. 41 §1º, da Lei nº 8.666/93 (Brasil), concebe a possibilidade de correção de vícios no instrumento convocatório, por inobservância às regras e os princípios da licitação; pode ser proposto por qualquer cidadão ou por todo potencial licitante, nos prazos especificados em lei. Somente o cidadão é legítimo para impugnar vícios nos

preços constantes do quadro geral de registro de preços, em razão de incompatibilidade com o valor vigente no mercado. Na legislação portuguesa há previsão do mesmo recurso, que apesar de ser mais amplo quanto ao objeto (reporta-se a qualquer ato do procedimento de contratação e não somente ao ato convocatório) a legitimidade ativa do cidadão não está expressa com a devida clareza, pois refere-se à capacidade dos interessados (termo geralmente usado para indicar os concorrentes propriamente ditos ou os potenciais concorrentes). Entretanto, a falha legislativa pode ser amenizada com o CPA, enquanto norma subsidiária do CCP, especialmente em função do princípio geral da impugnação prescrito no art. 184º/1, “a”, combinado com o art. 191º/1 do novo CPA; artigos 267º/ n.ºs 1 e 5 e 268º/n.º4 da CRP. A provocação, pela via administrativa com o instrumento da impugnação apresenta contornos específicos nos ordenamentos brasileiro e português. No caso brasileiro o cidadão é claramente legítimo para exercer essa forma de controle do ato convocatório, independente de ter sido motivado por um interesse coincidentemente individual ou mesmo por uma razão de interesse público, mas que obrigatoriamente deve incidir na esfera da ilegalidade do ato praticado exaurido com a publicação do ato convocatório defeituoso; exerce também tal direito o licitante. Na realidade jurídica portuguesa as normas nacionais e da união europeia não apresentam com clareza a legitimidade do cidadão para uso da impugnação nos procedimentos de contratação pública, e por essa razão, considerando a necessidade de intensificação do controle do cidadão sobre os atos pré e pós contratuais algumas mudanças legislativas devem ser operadas. É importante ressaltar que o cidadão visa proteger o interesse público (pelo menos teoricamente) e garantir a regularidade do procedimento, diferentemente do concorrente que visa a obtenção do lucro. Essas razões induzem a uma emergente alteração do atual texto do CCP para ampliar a legitimidade da impugnação para além da legitimidade do concorrente. Outro fator motivador à participação do cidadão é a não exigência de pagamento de taxas e custas processuais para a interposição da impugnação e de outros recursos administrativos, nem o patrocínio da causa por advogado.

d) O direito **ao acompanhamento dos trabalhos da comissão de licitação** por qualquer cidadão é uma garantia de participação com contornos limitados.

Está previsto na legislação brasileira no art. 4º, da Lei nº 8.666/93, e concede a garantia de o cidadão presenciar os atos públicos destinados a escolha do futuro contratado, em decorrência do princípio da publicidade dos atos públicos. A autoridade condutora do certame tem o poder de polícia para excluir quem cause perturbação, unicamente com o objetivo de realizar os trabalhos de forma tranquila. A extrapolação deste poder sugere a invalidade do procedimento, por meio de recurso administrativo ou judicial. O art. 11º/4 do DL nº 18/2008 garantia a participação de qualquer cidadão, excluído o ajuste direto, mas sem direito a manifestações, tal como na legislação brasileira, mas com o advento do novo CCP. Um detalhe a ressaltar é a não proibição de manifestação do cidadão de acordo com a legislação brasileira, que suprime apenas a interferência que perturbe ou impeça o desenvolvimento dos trabalhos; ao contrário, a legislação portuguesa era taxativa ao impedir qualquer tipo de manifestação do cidadão, permitindo apenas o concorrente, candidatos ou representantes. A autorização de o cidadão presenciar a reunião de recebimento dos documentos é um instrumento de controle dos atos que se realiza de forma prévia e pode evitar erros maiores no futuro e, por tal razão, deve ser reposto na legislação portuguesa.

e) O **direito ao pedido de informações** é uma forma simplificada de intervenção do cidadão na AP, nem sempre requisitado, vez que previsões legais (constitucionais e infraconstitucionais) obrigam a Administração Pública publicar informações públicas pela administração. As informações sobre as contratações públicas devem ser promovidas na forma mais ampla e mais clara possível com o fim de atrair o máximo de potenciais concorrentes. No ordenamento jurídico brasileiro a publicidade dos atos está nos artigos 5º, inciso XXXIII; art. 37, §3º, inciso II; art. 216, § 2º, entre outros da CRFB. O princípio da publicidade está confirmado em várias passagens da lei licitatória 8.666/93: o direito de o cidadão requerer os quantitativos e preços unitários das obras (art.7º, § 8º); todas as contratações realizadas (art.16); o instrumento de convocação com as informações necessárias ao procedimento prévio (art. 21); o direito de o cidadão solicitar o acesso ou a cópia dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório, mediante o pagamento de emolumentos (art. 63), etc. Quando a modalidade é o pregão, a publicidade do ato convocatório e das demais informações é feita na

forma tradicional (meio impresso) e pela via eletrônica (facultativa). O direito de acesso a informação previsto na legislação das contratações públicas foi reforçado com o advento da Lei nº 12.527/11 que regula os procedimentos de acesso a informações públicas, e obriga os órgãos e entidades do poder público a observarem as normas e procedimentos específicos aplicáveis à matéria, sem deixar de assegurar a gestão transparente da informação (art. 6º, inciso I). O ordenamento português, conforme disposição contida no art. 133º do CCP, determina a disponibilização do programa do concurso e caderno de encargos aos interessados, podendo cobrar pelo documento quando solicitado. Esta cobrança, tal como prevista na legislação brasileira, deve ater-se aos custos da reprodução do documento. A Lei brasileira 8.666/93 no art. 63 faz menção ao direito do interessado (o não licitante) de obter cópia autenticada dos termos do contrato. A lei portuguesa no artigo 133º do CCP usa o termo ‘interessado’ ao referir-se supostamente ao interessado de participar no procedimento, e não o cidadão; pois obriga a entidade adjudicante disponibilizar o programa do concurso e o caderno de encargos nos serviços da entidade para consulta dos interessados e em plataforma eletrônica, além de esclarecer que a aquisição das peças do concurso não constitui condição de participação no mesmo. O CCP mais uma vez reforça a participação do interessado e olvida a do cidadão. A falta de garantia objetiva e clara no CCP em favor do controle externo realizado pelo cidadão demonstra dissonância às garantias instituídas pela Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto relativa ao acesso a documentos administrativos e a sua reutilização, de acordo com as instruções da Diretiva n.º 2003/98/CE de 17 de Novembro, do Parlamento e do Conselho Europeu, que assegura o acesso dos cidadãos aos documentos públicos em cumprimento aos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade (art.1º). Apesar do CCP não garantir claramente o direito de acesso do cidadão a informações sobre contratação, este direito pode ser fundamentado no art. 268º/2 da CRP, considerando que as restrições sobre divulgação de informações não incluem os atos praticados em procedimentos de contratação, restringe ao “disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”. Qualquer restrição

além destas não condiz com o princípio da publicidade dos atos públicos e os demais princípios do Estado Democrático.

f) **A audiência pública**, em razão de contratação pública, está prevista no art. 39 da Lei nº 8.888/93 e visa ampliar a publicidade através do debate presencial acerca da contratação pretendida de valor superior a um milhão e quinhentos mil reais, seja numa única obra ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas; nada impede de a administração adotar o mesmo critério de publicidade com debates e discussões com vários participantes para melhor contratar bens ou serviços com outras características, amparada no princípio da eficiência, principalmente quando estão em discussão interesses relevantes de uma determinada coletividade ou mesmo da sociedade. A audiência para ser legítima não pode ter caráter meramente formal, visa sim obter contribuições práticas dos participantes, e não a confirmação de decisões já consolidadas, nem sempre legítimas. Outras normas brasileiras impõem a audiência pública com o objetivo de abrigar a participação popular em discussões de seu interesse, a exemplo da previsão contida na Lei Federal nº 10.557/01 (Estatuto da Cidade). No Código de Contratos Públicos está prevista nos artigos 122º e 123º e visa oportunizar a participação dos concorrentes no procedimento de contratação, antes da elaboração do relatório final pelo júri, mas essa garantia se restringe ao concorrente, deixando o cidadão afastado, em desobediência aos princípios da publicidade e da participação popular presentes nos artigos 267º e 268º da CRP. Outras normas trazem algumas garantias dedicadas à participação do cidadão, a exemplo do Código de Procedimento Administrativo que garante a audiência com os interessados antes da decisão final para obtenção de esclarecimentos (art. 110º e ss), mas esta previsão pode suscitar dúvidas quanto ao direito do cidadão. A garantia da audiência pública prevista no ordenamento português da contratação deve ser ampliada, nos moldes conferidos no ordenamento brasileiro porque na forma atual somente confere tal garantia ao concorrente, e quando já iniciado o procedimento, diferentemente da norma brasileira que garante a participação do cidadão em momento prévio à contratação de grande vulto. A audiência pública decorre diretamente do princípio constitucional da soberania popular e deve ser fortalecido.

g) O **direito de petição** é a ‘rainha’ dos recursos administrativos, por ter características de informalidade textual, a não obrigatoriedade de intermediação por advogado, prazo indefinido para interposição, a análise da autoridade vai além da legalidade, obstinada pela conveniência e oportunidade, etc. A petição dirigida às autoridades públicas baseada no art. 5º, XXXIV, “a”, do capítulo dos direitos e garantias fundamentais da CRFB é uma garantia de exercício de cidadania destinado a questionar irregularidades, solicitar informações, ou requerer a realização de um determinado serviço ou mesmo simplesmente um meio de apresentação de sugestões. É a principal garantia no âmbito administrativo para o controle das contratações públicas e para muitos outros atos praticados pela administração. É o mais fácil meio de comunicação entre administração e administrado, além, é claro, da válida interlocução presencial. A Lei 8.666/93 garante ao cidadão o direito de petição perante o Tribunal de Contas (art. 113, § 1º) em reforço ao direito constitucional de petição. Na Constituição da República Portuguesa o direito de petição está consagrado no art. 52º, e garante ao cidadão (individual e coletivo) a defesa de seus direitos e das normas perante os órgãos públicos; a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos **do Homem e das Liberdades Fundamentais** prevê o direito de petição ao Tribunal Europeu (art.34º); a Lei nº 45/2007, de 24 de agosto, regula e garante o exercício do direito de petição, esclarecendo em seu art.1º/2, “a” que o direito a impugnação dos atos administrativos, através de reclamação ou de recursos hierárquicos, é regulado por lei especial, transferindo para a legislação especializada os casos relativos às contratações públicas. O direito de petição, com esta denominação, não está consolidado no contexto da legislação específica das contratações públicas, mas encontra amparo nas Constituições do Brasil e de Portugal. A possibilidade de interpor recursos no âmbito administrativo, independente de denominação (Merinela, 2012:425) se traduz no exercício da garantia constitucional do direito de petição, e pressupõe a obediência da administração ao princípio da publicidade (Carvalho Filho, 2006:21) que deve deixar a olhos vistos o destino do dinheiro público.

h) O **mandado de segurança** é um instrumento jurídico de controle da AP, característico do ordenamento jurídico brasileiro, previsto no art. 5º, LXIX da

CRFB e regulamentado pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Têm legitimidade ativa a pessoa física ou jurídica que sofre a violação ou a ameaça ao seu direito líquido e certo, por ato ou omissão, em face de ilegalidade ou abuso da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica em sua atuação pública. É uma ação de direito público constitucional, com aspectos processuais próprios previstos na lei suso mencionada, supletivamente amparada pelo Código de Processo Civil, e deve ser proposta no prazo de cento e vinte dias do conhecimento do ato vergastado; pode ser individual (pessoa física ou jurídica) e coletivo (Partido político com representação no congresso nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há mais de um ano). O remédio individual está posto à disposição de todas as pessoas físicas ou jurídicas para proteger direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. A sentença do mandado de segurança coletivo produz efeito *erga ommnes*¹⁸⁶, assim disciplina o art.22 “a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante” e os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante individual, exceto se requerer a desistência de sua ação no prazo de 30 (trinta) dias contado da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. Esse *remédio heróico* admite suspensão liminar do ato, de efeito mandamental e imediato, e sua execução está livre de impedimento jurídico, salvo pelo presidente do tribunal competente para a apreciação da decisão inferior; quando o mandado de segurança é coletivo, a liminar só pode ser concedida após a ouvida da parte demandada (Meirelles, 1998:585). É um instrumento característico do sistema normativo brasileiro, tanto na forma individual e coletiva, propicia, de certo modo, garantia de liberdade no agir do cidadão contra atos ou omissões do poder estatal, por conter vantagens processuais e práticas: prazos mais exíguos na apreciação da ação, sobreposição sobre outras ações na ordem de julgamento, satisfação do interesse perseguido com eficiência temporal, etc. É incontestável o valor da tutela mandamental quanto à segurança jurídica que proporciona ao

¹⁸⁶ Termo jurídico em latim para indicar que uma norma ou decisão tem efeito vinculante sobre todos (ultra partes) e não somente para as partes no processo (efeito interpartes); indica que outros, além das partes, têm interesse comum na causa.

impetrante para proteger direito líquido e certo, por atos ou omissão emanados de autoridade estatal, inclusive os atos relacionados com procedimento de contratação pública. É uma figura jurídica ausente no ordenamento português, mas que pode ser adotada em face das razões expostas favoráveis à repressão de atos abusivos em sede de contratações públicas.

i) A **ação popular**, remédio jurídico de raiz romana, atravessou várias épocas e passou por várias mudanças, mas foi enfatizada judicialmente a partir da Revolução Francesa por força do protagonismo popular de caráter revolucionário. No Brasil surgiu primeiramente na Constituição de 1934, hoje mantém-se como remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXII da CRFB, regulado pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, ainda vigente, apesar de representar um período remoto e ditatorial; afirma em seu art.1º que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista [...]”. É a via constitucional posta à disposição de qualquer cidadão (eleitor) para obter a anulação de atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público, com fins preventivo e repressivo da atividade administrativa. A legitimidade exclusiva do cidadão não deve estar condicionada a ser eleitor, conforme atribui a lei infraconstitucional, principalmente pela garantia de qualquer cidadão questionar atos da administração pública. A ação popular representa para as contratações públicas um meio de controle da legalidade em sentido amplo, não destinado diretamente à proteção de direitos individuais, mas especialmente o controle da ordem jurídica, o correto uso dos recursos públicos e do patrimônio público (Guimarães, 2002:98). No ordenamento português está prevista no art. 52º/3, regulada pela L 83/95; a legitimidade de ação pertence a qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras do interesse em causa, que além de agirem para proteger a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a proteção do consumo de bens e serviços, o patrimônio cultural e o domínio público, podem ainda requerer a reparação de danos, conforme previsão contida nos artigos 1º e 2º da L nº 83/95. Considerando os direitos tutelados no art. 1º/nº 2 da citada lei e as disposições contidas nos artigos 9º e 40º do CPTA conclui-se

que a ação popular é instrumento de controle judicial dos cidadãos de atos de procedimentos de contratação pública. Em relação ao ordenamento brasileiro e português, a ação popular difere quanto à legitimidade, neste último conferida a cidadãos e entidades coletivas, e naquele de exclusividade do cidadão individual. No Brasil, a ação popular, apesar de sua pouca frequência nos tribunais, tem sido utilizada como instrumento dos cidadãos de controle da legalidade de atos relativos a procedimentos de contratação pública quando for objeto direito difuso. Em Portugal ainda é figura ausente da cultura judicial de controle dos atos de contratação pública mesmo os relativos a direito difuso.

O controle das contratações públicas pelos cidadãos é uma realidade imprescindível a efetivação do interesse público perseguido nos procedimentos, que apesar de garantido constitucional e ordinariamente, sua prática ainda é tímida. A participação do cidadão na AP é um direito fundamental ainda por ser intensificado, apesar dos instrumentos jurídicos disponíveis. O cidadão individual e coletivo carregam o desafio de defender os direitos relativos à cidadania e à democracia, por meio da fiscalização e dos institutos da democracia direta (semidirecta): o plebiscito, o referendo, a iniciativa de lei popular, ação popular (Gonçalves Junior e Carneiro, 2010:181) e tantas outras formas. Os instrumentos jurídicos previstos no ordenamento brasileiro e português são vastos, mas precisam de alterações legislativas e iniciativas de gestão para serem realmente postos a disposição dos cidadãos, pois não bastam as previsões legais. São fundamentais as mudanças legislativas com iniciativas de alterações e criações de novas leis, mas também é preciso consciência democrática dos cidadãos e responsabilidade do Estado para ampliar a participação popular e extirpar as mazelas dos favoritismos políticos que usam o interesse público como mercadoria de negociação para satisfação de interesses pessoais. O exame judicial dos atos administrativos deve ser pautado no critério de legalidade ampla considerando-se a lei estrita, o texto constitucional, os valores principiológicos decorrentes dos *standards* da coletividade para a conquista do sentido da lei e da Constituição (Guimarães, 2002: 98), exigência também a ser adotada no âmbito administrativo quando o cidadão provocar a revisão dos atos praticados.

É urgente a revisão legislativa para melhor aproveitar os avanços democráticos já alcançados e positivados e também outros por serem ainda conquistados, movidos por um

repensar coletivo sobre o atual sistema normativo e a prática administrativa em relação a participação do cidadão na administração pública, especialmente no controle das contratações. O objetivo é mitigar os problemas de legitimidade das normas, a desconformidade da atuação da AP e a pouca participação dos cidadãos.

“Os recursos administrativos podem ser considerados como instrumentos de proteção de direitos e interesses eventualmente lesados pela Administração, pois permitem reagir a decisões e medidas adotadas” (Medauar, 2004:448), mais descomplicados e mais ágeis, são fortes aliados da cidadania no controle da administração pública, sem olvidar a importância dos recursos judiciais que podem servir de uma 2ª oportunidade para a administração rever seus próprios atos quando não o fizer quando interpelada pela via do recurso administrativo.

Robert Alexy (2012) ao proferir conferência na Universidade de Coimbra ressaltou a importância da fiscalização da constitucionalidade pela última instância judicial mesmo que esta não sofra qualquer controle, porque sem ela também não há controle do legislador acerca dos parâmetros constitucionais adotados na formação da norma. Melhor uma fiscalização institucionalizada que a ausência dela, principalmente pela importância dos direitos constitucionais formados com a intenção objetiva ou subjetiva de transformar direitos humanos em direito positivo, ou seja, positivizar direitos humanos enquanto direitos morais (direitos ideais) que devem ser protegidos, e a sua positivação não afasta a tutela de proteção. Em palavras de Alexy (2012:521) “renunciar à fiscalização da constitucionalidade seria romper com, mais do que reforçar, o direito de proteção”. Tomando por paradigma os argumentos da fiscalização da constitucionalidade ora expostos, não menos deve ser considerado o controle da atuação dos agentes públicos pelos cidadãos.

CAPÍTULO 4

O CIDADÃO E O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ATRAVÉS DOS ÓRGÃOS ESTATAIS DE CONTROLE

4.1 Introdução ao Tema

O controle realizado diretamente pelo cidadão ou por entidades que o representem (associações, sindicatos, etc.) sobre atos de procedimento de contratação pública ou às execuções contratuais com o uso de instrumentos jurídicos administrativos ou judiciais disponibilizados no ordenamento jurídico, conforme visto no capítulo anterior, pode ser substituído por um tipo de controle indireto. O que vem a ser esse controle indireto? Os cidadãos ou entidades que os representem legalmente podem provocar os órgãos de controle que fazem parte da estrutura estatal para averiguação de supostas ilegalidades em procedimentos de contratação pública ou em contratos formalizados, conforme previsões adiante descritas.

É importante ressaltar que o controle das contratações públicas pode ocorrer internamente, ou seja, dentro do próprio órgão ou entidade da AP direta e indireta, ou mesmo por outro órgão pertencente à estrutura da administração criado para esse fim, em face do poder de autotutela e da responsabilidade constitucional de estabelecer um sistema de controle interno¹⁸⁷ integrado; destacam-se as Controladorias Internas¹⁸⁸ e os Tribunais de Contas, ambos com características e competências diferenciadas no Brasil e em Portugal.

A Constituição da República Federativa do Brasil impõe em seu art. 74 a obrigação de os três poderes (legislativo, executivo e judiciário) manter de forma integrada um sistema de controle interno, com a finalidade de avaliar as metas definidas nos planos plurianuais, a execução dos programas e orçamentos; comprovar a legalidade, eficácia e eficiência de sua atuação; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, direitos e haveres da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal, cada um dentro de sua competência; inclui ainda a responsabilidade de apoiar qualquer iniciativa de controle externo.

¹⁸⁷ “O controle realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e suas entidades indiretas recebe vários nomes: controle administrativo, controle intra-orgânico, controle intra-administrativo.” (Medauar, 2004:447).

¹⁸⁸ “O controle interno faz-se através da fiscalização exercida pela própria estrutura organizacional que pratica os atos objetos da fiscalização. A natureza do controle interno é tipicamente administrativa e reporta-se não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao da hierarquia” (Justen Filho, 2014:1207).

Os responsáveis pelo controle interno têm a obrigação legal de informar ao Tribunal de Contas da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município (se existente) sobre qualquer ilegalidade ou irregularidade na consecução das atividades administrativas que tenham conhecimento, inclusive em procedimentos de contratação pública. Caso o responsável pelo controle interno não observe a referida imposição, responderá como aquele que praticou o ato ilegal, vez que sua omissão concorre para a produção da ilegalidade (responsabilidade solidária).

O controle realizado pelos órgãos da Administração Pública ou pelo cidadão direta ou indiretamente delimita o poder do Estado com base no necessário e suficiente ao cumprimento das determinações normativas, não podendo exceder seus limites (Mello, 2004:133), sempre dirigido ao atendimento do interesse público.

A estrutura administrativa deve estar a serviço da sociedade e, para isso ser concretizado, o “espírito” das normas deve ser bem compreendido à luz dos princípios constitucionais visando cumprir o interesse público. Apesar de existirem garantias positivadas dedicadas ao exercício do controle (interno e externo), o excesso burocrático, o centralismo despropositado, a prática insistente da cultura do sigilo, a postura de superioridade de agentes públicos, entre outros fatores, colocam em risco ou mesmo sem efeito prático o controle da atividade administrativa.

No relatório final do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado – PRACE (Portugal), formulado por uma comissão técnica, estão identificados vários pontos negativos presentes em áreas diversas da Administração Pública, e que prejudicam as práticas e garantias democráticas¹⁸⁹. Mesmo com os problemas de ordem estrutural e de gestão presentes na Administração Pública, ainda sim pode ser impulsionada ou fiscalizada para realizar bem os objetivos do governo, que em sentido *operacional* é, segundo Meirelles (1998:65) “[...] o desempenho perene e sistemático,

¹⁸⁹ Trechos do relatório final do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado - PRACE: “Através da Resolução de Conselho de Ministros n.º124/2005, de 4 de Agosto de 2005, o Governo criou o PRACE – Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado, para através de processos de avaliação organizacional, concretizar os objectivos definidos no Programa de Governo e, mais especificamente, melhorar a qualidade dos serviços públicos, com ganhos de eficiência que permitam a diminuição do número de serviços e dos recursos a eles afectos. [...] Numa análise global da Administração Pública é frequente chamar a atenção para o seu carácter fortemente centralizado e pouco dialogante com os cidadãos e empresas, para a insuficiência dos mecanismos de gestão e controlo, para o sobredimensionamento e natureza burocratizada, mais centrada em processos que em resultados, e sobre consumidora de recursos”. Disponível em «www.dgaep.gov.pt/media/pdf», p. 10-11. Acesso em 13.01.2015.

legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”, acrescente-se eficiente.

Dos tipos de controle exercidos pela Administração Pública, de acordo com o poder de quem os pratica, podem ser identificados: a) o controle realizado pelos órgãos legislativos ou parlamentares, essencialmente político sobre determinados atos do Executivo, que segundo Di Pietro (2001:599) é um poder limitado às hipóteses previstas na Constituição Federal, em respeito ao princípio da Separação dos Poderes, apesar de implicar na “interferência de um poder nas atribuições dos outros dois”; b) o controle efetivado por todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) sobre suas atividades administrativas e agentes, “[...] é feito, normalmente, pelo sistema de auditoria, que acompanha a execução do orçamento, verifica a legalidade na aplicação do dinheiro público e auxilia o Tribunal de Contas no exercício de sua missão institucional”; c) o controle dos atos administrativos de qualquer dos poderes pela via do Poder Judiciário, por iniciativa de pessoas físicas, jurídicas ou mesmo pelos órgãos de controle da legalidade da atividade administrativa como o Ministério Público; poder que reflete o sistema de jurisdição unificado adotado no direito brasileiro, monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário¹⁹⁰.

No chamado controle externo, realizado por órgão estranho ao do ato controlado, é um controle exercido por um dos poderes sobre um outro poder ou exercido pela administração direta sobre a indireta¹⁹¹. O controle exercido direta ou indiretamente (entidades representativas) pelos cidadãos está no âmbito do controle externo também chamado de controle social.

O cidadão pode e deve acionar os órgãos da estrutura administrativa para exercer o controle indireto dos atos praticados, por exemplo, em procedimentos de contratação. É mais um recurso democrático que, de certa forma, preserva o cidadão contra possíveis perseguições pessoais, principalmente se integrante da Administração Pública, pior ainda se ocupante de cargo comissionado (de livre nomeação e exoneração).

Na presente abordagem destacam-se o Ministério Público, que no Brasil tem competência federal e estadual e o Tribunal de Contas, que possui competência federal, estadual e municipal. Quanto ao primeiro, há o Ministério Público da União e os

¹⁹⁰ Di Pietro, 2001:587.

¹⁹¹ Di Pietro, 2001: 587-588.

Ministérios Públicos Estaduais e, quanto ao Tribunal de Contas, apesar da nomenclatura ‘Tribunal’, não pertence à estrutura do Poder Judiciário¹⁹², nem a quaisquer outros. A opção de não integrar a estrutura do Poder Judiciário submete seus atos ao controle jurisdicional (Justen Filho, 2011:1120), revelando-se o controle de um poder sobre outro.

Em Portugal o Tribunal de Contas tem a função de fiscalizar a legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas, apreciar a boa gestão financeira e impõe responsabilidades quando cometidas infrações financeiras, além de gozar de jurisdição e poderes de controlo financeiro no âmbito da ordem jurídica portuguesa (art. 1º da Lei de Organização e Processo dos Tribunal de Contas - LOPTC); o Ministério Público português, integrante dos Tribunais, inclui-se entre os órgãos de controle da legalidade por provocação dos cidadãos.

Integra-se à presente abordagem o *ombudsman*, possuidor de denominações diversas, executa um papel intermediário entre o cidadão e o Estado, com a principal função de acolher reclamações ou queixas dos cidadãos (individual ou coletivo) para posteriores encaminhamentos junto aos órgãos da Administração.

4.2 Informações Históricas Preliminares

Importante destacar que a origem dos órgãos de controle remonta ao século XIII a.C., no Código Indiano de Manu, na China Antiga com o órgão fiscalizador da administração financeira que averiguava a atividade estatal, incluindo a do próprio rei, mas foi na Grécia e Roma antigas quando a atividade fiscalizadora do Estado foi institucionalizada e que serviu de base para experiências posteriores; na Idade Média foram criados os *Chambres de Comptes* (França) e *Exchequer* (Inglaterra), órgãos de

¹⁹² Sobre o assunto cfr. Justen Filho:1208. Vale ressaltar que o assunto sobre o lugar de pertencimento do Tribunal de Contas no âmbito da estrutura dos poderes ainda demanda certa discussão: “no tocante à posição do órgão de controle, ele pode ser vinculado ao Judiciário, Executivo ou Legislativo, sendo esta última a mais encontrada. Contudo, a discussão acerca da posição do órgão controlador até hoje persiste, pois existem defensores para cada posição do referido órgão”. Nascimento, 2005:5. Tais afirmações podem ser facilmente observadas a partir dos dispositivos constitucionais, a exemplo do art. 92 que relaciona os órgãos do Poder Judiciário, não estando entre eles o Tribunal de Contas.

controle considerados os embriões mais delineados dos atuais tribunais de contas e controladorias¹⁹³.

As controladorias são mais presentes nos países anglo-saxônicos ou de influências anglo-saxônicas, formadas por um órgão monocrático indicado pelo Parlamento e adotam a principal função de analisar o mérito e a economicidade do ato administrativo; já as cortes de contas são características dos países latinos, com flagrante influência francesa do período napoleônico (1807), formação colegiada por membros detentores de garantias e impedimentos equivalentes aos magistrados do Poder Judiciário (juízes, desembargadores e ministros)¹⁹⁴.

Na Grécia Antiga eram eleitos dez tesoureiros da deusa Atenas e todos que faziam parte da administração deviam prestar contas da gestão e das finanças, as contas eram públicas e sujeitas à aprovação da assembleia, “gravava-se em pedra para permitir um exame perene dos cidadãos”¹⁹⁵. Importante destaque era dado ao cidadão, apesar de ser um cidadão restrito (não era todo o povo), cultivava-se o princípio democrático da publicidade com a divulgação de informações sobre as finanças públicas a uma parcela do povo que não participava dos governos.

Observa-se ao longo da história da organização do Estado uma crescente e paulatina inserção de órgãos de controle das finanças públicas em países democráticos para cuidar da *res publica* operada no interior da própria máquina estatal, diferente da fiscalização exercida por particulares ou instituições da sociedade civil que nasce de fora para dentro (Britto, 1992:1), e vem paulatinamente ocupando espaço, não somente no controle das finanças públicas, mas no controle da Administração Pública em geral.

A ideia de controle dos gastos públicos acompanha a evolução do Estado e da própria sociedade surgida dos primeiros grupos e comunidades, quando os governos, mediadores das relações entre os diversos mercados, passaram a criar regras com o objetivo de garantir a proteção do mercado e da comunidade, situação que evoluiu para a criação de impostos com o fundamento de suportar as despesas da administração dos

¹⁹³ Nascimento, Márcio Gondim do. *O controle da administração pública no estado de direito*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2023/O-controle-da-administracao-publica-no-Estado-de-Direito>. Acesso em 12.01.2015.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Silva, Artur Adolfo Cotias e. *O tribunal de contas da união na história do brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998)*. Disponível em: «<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/doc.PDF>». Acesso em 11.02.2015, p. 21.

negócios da comunidade e dos mercados envolvidos. As estruturas e necessidades tanto do Estado como das comunidades foram ampliadas no decorrer do tempo, e levaram à criação de organismos responsáveis por cuidar e prestar contas dos lançamentos e arrecadações de impostos¹⁹⁶.

Os impostos nem sempre foram bem aplicados em favor das comunidades que os suportavam (e os suportam), realidade gerada pela contradição de interesses entre o Estado e a sociedade ou má aplicação dos recursos públicos ou tantos outros problemas ainda presentes em nossos dias. São fatores justificadores da presença dos órgãos estatais de controle, aliados à interferência e o controle dos cidadãos sobre as finanças públicas e, conseqüentemente, as despesas geradas com as contratações públicas.

4.3 O Tribunal de Contas - Brasil

4.3.1 Breve histórico

No Período Colonial, após fracassados modelos de colonização, em 17 de dezembro de 1548 foi estabelecido o governo-geral no Brasil; no ano seguinte, buscando estabelecer e organizar a nova colônia portuguesa, instalou-se no novo território colonizado o primeiro governador-geral, Tomé de Sousa, juntamente com o provedor-mor responsável pela administração econômica e financeira e o ouvidor-geral encarregado da administração da justiça. Foram anos sucessivos de tentativas de organização e estruturação do futuro Brasil, marcados por muitos problemas na administração, inclusive na área do controle das finanças. A constatação da desorganização financeira aconteceu na administração do vice-rei Luís de Vasconcelos e Sousa (30/04/1778 a 09/05/1790) quando determinou a escrituração das finanças da Colônia e se notou o acúmulo de *deficits* desde 1761, ou seja, desde então já se gastava mais do que se arrecadava¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Silva, Artur Adolfo Cotias e. (1999) *O tribunal de contas da união na história do brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998)*. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058954>, p. 23.

Em 28 de junho de 1808 o então Príncipe Regente D. João VI criou o Erário Régio e Conselho de Fazenda, marcando a primeira diligência oficial em território nacional por um órgão dedicado ao controle das contas públicas¹⁹⁸; seguindo exemplo de seu pai D. João VI, o Príncipe Regente D. Pedro I cria em 1808 o Erário Régio e o Conselho da Fazenda para realizar o controle interno no Estado do Brasil do Reino Unido de Portugal e Algarves¹⁹⁹, formando-se assim um perfil mais próximo do atual Tribunal de Contas.

O órgão fiscalizador foi efetivamente criado por iniciativa de Rui Barbosa em 1890 (Decreto-lei 966-A, de 07.11.1890) quando assumiu o Ministério das Finanças no Governo Provisório. Passou a ter *status* constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1891, com as competências de liquidar as contas da receita e despesa, verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso (art. 89 das Disposições Gerais); era formado por membros de livre nomeação do Presidente da República com aprovação do Senado, competência hoje repartida com o Congresso Nacional. A constitucionalização do órgão foi inspirada no modelo da Constituição dos Estados Unidos da América. Apesar da urgente necessidade de criação do órgão para fiscalizar os gastos públicos, conforme menção no § 3º do art. 4º do Decreto-lei 966-A, de 07.11.1890, a Constituição Republicana de 1891 não se referiu ao julgamento das contas dos responsáveis, esta e outras situações somente foram indicadas em leis e regulamentos posteriores²⁰⁰.

Os trechos do Decreto histórico do século XIX demonstram a competência e as garantias de seus membros, não muito diferentes das instituídas atualmente:

¹⁹⁸ Nasciemnto, Márcio Gondim do. *O controle da administração pública no estado de direito*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2023/O-controle-da-administracao-publica-no-Estado-de-Direito>. Acesso em 12.01.2015.

¹⁹⁹ Vilaça, Marcos Vinícios. (1997) *Intinerário na corte*. Recife: Letras & Artes Editora Ltda.

²⁰⁰ Silva, Artur Adolfo Cotias e, 1999, p.37.

DECRETO Nº 966-A, DE 7 DE NOVEMBRO DE 1890

Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica.

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação.

Decreta:

Art. 1º E' instituido um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica. [...]

Art. 6º Compoem o Tribunal os funcionarios, a que se conferir voto deliberativo nas materias submettidas á competencia dessa corporação.

§ 1º Esses funcionarios serão nomeados por decreto do Presidente da Republica, sujeito á approvação do Senado, e gozarão das mesmas garantias de inamovibilidade que os membros do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Vagando logar entre os membros do Tribunal de Contas durante a ausencia das Camaras, o Presidente da Republica poderá preenchel-o, e o funcionario entrar em exercicio, ficando porém, a nomeação dependente sempre de annuencia do Senado, em sua primeira reunião.

No referido decreto de criação do órgão, formado apenas por 12 artigos, não há qualquer referência ao cidadão, quiçá enquanto cidadão participativo na Administração Pública; acreditava-se na exclusiva capacidade institucional de controle realizado somente pela estrutura administrativa do Estado.

Apesar dos critérios de escolha dos membros do Tribunal de Contas estar hoje fundamentado nas regras contidas no art. 73 da CRFB de 1988, desde a criação do órgão em 1890 o procedimento de escolha nasce de interesses e influências políticas, inclusive, muitas vezes sem observar as regras constitucionais, levando a nomeações sem isonomia

mas com ingredientes políticos diretamente incidentes na teórica independência do órgão, tal como ocorria no início da República²⁰¹.

4.3.2 O Tribunal de Contas da União

Em relação ao Tribunal de Contas brasileiro, tomar-se-á por base o Tribunal de Contas da União em face da competência em todo o território nacional, apesar dos demais (Estadual, Municipal e do Distrito Federal) gozarem das mesmas atribuições²⁰². No Brasil, atualmente, existem 26 (vinte e seis) tribunais de contas estaduais, 01 (um) Tribunal de Contas do Distrito Federal e 06 (seis) tribunais de contas municipais, além do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas, de acordo com a CRFB de 1988, é um órgão público, autônomo, sem personalidade jurídica, que emite decisões de caráter administrativo, não judicial e não legislativo, vez que não aparece nos artigos 44, 92 e 127 da Constituição

²⁰¹ É pertinente referir-se sobre o fato histórico ocorrido em 1893, logo após a implantação do Tribunal de Contas no Brasil, que retrata com clareza o contraditório da independência funcional com as manipulações governistas por interesses de poder: “O *vice-presidente* Floriano Peixoto determinou a seu ministro da Viação, Limpo de Abreu, que nomeasse um cidadão, Pedro Paulino da Fonseca, irmão de seu antecessor, o marechal Deodoro da Fonseca, pagando-lhe um conto de réis por mês. Findo o primeiro mês, Limpo de Abreu mandou que lhe pagassem o vencimento e o Tribunal de Contas, reputando o ato como ilegal, por ausência de dotação orçamentária, negou-lhe o registro, devolvendo o aviso ao ministro da Viação. O acontecimento, chegando ao conhecimento de Floriano Peixoto por despacho de Limpo de Abreu, desagradou profundamente ao *vice-presidente*, que comentou: “São coisas do meu amigo ministro da Fazenda, que criou um tribunal superior a mim. Precisamos reformá-lo.” Dito isso, mandou chamar seu ministro da Fazenda, Serzedello Corrêa, e o interpelou sobre se já havia no país quem mandasse mais do que ele, em alusão ao Tribunal. O ministro da Fazenda respondeu-lhe com tranqüilidade: “Não. Superior a V.Ex.^a, não. Quando V.Ex.^a está dentro da lei e da Constituição, o Tribunal cumpre as suas ordens. Quando V.Ex.^a está fora da lei e da Constituição, o Tribunal lhe é superior. Reformá-lo, não podemos. O meu colega não podia criar lugar para dar a Pedro Paulino. Só o Congresso poderia fazê-lo. Portanto, o que realizou foi ilegal.” Passados oito dias, Floriano, não satisfeito com a atitude, elaborou e enviou ao ministro da Fazenda minuta de decretos reformando o Tribunal, acompanhada de lacônico bilhete: “*Mande fazer e traga, que quero assinar amanhã*”. A reforma pretendida modificava, basicamente, o sistema de registro, impondo ao Tribunal a figura do registro sob protesto. Em famosa correspondência datada de 27 de abril de 1893, dirigida ao marechal Floriano Peixoto, Serzedello, em defesa do Tribunal, demitiu-se da pasta da Fazenda, citando o ministro da Itália e dizendo do Tribunal como “...um recurso que tinha eu contra os meus próprios erros.” E completou, ainda: “Esses decretos anulam o Tribunal de Contas, o reduzem a simples chancelaria do Ministério da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Governo a prática de todos os abusos e vós os sabeis — é preciso antes de tudo legislar para o futuro.” E arrematou, demitindo-se: “Pelo que venho de expor, não posso, pois, Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor.” SILVA, Artur Adolfo Cotias e. (1999) *O tribunal de contas da união na história do brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998)*. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058954>. Acesso em 11.02.2015, p. 47-48.

²⁰² “As regras da Constituição, embora expendidas a propósito da União, aplicam-se aos estados, Distrito Federal e municípios, fazendo-se as adaptações necessárias” (Justen Filho, 2014:1207).

Federal, dedicados à organização do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e às funções essenciais à justiça, respectivamente (Zimmer Júnior, 2009:641).

Convém frisar que apesar do art. 71 da CRFB atribuir ao Tribunal de Contas o caráter de órgão auxiliar do Poder Legislativo no Capítulo sobre a Organização do Poder Legislativo, não o insere em sua estrutura. As tarefas do TC, diversas das do Poder Legislativo, podem assim ser resumidas em: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, que em nada se assemelham às atividades legislativas; entre outras atribuições deve apresentar ao Poder Legislativo parecer de caráter opinativo sobre os balanços orçamentário, financeiro e patrimonial, podendo indicar recomendações ao poder público sem qualquer efeito vinculativo à decisão daquele poder. O parecer, embora opinativo, é pressuposto de legalidade no julgamento das contas públicas (Medauar, 2012:133)²⁰³.

A matéria do controle externo das contas públicas merece destaque no âmbito das contratações pelos relevantes gastos financeiros empenhados na contratação de terceiros com o objetivo de cumprir as ações e programas de governo, que estão sob a fiscalização do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas. Há uma partilha de atribuições entre o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas para realizar o controle externo (processo de fiscalização) dos atos praticados pela Administração Pública, sem qualquer poder hierárquico entre eles. O Tribunal de Contas atua em regime de colaboração e não de subordinação; é órgão auxiliar.

A Constituição da República Federativa do Brasil define o papel do Tribunal de Contas da União enquanto órgão auxiliar do Congresso Nacional: apreciar e julgar as contas dos órgãos e entidades pertencentes à estrutura da Administração Pública federal (direta e indireta) e quaisquer outros órgãos dos estados, do Distrito Federal ou do município que recebam repasses voluntários da União (por convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres); aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis por ilegalidade (controle da legalidade) de despesas (controle financeiro) ou irregularidades de contas e aplicações de multas aos responsáveis na proporção do dano causado ao erário; prestar informações contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial,

²⁰³ Cfr. nesse sentido ADI 261/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, pub. D.O.U 21.03.2003.

além das relativas às auditorias e inspeções realizadas, quando solicitadas pelo Congresso Nacional; entre outras atribuições de caráter relevante nos termos do art. 71.

A eficácia e eficiência do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas é matéria de discordância entre alguns doutrinadores. Gordillo (1981:97) considera, por diversas razões, um controle inapto para mudar a realidade marcada por um sistema que prioriza o formal em detrimento da eficácia²⁰⁴, prioriza ainda o interesse político em detrimento do interesse público.

A hodierna realidade dos tribunais de contas do Brasil traz à tona discussões em torno do cumprimento do papel fiscalizador do órgão, em razão do caráter político atribuído à eleição de seus ministros (conselheiros, no caso dos tribunais de contas estaduais e municipais), apesar dos critérios estabelecidos no art. 73, §1º, por exemplo, o de “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública” (III). Os requisitos de qualificação devem ser conferidos na sabatina realizada em sessão plenária no Senado (no caso dos tribunais de contas estaduais e municipais, nas respectivas casas legislativas), mas o conteúdo de caráter subjetivo pode levar a escolhas inadequadas, baseadas em critérios de interesse partidário, que podem suprimir o *munus público*, seja pelo não atendimento dos requisitos contidos no texto constitucional ou mesmo por outros fatores alheios ao interesse público²⁰⁵.

A insatisfação sobre os tribunais de contas brasileiros motivou a Proposta de Emenda à Constituição - PEC 329/2013 (ainda em tramitação) com o fim de alterar a forma de composição dos tribunais de contas, baseada predominantemente em nomeações por critérios políticos. Os critérios políticos têm vigorado em detrimento do princípio administrativo da isonomia e dos próprios critérios mínimos de qualificação exigidos pela norma, indispensáveis ao acesso à carreira, mesmo sem o democrático acesso por

²⁰⁴ Em sentido contrário cfr. França, 2008:86; Meirelles, 1998:575; Di Pietro, 2001:601.

²⁰⁵ “Atualmente, 25% dos membros dos tribunais de contas estaduais não possuem a formação adequada para exercer a função, e cerca de 15% dos conselheiros do país são investigados por crimes ou atos de improbidade. Na opinião do presidente do Tribunal de Contas do Município, Thiers Montebello, os órgãos não estão imunes à corrupção. Para ele, cabe aos parlamentares e aos membros do Poder Executivo analisar se a pessoa que deseja ocupar a vaga preenche os requisitos da Constituição. “Se indicar mal, não vai ter jeito. Todos os indicados são sabatinados. Se essa sabatina é feita com rigor, é outra coisa”, admite. “Se botar um cara que não é sério, ele não vai ser sério em nenhum lugar.” Disponível em www.controleexterno.org/?secao=noticias&visualizar_noticia=347. Acesso em 15.01.2014; cfr. também em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/administracao-publica/461605-pec-muda-funcionamento-dos-tribunais-de-contas-e-estabelece-concurso-para-a-carreira.html>, acesso e, 15.01.14.

concurso público de provas e títulos, constitucionalmente previsto como regra e não exceção²⁰⁶.

A estrutura administrativa brasileira, conforme dito, comporta tribunais de contas da União (instituição única com competência em todo o território brasileiro), dos estados, dos municípios e do Distrito Federal; considerando a mesma função de controlar as contas públicas atribuída a todos, adota-se, para efeito de análise da forma de interferência do cidadão através do órgão, o Tribunal de Contas da União como o paradigma da análise pretendida, em face da jurisdição em todo o território nacional e por atuar sobre no controle das contas públicas em relação aos recursos federais, inclusive os repasses voluntários recebidos por aqueles que não pertencem à estrutura administrativa da União, implicando muitas vezes atuar sobre órgãos e entidades estaduais e municipais.

Antes de expor sobre os instrumentos de intervenção do cidadão através do Tribunal de Contas da União, vale ressaltar a competência não restrita à função exclusivamente técnica. Uma inspeção ou auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial realizada num determinado órgão deve observar os dados integrados com outras fontes para obter uma análise coerente e uma gestão financeira eficiente, ou seja, não somente focada na “legalidade técnica”. Lúcia Valle Figueiredo (2008:357), consoante disposição contida no inciso II do art. 74 da CRFB²⁰⁷, observa que para se avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial quanto à eficiência e eficácia, é indiscutivelmente necessário vê-los sob o prisma da adequação (coerência), da razoabilidade. Não é somente uma questão de observar o gasto público em si, mas os motivos e condições envolvidos no empenho da despesa.

Ao analisar as despesas com contratos formalizados com terceiros, a legalidade dos valores (dinheiro público) empenhados deve estar em consonância com os fatores

²⁰⁶ CRFB – Art. 37 A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (sem grifo no original)

²⁰⁷ Art. 74. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; [...]. Apesar de não constar literalmente a competência do Tribunal de Contas no art. 74, dedicado à forma de análise dos resultados, supõe-se ser-lhe atribuído de igual modo, em consonância com as atribuições descritas no art. 71.

motivadores da contratação, permitindo identificar os pressupostos da contratação e assim proteger o interesse público, o que pode restar prejudicado se o método de análise for estritamente técnico. A boa administração financeira deve “[...] receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e prontamente oferecer respostas aptas à satisfação das necessidades que se apresentam no cenário social” (Oliveira, 2007, p. 1).

Se a legalidade, a legitimidade e a economicidade são critérios definidores do limite do poder discricionário da autoridade pública, tais critérios podem ser avaliados pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas. Um exemplo pode ajudar a compreender melhor as competências mencionadas, muito além das meras características formais de legalidade: a publicação de um edital (ato convocatório) para a compra de vacinas em quantidade muito superior à população da localidade, considerando ainda a curta validade do produto, demonstra uma inadequação do ato de publicação por não ser legítimo, nem econômico, e conseqüentemente ilegal. Os aspectos de legalidade de um determinado ato não se restringem a adequação às normas, inclui, na verdade, todos os fatores envolvidos na formalização daquele ato.

O princípio da economicidade também orienta a análise do custo-benefício e contribui para uma melhor compreensão dos fatores motivadores da decisão de contratar, aparentemente subjetiva porque deriva de um ato discricionário, mas na verdade é um ato vinculado a fatores bem objetivos, nomeadamente, no exemplo apontado, a relação entre o número populacional beneficiário das vacinas e o prazo de validade do produto. A razoabilidade e a coerência são imprescindíveis nas decisões administrativas para se evitar prejuízos ao erário (Zimmer Júnior, 2009:643). A economicidade está presente em diversos ângulos da eficiência econômica e indica a mais adequada e eficiente forma de utilização dos recursos públicos, sob o prisma do menor gasto e alcance do interesse público, fatos que limitam a liberdade discricionária (Justen Filho, 2011:1123).

Quanto à atividade controlada inclui a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; quanto aos aspectos controlados estão o controle da legalidade e legitimidade dos atos, da economicidade da despesa, da atuação do agente da administração (ordenador de despesa), além do controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas; quanto às pessoas controladas estão a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e as entidades da administração direta e indireta

(Di Pietro, 2001:601). O controle (interno e externo) realizado pelos órgãos públicos sobre os atos da Administração Pública, apesar de deficiente, tem relevante papel no alcance do interesse público por dirimir os erros na execução dos deveres consignados nas normas; nesse contexto o cidadão pode contribuir para melhorar o controle, seja direta ou indiretamente.

Convém salientar que o controle realizado pelo Tribunal de Contas tem sido muito mais *a posteriori*, ou seja, após a realização da despesa, apesar do art. 1º da Lei nº 8.343/92 atribuir a capacidade de proceder, por iniciativa própria ou motivada, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; acompanhar e apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; decidir sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas nas fiscalizações. As previsões exemplificativas confirmam a competência do órgão para atuar também de forma preventiva, que reflete direta ou indiretamente no alcance do interesse público.

4.3.3 A Atuação do Cidadão por Provocação do Tribunal de Contas

As atribuições constitucionais do Tribunal de Contas foram ampliadas com a Constituição de 1988, e compreendem as funções de fiscalização financeira, de consulta, de informação, de julgamento, sancionatórias, corretivas e de ouvidor (Di Pietro, 2001:602). Observa-se, portanto, uma grande área de atuação do órgão controlador, estando claramente inclusos os controles de mérito e de legalidade da despesa. A ampla atuação do órgão positivada normativamente fornece segurança jurídica ao cidadão quando decidir por requisitar ao Tribunal de Contas, por exemplo, a averiguação de supostas práticas de ilegalidade em procedimentos de licitação, com base no art. 113 da Lei 8.666/93.

Infelizmente, o órgão controlador tem perdido espaço e credibilidade perante a sociedade em virtude de dois fatores principais: a) no que diz respeito à abertura democrática, pois não oferece uma verdadeira interação com a sociedade (Paiva et. al., 2006:147); se restringe, em alguns casos, a determinar uma sala denominada “espaço do cidadão”, além de não promover ou promover com pouca intensidade atividades dedicadas ao esclarecimento dos cidadãos e das entidades civis representativas, sobre as

possíveis formas de controle; b) o marcante caráter político partidário atribuído às escolhas dos ministros da Corte (conselheiros nos estados, nos municípios e no Distrito Federal), quando os critérios constitucionais dão lugar aos políticos (Silva, 2008:758). A influência política se perpetua no resultado da própria atividade fiscalizadora do órgão como reflexo natural dos interesses políticos partidários envolvidos e que se ligam ao novo membro, gerando descrédito à atividade de controle.

A breve explanação acerca do órgão fiscalizador tem por principal objetivo demonstrar a amplitude de sua competência, mas também reforçar a importância do controle da Administração Pública pelos cidadãos, vez que as instituições públicas incumbidas constitucionalmente de tal tarefa apresentam fracassos que põem em risco o interesse público. Paulo Bonavides (1996:18) ao comentar sobre a crise da democracia no contexto brasileiro ressalta que a falta de ética nas relações públicas de governo conduz à descrença e à desmobilização do povo.

Quando o cidadão busca os órgãos públicos de controle com o objetivo de discutir a legalidade de atos discricionários com o fim de preservar o interesse público, deve-se ter o cuidado de observar aquele que melhor realiza a finalidade da lei e, se as medidas concretas são válidas e eficazes para sua realização (Bucci, 2002:276). Logo, uma interpretação hermenêutica, ou seja, equilibrada dos princípios jurídicos envolvidos, evita-se enfatizar-se um em detrimento do outro, especialmente o excesso na aplicação da legalidade pura e simples.. Afinal, “o órgão administrativo está obrigado a escolher a melhor solução para a realização do interesse público de acordo com os princípios jurídicos de atuação” (Andrade, 2003:374).

Outros fatores e iniciativas contribuem de forma global no alcance do interesse público. A relação Estado e sociedade menos burocrática e mais aberta ao cidadão pode reduzir a crescente judicialização da resolução de conflitos, inclusive em razão dos atos discricionários que vem ocupando espaço no judiciário brasileiro. Inclusive, uma das políticas de desjudicialização dos litígios reside na criação de espaços de cidadania onde o cidadão possa trazer contribuições de melhoria e soluções, evitando-se ações judiciais que nem sempre resultam na proteção do interesse público.

O licitante, o contratado e a pessoa física ou jurídica podem fazer representação perante o Tribunal de Contas ou aos órgãos de controle interno por motivos de irregularidade no tocante às despesas decorrentes dos contratos ou quaisquer outros

instrumentos regidos pela Lei de Licitações (§ 1º do art. 113 da Lei 8.666/93). Convém frisar que as matérias motivadoras das representações perante o TCU limitam-se às competências do órgão, conforme previsões no art. 71 da CRFB. A representação perante o TCU é um exemplo de interferência (controle) indireto do cidadão sem a necessidade de ação perante o judiciário.

O cidadão, o partido político, a associação e o sindicato possuem legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas, assim está previsto no § 2º do art. 74 da CRFB. Em consonância com a garantia retro, o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União ratifica as legitimidades do cidadão, do partido político, da associação e do sindicato para realizarem, através desse órgão, o controle externo da atividade da AP (art. 234), incluídos os atos praticados em procedimentos de contratação.

O denunciante poderá encaminhar o documento por qualquer meio eletrônico disponível em caso de urgência, devendo remeter o original no prazo de dez dias, a contar da confirmação do envio; no caso de o documento conter os requisitos de admissibilidade previstos no regulamento, os fatos serão apurados em sigilo para averiguação da procedência da denúncia, que após confirmados passam a ser públicos; somente poderá ser arquivada a denúncia, mediante despacho fundamentado do relator, após a realização das diligências adequadas e se os fatos alegados não forem confirmados (art. 234). Em face da obrigação de resguardar direitos e garantias individuais dos denunciantes poderá ser dado tratamento sigiloso às denúncias formuladas até decisão definitiva sobre a matéria, salvo se houver expressa e pertinente manifestação contrária (art. 236, §1º). É de bom alvitre ressaltar que a denúncia dirigida ao Tribunal de Contas da União deve relatar fatos e atos promovidos por administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição²⁰⁸.

²⁰⁸ Regulamento Interno do Tribunal de Contas da União - Art. 4º - O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência. - Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: I – qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária; II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; III – os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas com recursos da União; IV – os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que, de qualquer modo, venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade federal; V – os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço

A denúncia deve ser redigida em linguagem clara e objetiva, acompanhada dos documentos, provas e demais informações necessárias²⁰⁹; se o denunciante tiver dificuldade em juntar documentos comprobatórios por estarem sob a guarda do denunciado que se nega a entregá-los, o denunciante, devidamente identificado e qualificado, deve indicar as razões de não os ter anexado e solicitar ao órgão controlador que os requisite, embasado no direito de acesso aos documentos públicos (art. 7º da Lei 12.527/11) e no princípio da publicidade (art. 37 da CRFB).

A recusa da Administração em fornecer documentos ou informações públicas enseja o mandado de segurança contra a autoridade que negar a entrega do documento ou o fornecimento da informação solicitada; se o cidadão optar por realizar a denúncia de irregularidade e ilegalidade perante o Tribunal de Contas, caberá ao órgão promover as diligências necessárias para averiguar os fatos alegados, podendo solicitar documentos e informações.

A competência do órgão controlador de decidir sobre a denúncia apresentada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é ratificada no art. 1º, inciso XXIV de seu Regimento Interno em alusão, *ipsis litteris*, à previsão contida no art. 1º, inciso XXV da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). Define a referida norma interna mais especificamente sobre as contratações públicas, ao atribuir a competência de decidir sobre as representações relativas às licitações e aos contratos administrativos (art. 1º, XXVI); é uma decisão de competência originária do Plenário da Corte (art. 15, I, “p” do Regimento Interno).

de interesse público ou social; VII – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei; VIII – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal, a município, e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada; IX – os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal; X – os representantes da União ou do poder público federal na assembleia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital as referidas pessoas jurídicas participem, solidariamente com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/regimentos/regimento.pdf>. Acesso em 21.01.2015.

²⁰⁹ “Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade” (TC- AC-1686-25/12, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).

Destacam-se alhures as competências do TCU para averiguar as denúncias e reclamações apresentadas por cidadãos ou entidades referidas sobre os atos da AP, em matérias de sua competência. É salutar observar os limites da competência do TCU em matéria contratual administrativa de acordo com a Constituição Federal e leis ordinárias, a saber a Lei nº 8.666/93 (art. 113) e na Lei nº 8.443/92 (art. 1º).

O poder de averiguação do Tribunal de Contas não inclui a competência normativa legiferante²¹⁰ e suas instruções não podem ser consideradas vinculantes ou de cumprimento obrigatório, considerando seu caráter apenas auxiliar do Poder Legislativo, sem possibilidade de legislar, inclusive porque não é composto por representantes do povo, nem tampouco seus membros possuem competência jurisdicional (Justen Filho, 2014:1216).

Quando o cidadão procura o TCU na expectativa de averiguar algum tipo de irregularidade e/ou ilegalidade num determinado procedimento de contratação pública, por exemplo, pretende ter uma resposta eficiente, sem minúcias burocráticas e influências políticas²¹¹, com ações voltadas à correta investigação dos fatos e solução dos problemas apontados. As leis ordinárias e o regulamento interno garantem ao cidadão o direito de ter a resposta às denúncias e reclamações pelo TCU, consoante às garantias anteriormente apontadas e devem seguir determinada formalidade para serem averiguadas e não arquivadas. As formalidades, apesar de necessárias, não podem superar o objetivo de

²¹⁰A Súmula 347 do STF reconhecia a competência do Tribunal de Contas para apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, entendimento superado pelo próprio STF demonstrado quando suspendeu os efeitos da decisão do TCU que reconhecia a inconstitucionalidade do regulamento federal que consagra o regime licitatório e contratual da Petrobras. Sobre o assunto cfr. Justen Filho, 2014:1217.

²¹¹ Odete Medauar confirma a presença de influência política na atuação do Tribunal de Contas: “Muitas vezes os pareceres técnicos apontam sérias ilegalidades e são rejeitados por razões políticas, sobretudo pela força da maioria governista” (Medauar, 2012:134). Vale destacar notícia veiculada recentemente pela imprensa sobre práticas dessa natureza: “A nomeação e a posse da médica e ex-deputada Angélica Guimarães Marinho (PSC) no cargo de conselheira do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE), que aconteceu nesta semana, é vista nacionalmente como mais um exemplo do casuismo político que predomina nos processos de escolha dos integrantes das Cortes de Contas, mostrando que eles precisam passar por uma revisão profunda.[...] a Ampcon impetrou uma representação junto ao Ministério Público Federal em Sergipe (MPF/SE), pedindo a abertura de uma ação na Justiça para anular os atos administrativos que resultaram na eleição e na nomeação da então presidente da Assembleia Legislativa (Alese).” Disponível em <http://www.jornaldodiase.com.br/noticias_ler.php?id=14591>. Acesso em 28.01.2015. O acontecimento relatado demonstra exatamente o atual quadro dos Tribunais de Contas, que exige reformulação urgente. Enquanto isto não acontece é imprescindível a participação fiscalizadora do cidadão e dos demais órgãos institucionais de controle.

evitar-se o prejuízo ao erário quando o cidadão, partido político, associação ou sindicato denuncia irregularidades e ilegalidades em procedimento de contratação.

O regimento interno determina que a denúncia seja redigida em linguagem clara e objetiva, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, os indícios da irregularidade ou ilegalidade denunciada (art. 235). O excesso de formalismo da norma permite o relator ou o Tribunal não receber a denúncia sem as referidas exigências, podendo arquivar o processo após comunicação ao denunciante (parágrafo único do art. 235); o formalismo é confirmado em detrimento do objetivo maior de proteger o interesse público quando a denúncia é arquivada por irregularidades na qualificação do denunciante; a falha pode ser suprida e o fator mais importante é descartado.

A provocação do TCU pelo cidadão, associação ou sindicato, representa um modo democrático de participação e controle, dentro dos limites das competências funcionais do órgão, autorizada pelo ordenamento jurídico. Convém, contudo, refletir se este modo de atuação contribui na prática para o controle das contratações públicas, mesmo quando a “coragem” do cidadão pode ser neutralizada por formalismos desmedidos. Não é a garantia atribuída ao cidadão que possibilitará o órgão averiguar a situação de forma eficiente. O modo como serão realizados os atos pelo órgão é decisivo, por vezes repletos de formalismo, burocracia e prazos regulamentares dilatados que põem em risco a garantia do cidadão e a possibilidade de se obstar uma possível ilegalidade.

Dificuldades colocadas pela própria Administração podem ser motivo de ações judiciais, mas inadequado, pois leva ao desuso de um direito de controle indireto e administrativo pelo cidadão. Outro fato que pode incidir na ineficiência é a influência política sobre o órgão fiscalizador e no órgão, ou seja, de fora para dentro e dentro dele mesmo. É um fator muito presente na realidade brasileira prejudicial ao direito de participação e de controle, que alia-se a outros problemas como a má gestão, servidores e material insuficientes para a consecução das diligências no tempo e condições necessárias, por exemplo. Se o Tribunal de Contas tem o dever de fiscalizar os atos que resultem receitas ou despesas para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas (art. 249 do Regulamento Interno do Tribunal de Contas da União - RITCU), as denúncias apresentadas pelos cidadãos sobre possíveis irregularidades em atos de procedimentos de contratação contribuem na tarefa do órgão controlador e reforçam a democracia participativa. Infelizmente, os problemas existem e não podem ser

esquecidos, e perpassam por deficiências de ordens estrutural, operacional e legal, que representam risco ao exercício do direito de o cidadão usar o órgão como instrumento de intervenção indireta.

Ainda que se confirmem iniciativas positivas no sentido de capacitar técnicos e auditores, de implantar programas de qualidade como ISO 9000 adotado no Tribunal de Contas do Município de São Paulo; falha o órgão na abertura democrática sem o devido espaço de interação com a sociedade (Paiva et al, 2006:147). O prejuízo não está somente no espaço dedicado a aproximar a sociedade, mas apresenta-se sobre toda a atuação do órgão nas tarefas impostas legalmente, principalmente pela notória intervenção política constatada nas análises das contas. Aponte-se ainda que o desempenho de toda a função administrativa estatal pressupõe um sistema de controle dos atos praticados que, conseqüentemente, requisita uma estrutura interna preparada para tal missão (Zimmer Júnior, 2009:622) e, quando ele é impossibilitado, seja pelo órgão ou pelo cidadão, o interesse público fica vulnerável.

A Administração Pública federal brasileira afirma em cartilha elaborada pela Controladoria-Geral da União²¹² que o controle social realizado com a participação do cidadão na gestão pública é um mecanismo de prevenção da corrupção, além de funcionar como auxiliar indispensável ao controle exercido pelos órgãos fiscalizadores, considerando a extensão territorial do Brasil (CGU, 2012:9)²¹³. Conclui-se que para existir controle social é preciso efetividade da transparência das ações governamentais, por exemplo, com a publicação de informações relevantes á população de forma simplificada, a criação de espaços para a participação popular, a efetivação de canais de comunicação e de diálogo entre a sociedade civil e os governantes, a modernização dos

²¹² “A CGU está estruturada em quatro unidades finalísticas, que atuam de forma articulada, em ações organizadas entre si: Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), Corregedoria-Geral da União (CRG) e Ouvidoria-Geral da União (OGU).” Disponível em <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/competencias>. Acesso em 28.01.2015. Vale transcrever as competências dos órgãos detalhada no art. 1º, do anexo I do Decreto 8.109 de 17.09.2013: “A Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal e integrante da estrutura da Presidência da República, dirigida pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, tem como competência assistir direta e imediatamente o Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências, no âmbito do Poder Executivo federal, relativos a: I - defesa do patrimônio público; II - controle interno; III - auditoria pública; IV - correição; V - prevenção e combate à corrupção; VI - atividades de ouvidoria; e VII - incremento da transparência da gestão. Portanto, é um órgão de caráter administrativo pertencente à estrutura do Poder Executivo. Convém salientar que os estados e municípios brasileiros podem ter suas próprias controladorias.

²¹³ Cfr. em «<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/competencias>». Acesso em 28.01.2015.

procedimentos administrativos, etc; é uma responsabilidade partilhada entre o Estado e a sociedade civil para o alcance da transparência, pois compreende uma via de mão dupla: o governo leva a informação à sociedade que por sua vez busca a informação (CGU, 2012:27). Esta assertiva não procede à luz do direito porque, de acordo com a Constituição e as leis infraconstitucionais, o Estado é obrigado a informar, independentemente de solicitação e, o exercício de cidadania, ou seja, o cidadão ter a consciência da garantia de acesso à informação, depende de um esforço estatal de educação para a cidadania.

Não se pode negar a importância de participação dos cidadãos no controle da atividade administrativa (controle social) realizada por livre vontade e iniciativa, fundamentada na Constituição e nas normas em geral. Ao contrário, o Estado tem o dever de atuar com eficiência através de seus órgãos e entidades, expondo com clareza as informações determinadas no ordenamento jurídico e outras quaisquer de interesse da coletividade, excluídas apenas as de caráter sigiloso, conforme definição na lei de acesso à informação pública (Lei nº 12.527/2011). Excetuada a publicidade de informações sigilosas, os atos e fatos da administração de interesse da coletividade devem ser conhecidos pela sociedade. É imposição fundamentada nos princípios da publicidade, da participação e da eficiência abordados no capítulo anterior.

4.4 O Tribunal de Contas das Comunidades Europeias

O Tribunal de Contas Europeu foi criado a partir do Tratado de Bruxelas de 22.07.1975, vindo a funcionar somente em outubro do mesmo ano, elevado à categoria de Instituição em 01.11.1993 com o Tratado de Maastricht. É órgão dotado de independência, responsável por fiscalizar e examinar as contas (receitas e despesas) da União Europeia, missão anteriormente dedicada a uma comissão de controle, para o orçamento geral, e a um revisor de contas, para a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. A independência e autonomia abrangem o poder de decidir livremente sobre a organização de seus trabalhos e programação das auditorias (Pereira, 1999a:9-10). Convém frisar que cabe a ele examinar as contas de qualquer órgão ou organismo criado pela União Europeia.

A independência da instituição é marcada por fatores necessários à sua consecução, como os critérios de escolha de seus quinze membros entre pessoas dotadas

de conhecimentos ou experiências na área de fiscalização, insubordinação perante qualquer Governo ou entidade, além de não ser permitido a seus membros exercerem outra atividade profissional, remunerada ou não (Pereira, 1999a:10-11).

4.4.1 Formação

O Tribunal de Contas Europeu está organizado em cinco câmaras, quatro delas responsáveis pela auditoria das despesas e receitas da UE e uma (CEAD - *Coordination, Evaluation, Assurance and Development*) pela coordenação, avaliação, confiabilidade e desenvolvimento; possui vinte e oito membros que se reúnem em Colégio duas vezes por mês, observando especialmente os relatórios anuais do orçamento geral da UE e dos Fundos Europeus de Desenvolvimento. Atualmente possui um quadro funcional composto por 900 (novecentos) servidores efetivos, entre auditores, tradutores (23 línguas oficiais) e administrativos, entre cidadãos de todos os Estados-membros²¹⁴.

O Tribunal de Contas Europeu é composto por um representante de cada Estado-Membro, nomeado para um período de seis anos de mandato, e após consulta ao Parlamento Europeu o Conselho aprova a lista dos membros; o presidente é eleito pelos membros para um mandato de três anos, permitida uma recondução (arts. 285º e 286º do TFUE). Todos os membros assumem solenemente, no ato de posse, o compromisso de respeitar, durante e depois o exercício de suas funções, os deveres de honestidade e discrição. Nos casos de demissão voluntária ou compulsória, as funções dos membros cessam individualmente por declaração do Tribunal de Justiça (art. 286º do TFUE).

A grandiosa estrutura da instituição tem como principal objetivo garantir ao contribuinte a correta gerência do dinheiro da União, papel indispensável se considerado o aumento cada vez maior de políticas que implicam gastos públicos. Aliado a obrigação de prestar contas à sociedade está também o caráter cooperativo do Tribunal às instituições de fiscalização nacional dos Estados-Membros quando participa fraudes, erros e irregularidades²¹⁵.

Os gastos financeiros realizados por órgãos do União Europeia ou dos Estados-Membros com recursos da EU na aquisição de bens e serviços estão sob a fiscalização do

²¹⁴ Cfr. em «<http://www.eca.europa.eu/pt/Pages/Structure.aspx>» Acesso 15.02.2015.

²¹⁵ Pereira, 1999a:14.

Tribunal de Contas da União Europeia - TCUE para garantir a legalidade e regularidade das receitas e despesas e a boa gestão financeira (art. 287º/2 TFUE). Tem o cidadão o direito de apresentar ao TCU petição para reclamar direitos e garantias sobre questões intrínsecas às matérias de sua competência (art. 24º do TFUE c/c o art. 13º do Tratado da União Europeia - TUE). O ordenamento jurídico da EU não valoriza a intervenção do cidadão no controle das contratações públicas por meio do órgão auditor, restando ao cidadão, se assim desejar, intervir com base no direito de petição.

4.5 O Tribunal de Contas Português

4.5.1 Breve histórico

No princípio do século XIII havia uma contabilidade pública rudimentar registrada nos livros de *Recabedo Regin*, mas foi somente na segunda metade do mesmo século, no reinado de D. Dinis, quando consolidou-se a primeira iniciativa de órgão público dedicado à fiscalização das contas do Estado; eram os Vedores da Fazenda (1370) os responsáveis pelo patrimônio Real e da Fazenda Pública; a Casa dos Contos, instituída no reinado de D. João I, estava inicialmente dividida na Casa dos Contos de Lisboa e na Casa dos Contos del Rei. O mais antigo Regimento dos Contos data de 1389; era através dele que o governo central utilizava os meios de coação para tentar organizar a administração; outros regimentos surgiram em 1419 e 1434 (D. Duarte); em 1560 unificou-se a contabilidade pública ficando os Contos de Lisboa ligados aos Contos do Reino e Casa, e posteriormente passou a abrigar dois tribunais: a Casa dos Contos e o Tribunal da Junta. Séculos mais tarde um terremoto (1755), seguido de um incêndio, destruiu o prédio onde funcionavam os Contos, tragédias que prejudicaram o funcionamento do órgão, extinto e substituído pelo Erário Régio (1761) que presidido pelo Inspetor-Geral do Tesouro. Seguindo às inovações, em 1832, com o advento da Monarquia Constitucional, o Erário Régio deu lugar ao Tribunal do Tesouro Público, quando, em ratificação à Constituição de 1822 e à Carta Constitucional de 1826, institucionalizou-se pela primeira vez a obrigação de divulgação das contas e receitas públicas, determinando ao Ministro e Secretário de Estado da Fazenda apresentar anualmente, à Câmara de Deputados, um balanço das receitas e despesas do ano anterior

e o orçamento para o ano seguinte; em 1844 foi extinto e deu lugar ao Conselho Fiscal de Contas²¹⁶.

Após sucessivas tentativas para a estruturação do órgão capaz de fiscalizar as despesas e receitas públicas de forma sistemática, em 10 de novembro de 1849 foi criado o Tribunal de Contas português, substituído posteriormente pelo Conselho Superior da Administração Financeira do Estado (CSAFE), com a implantação da República em abril de 1911. O CSAFE não logrou êxito, e o insucesso o levou à substituição pelo Conselho Superior de Finanças em 1919, extinto na sequência da instauração da ditadura militar; o Tribunal de Contas foi reposto com a publicação do Decreto nº 18962, de 25 de outubro de 1930, mas somente efetivamente reestruturado (composto por um presidente e oito vogais) a partir da publicação do Decreto 22.257, de 25 de fevereiro em 1933 (COSTA, 2014: 102-103).

As breves informações históricas demonstram o percurso do Tribunal de Contas português, destacando-se as insistentes iniciativas para esse fim ao longo de séculos com o objetivo de ter um órgão capaz de controlar as despesas e receitas públicas, mas sem a preocupação de prestar contas (informar) aos cidadãos, principalmente nos períodos anteriores à República.

4.5.2 Estrutura e Competências Atuais

A Assembleia da República e o Tribunal de Contas são responsáveis por fiscalizar a execução do orçamento público, tendo este último, entre outras funções, a responsabilidade de emitir parecer sobre a Conta Geral do Estado que fundamenta a avaliação do parlamento para sua posterior aprovação ou rejeição (art. 107º da CRP).

O Tribunal de Contas português tem competência jurisdicional²¹⁷, diferentemente do brasileiro que curiosamente não pertence a qualquer Poder, apesar de ambos, igualmente, possuírem funções relacionadas com o controle externo das contas e orçamentos públicos.

²¹⁶ Cfr. Casa dos Contos em Disponível em «<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/historia/tc1389-1761.shtm>» Acesso em 13.02.2015.

²¹⁷ No Brasil, conforme visto, o Tribunal de Contas não pertence ao Poder Judiciário; é considerado um órgão independente, auxiliar do Poder Legislativo, sem função legiferante.

A inserção funcional e organizacional do Tribunal de Contas nos tribunais o afasta de modelos anteriores experimentados pelo Estado português quando o órgão pertencia à organização do Governo (Executivo) ou do Parlamento. A independência pessoal e a material são características da atual conjuntura em face das peculiares constitucionais do controle financeiro, fator que o coloca em articulação com outros órgãos de soberania, também pertinentes ao controle formal da legalidade (retrata uma atividade jurisdicional de menor impacto) e ao controle material da boa gestão (Canotilho; Moreira, 2014:574).

A independência pessoal inclui a inamovibilidade, insubstituibilidade e inviolabilidade própria dos magistrados judiciais, exceto quanto à vitaliciedade ou carreira; outro fator característico da independência material do órgão deriva de sua estrutura não hierárquica com subordinação restrita à lei e na liberdade de escolha e seleção do objeto de controle. Outro detalhe a se ressaltar é a posição jurídico-constitucional que o exclui de uma tarefa meramente auxiliar (Canotilho e Moreira, 2014:574-575), diferentemente da competência do Tribunal de Contas do Brasil, auxiliar do poder legislativo.

O Tribunal de Contas é composto na sede pelo presidente e mais 16 juízes, distribuídos em três sessões especializadas (1ª secção – encarregada da fiscalização prévia e às vezes concomitante; 2ª secção - da fiscalização concomitante e sucessiva e a 3ª secção - encarregada do julgamento dos processos de efetivação de responsabilidades e de multas); tem sede em Lisboa e possui uma estrutura descentralizada dividida em secções regionais (Região Autónoma dos Açores e Região Autónoma da Madeira). O presidente do órgão é nomeado (mandato com duração de quatro anos) e exonerado pelo Presidente da República (art. 133º CRP).

É o órgão supremo responsável pela fiscalização da legalidade e regularidade das despesas e receitas públicas, do julgamento das contas definidas em lei, aprecia a boa gestão financeira, tem a incumbência de formalizar parecer da Conta Geral do Estado e das Regiões Autônomas, responsabilizar os infratores que infringirem a legalidade no âmbito das finanças públicas, entre outras competências definidas em lei (art. 214º da CRP).

Interessante observar a solução consagrada na LOPTC quando há conflito de jurisdição com o Supremo Tribunal Administrativo: o Tribunal dos Conflitos, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e constituído por dois juízes de cada um dos tribunais, tem a obrigação legal de dirimir o respectivo conflito, conforme previsão

no art. 1º da Lei 98/97, de 26 de agosto, e posteriores alterações (LOPTC). Esta previsão leva a uma reflexão salutar e relação à efetividade da prestação funcional.

A resolução da conflituosidade é necessária e inevitável. Contudo, os atos processuais até a decisão final, nos moldes previstos atualmente, levam ao protelamento do litígio original. Uma iniciativa legislativa no sentido de alterar os trâmites atuais pode contribuir para dirimir as delongas e possíveis prejuízos ao interesse público. Sugere-se que o próprio Tribunal, onde se processa a demanda, deva de ofício julgar-se incompetente (em decisão fundamentada do relator) e remeter os autos ao outro Tribunal o qual julga competente para decidir sobre a matéria. No caso de este Tribunal também entender-se incompetente, deve encaminhar os autos para decisão do Tribunal dos Conflitos, somente nesse caso.

A sugestão apresentada pode aparentemente ter longo percurso até ao julgamento da conflituosidade, mas não se considerada a possibilidade de a decisão emitida pelo Tribunal que se julgou incompetente convencer, por razões de direito, o Tribunal indicado como competente, desta forma superam-se outras fases sem a necessidade de se compor um Tribunal especializado (dos Conflitos), evitando-se delongas processuais.

A sugestão proposta visa proteger o interesse público e, conseqüentemente, os interesses da sociedade. Quando a matéria discutida tem relação direta com as finanças públicas todos (Estado e sociedade) têm o interesse, ou pelo menos devem ter, de as ações públicas serem realizadas com eficiência, e por isso, a alteração legislativa é imprescindível. O legislador obriga-se a estar atento aos interesses da sociedade para realizar sua função legislativa com eficiência, por imposição constitucional.

O cidadão munido do direito de petição²¹⁸ pode propor diretamente ao parlamento português, de acordo com os trâmites definidos no Regimento da Assembleia da República, uma alteração legislativa no sentido de tornar mais célere e eficiente a decisão de conflituosidade entre o Tribunal Administrativo e o Tribunal de Contas,

²¹⁸ Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, de 20 de Agosto - Exercício do direito de petição - Artigo 232.º - 1 - O direito de petição, previsto no artigo 52.º da Constituição, exerce-se perante a Assembleia da República nos termos da lei. 2 - A Assembleia da República deve apreciar e elaborar relatório final sobre as petições, nos prazos legais. 3 - Quando, nos termos da lei, a petição deva ser apreciada pelo Plenário, o debate inicia-se com a apresentação do relatório da comissão parlamentar, intervindo seguidamente um representante de cada grupo parlamentar, por tempo a fixar pela Conferência de Líderes, nos termos do n.º 7 do artigo 145.º

surgida no curso do processo que verse sobre assuntos relacionados com as finanças pública em benefício do interesse público.

4.5.3 O cidadão e o Órgão Controlador

São princípios gerais norteadores da atividade jurisdicional “administrar a justiça em nome do povo”, “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e reprimir a violação da legalidade democrática” (art. 202º CRP). As referidas previsões constitucionais são características do Estado de Direito, impostas a todos os tribunais, inclusive ao Tribunal de Contas, e exigem uma prestação jurisdicional eficiente não afastada do cidadão por três motivos principais: um, o fim de qualquer órgão da Administração Pública é satisfazer as necessidades sociais, incluindo as dos cidadãos enquanto indivíduos; dois, os cidadãos têm a garantia constitucional de acesso às informações públicas, entre elas sobre as contas públicas (receitas e despesas); três, os cidadãos podem atuar como parceiros dos órgãos oficiais de controle se assim lhes for permitido²¹⁹.

A legislação portuguesa não apresenta qualquer garantia explícita quanto ao direito de o cidadão acionar o órgão de controle para denunciar possíveis irregularidades em procedimentos de contratação pública, como previsto no §1º do art. 113 da Lei brasileira nº. 8.666/93 Brasileira. Por outro lado, algumas garantias jurídicas favorecem a possibilidade de o cidadão ter acesso aos relatórios e pareceres sobre a Conta Geral do Estado, das Regiões Autônomas e o relatório anual de atividades do próprio Tribunal de Contas, publicados no Diário da República e em outros meios de difusão (meios de comunicação social), após comunicação às entidades interessadas. A publicidade dos relatórios e decisões é levada a efeito somente se a Corte assim entender, conforme prescreve o art. 9º da LOPTC.

Nota-se a partir da norma suso mencionada a liberdade de decisão amparada no poder discricionário do órgão que decide publicar ou não, mas em consonância com o princípio da publicidade, imprescindível ao Estado Democrático e à proteção dos direitos

²¹⁹ Sobre a participação popular como a expressão de um direito político cfr. Carlos Ayres Britto, (1992) *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 189, p.8: cfr. também em Santos (1999:44-45) o destaque da participação do cidadão como meio de efetivação da democracia.

fundamentais, entre eles o de participação²²⁰. O Tribunal de Contas (função administrativa) está diante de uma possibilidade aparentemente subjetiva, mas as atitudes que possam infringir a garantia de participação servem de balize para o uso dos adequados meios de condução do interesse público, dando assim um caráter mais objetivo às decisões, que são, *prima facie*, fundamentadas na lei. Outrossim, o poder de escolha conferido ao órgão consagra uma atividade “funcionalmente jurídica” para a prossecução do fim legal que vincula a decisão por razões coerentes e relevantes (Andrade, 2003:374), conservando-se o melhor para o interesse público.

Os direitos, liberdades e garantias constituem medidas de valoração quando a administração tem de densificar conceitos indeterminados (subjetivos, amplos...) como a segurança pública, o sigilo, o segredo de Estado, etc., tal quando pratica atos discricionários, são circunstâncias que não desobrigam uma atuação em conformidade com os direitos, liberdades e garantias, parâmetros de vinculação do poder discricionário da Administração, porque violar tais garantias é violar a lei constitucional, e comporta recurso para questionar sua validade. A iniciativa de não publicação de um determinado relatório está no contexto dos atos administrativos e não dos atos jurisdicionais, cabendo portanto requerer a invalidade do ato por *recurso contencioso* (Canotilho, 2003:446).

Os tribunais não estão apenas ao serviço da defesa dos direitos fundamentais; eles próprios como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais no exercício da função jurisdicional (Canotilho, 2003:446); é uma obrigação atinente não somente aos atos jurisdicionais, ratifique-se!

O Tribunal coopera com os demais órgãos de soberania, serviços e entidades públicas, organizações civis que atuam na defesa dos direitos e interesses do cidadão contribuinte, quanto às informações na aplicação e gestão do dinheiro público, através de ações de formação ou quaisquer outras que entender pertinentes para evitar o desperdício, a ilegalidade, a fraude e a corrupção relativamente aos dinheiros e valores públicos, tanto nacionais como comunitários, assim prevê o art. 11º/3 do LOPTC.

O legislador ao estabelecer na Lei n.º 98/971 de 26 de Agosto (LOPTC) a obrigação de empenho do órgão controlador em contribuir com os órgãos públicos e entidades que atuam na defesa de direitos e interesses dos cidadãos em informar-lhes

²²⁰ O direito à participação na administração pública é direito fundamental característico do Estado democrático (tema abordado no capítulo I).

sobre o uso do dinheiro público não valorizou a possibilidade de o cidadão, individual ou coletivo (representado por entidades civis) interpelar o órgão; não há previsão quanto à garantia de o cidadão provocar o órgão para averiguar ilegalidades acerca do uso do dinheiro público, inclusive em procedimentos de contratação ou em contratos formalizados.

O controle financeiro não pode contar apenas com o órgão de controle nem tampouco com padrões de atuação baseados numa cultura burocrática e sigilosa, quando se coloca como discricionário um determinado ato de publicidade de informações importantes para os cidadãos e quando publicadas serem por meios formalísticos em jornais oficiais não lidos pela maioria dos cidadãos. É o retrato de um tribunal, não diferente de outros tribunais, onde a ideia de participação popular na administração da justiça pressupõe de um modelo em cuja estrutura ela está ausente (Santos, 1982:83).

O Estado e a sociedade cresceram e construíram uma realidade complexa onde o cidadão encontra-se afastado da Administração Pública e está teoricamente representado por pessoas que não prestam contas ou quando as prestam fazem de forma desconforme ou sem a devida transparência. Afastar ou não facilitar o acesso do cidadão ao órgão de controle significa impossibilitar o cidadão de gerenciar despesas e receitas de forma direta ou indireta, mesmo quando a obrigação legal é do Estado. Essa obrigação tem por objetivo fim alcançar o interesse público por meio de várias tarefas e instrumentos, uma delas, o uso correto do dinheiro público, impõe uma equilibrada gestão financeira para concretizar uma boa governança de forma a refletir os ideais de bem-estar da coletividade (Costa, 2014:222-223).

A contribuição do cidadão no controle externo das contratações públicas através do Tribunal de Contas não deve e não pode ser afastada, pois amplia as possibilidades da correta aplicação do dinheiro público e, não só, reforça a fiscalização sobre a legalidade dos atos em geral que envolvem despesas e aplicações de dinheiro público. A participação do cidadão pode ser prejudicada de várias formas, uma delas, pela forte cultura de uma cidadania articulada com os tribunais, nem sempre coerente com os anseios democráticos, no passado com características de meros aplicadores da vontade do legislador, hoje com contornos teóricos mais políticos motivados pelo aprofundamento dos direitos de segunda geração (direito ao trabalho, à saúde, à segurança social, à

educação...) guiados pelo direito à igualdade e à busca dos tribunais *como suportes de lutas cívicas e instâncias de regulação da vida democrática* (Pureza, 1999:48-49).

A intervenção dos cidadãos no controle da atividade pública é princípio democrático para o alcance de uma prestação das tarefas públicas de forma eficiente, principalmente quando está em análise a correta aplicação do dinheiro público em meio a uma realidade onde o Estado expandiu-se na medida do alargamento dos direitos sociais que não podem ser cerceados (Santos, 1982:92). Controlar as contas públicas e a legalidade do uso da receita exige a colaboração dos cidadãos por ser um direito fundamental (participação) e por ser necessário ao alcance da eficiência, além disto, prestar contas aos cidadãos é um requisito legitimador da gestão pública democrática que ultrapassa o sentido formal de *accountability* na perspectiva do novo serviço público (Costa, Paulo Nogueira da, 2014:281). A almejada participação do cidadão em processos de fiscalização soma-se às tarefas do Estado na busca da eficiência. Nesse sentido, os orçamentos participativos são um exemplo positivo de colaboração dos cidadãos na implementação de políticas públicas e, não diferem da cidadania financeira que postule o envolvimento dos cidadãos na avaliação de programas públicos. Afinal, os cidadãos são os destinatários diretos de muitos programas públicos (Costa, 2014:249).

É necessário alargar-se cada vez mais a participação do cidadão no controle das contratações públicas, visando dirimir problemas ainda presentes em diversos países, inclusive no Brasil e em Portugal. Não é uma previsão legislativa do direito à participação no controle das contratações públicas, seja ela direta ou indireta (através de um órgão de controle), que reduzirá a distância do cidadão entre o Estado e o colocará como ator social, mas sim um conjunto de ações integradas com o Estado e a sociedade com a força da lei (tutela jurídica) e o compromisso com a boa governança. Lembre-se que as contratações originam-se dos planejamentos plurianuais suportados por um planejamento financeiro, muitos deles articulados sem a “boa política” e a “boa finança” ausentes em muitas construções da teoria política (Canotilho, 2008a:26), talvez por reflexo de uma prática constante que leva a uma balança desordenada das finanças públicas.

Costa (2014), visando apontar uma forma de controle das finanças pelos cidadãos, defende a criação da *ação popular financeira* como alargamento da ação popular tradicional dirigida às finanças públicas. Argumenta a legitimidade de ação dos cidadãos

com o objetivo de alcançar a responsabilidade financeira por serem os principais interessados na legalidade da gestão financeira pública, atualmente impossibilitados de agir por falta de amparo jurídico. A legitimidade ativa, conforme a LOPTC, é destinada ao Ministério Público perante a 3ª Secção do Tribunal de Contas. O povo (titular da soberania) e o Tribunal de Contas (órgão responsável pelo controle das Contas) ficam na dependência da ação do Ministério Público (Costa, 2014:252-253). Situação limitadora do Estado Democrático de Direito principalmente porque tolhe a participação popular.

O interesse de agir na referida ação popular é legítimo do cidadão no sentido de preservar e garantir o bom uso do dinheiro público, mas atualmente há o óbice da possibilidade jurídica do pedido, requisito processual (instrumental) inerente ao ajustamento do pedido à previsão no ordenamento jurídico em vigor. A falta de previsão legal na forma defendida (ação popular financeira) veda a possibilidade de intervenção jurisdicional dos cidadãos em contraposição à tutela efetiva consagrada no art. 20º da CRP (Costa, 2014:253).

A criação de mais uma ação popular denominada *ação popular financeira* não se justifica, pois cria-se uma especificidade desnecessária em razão da matéria. A consagrada e tradicional ação popular, enquanto remédio jurídico de intervenção do cidadão individual e coletivo (associações de defesa dos interesses em causa) está garantida no art. 52º da CRP (regulada pela Lei nº 83/95) e serve como um instrumento democrático de promoção da prevenção, cessação ou a perseguição judicial das infrações contra direitos difusos (saúde pública, direito dos consumidores, qualidade de vida, etc.) e dos bens do Estado²²¹. Segundo Costa (2014) a defesa dos direitos difusos definidos no referido artigo constitucional implica a disponibilidade de recursos financeiros e, portanto devem ser também qualificados como interesse difuso, portanto objeto da suscitada *ação popular financeira*.

A tradicional ação popular descrita no art. 52º/3 da CRP regulamentada pela Lei nº 83/95 possibilita a defesa do dinheiro público porque é bem do Estado insuscetível de

²²¹ Art. 52º da CRP [...] 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais. (sem grifo no original)

apropriação privada. Os gastos públicos exigidos para o Estado cumprir suas tarefas com o fim de atender o interesse público movimentam as finanças públicas (receitas + despesas + gestão), inclusive quando são formalizados contratos públicos, e se são empenhadas verbas públicas, ou seja, bens do Estado, a ação popular pode ser um instrumento de defesa. Mas, para melhor assegurar a defesa das finanças públicas por meio de ação popular sugere-se uma alteração legislativa para incluir a defesa do erário por meio desse remédio jurídico.

No âmbito jurisdicional, conforme visto, a ação popular é um instrumento jurídico utilizável pelo cidadão perante o Tribunal de Contas quando o objeto do litígio for a finança pública seja de forma direta ou indireta. Enfim, na atual conjuntura não há amparo jurídico para o uso da ação popular perante o Tribunal de Contas, exceto se a lei incluir entre as matérias sob sua abrangência a defesa da legalidade, do orçamento e das finanças públicas, evitando-se assim discussões quanto a possibilidade do uso da referida ação na hipótese sustentada.

Importante ressaltar-se ainda que o direito de petição autoriza o cidadão provocar o órgão administrativamente na defesa da legalidade das finanças públicas em face das atividades administrativas desempenhadas pelo órgão. Entre elas, quando realiza, por exemplo, fiscalizações prévias para averiguar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras estão conforme às normas em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria para posteriormente conceder vistos e fazer possíveis recomendações (art. 44º LOPTC); ou quando determina a abertura de auditorias e avalia a gestão financeira dos órgãos sob sua competência, são exemplos de atos administrativos que podem ser contestados por via do direito de petição. A atuação dos cidadãos no controle da gestão financeira pública pode levar o Tribunal de Contas a auditar alguma entidade (Costa, 2014:252-253) e pode evitar futuras ilegalidades ou corrigir ilegalidades.

A responsabilidade do Ministério Público preservar a legalidade democrática converteu-se no domínio financeiro (Costa, 2014:253) e, convém ser urgentemente repartida com o cidadão, por lhe ser lícito exercer o controle externo das finanças públicas seja por meio da ação popular ou por meio do direito de petição. Medida também motivada pela incapacidade de o Estado atuar sozinho dada a complexidade social que tem levado à ampliação das necessidades jurídicas que não podem ser

suprimidas sem provocar riscos de legitimação ao Estado (Santos, 1982:91). A Lei nº 48/2006 traduz um processo de mudança no Tribunal de Contas para corrigir situações que atingiam a eficácia e eficiência da atuação institucional da Corte e ainda serviu para adequar a atuação às novas exigências da gestão financeira e das realidades econômicas e sociais portuguesas (Martins, 2006:31).

A pouca participação do cidadão no controle das atividades públicas tem razões diversas, e empreender todos os esforços favoráveis às mudanças positivas exigem iniciativas estatais e civis também diversificadas. Segundo Torres (2004: 36) a complexidade da atual sociedade abrange milhões de pessoas com problemas de naturezas e quantidades diversas que exigem especialidades técnicas para saná-los; pertencem ao âmbito de habilidades que têm levado a uma postura técnica arrogante da administração pública, distanciada da sociedade, provocadora de uma grande falha na “interlocução democrática”. Novas iniciativas legislativas e de gestão devem visar, entre outras coisas, o incentivo à participação na tentativa de realizar uma justiça mais democrática.

O Tribunal de Contas Português, seja na efetivação de suas funções jurisdicionais ou administrativas no controle das finanças públicas, assim como também no controle dos atos praticados nas contratações públicas, possui papel relevante, no entanto, o protagonismo deve ser do cidadão na atual conjuntura do Estado Democrático verdadeiramente participativo, não do ponto de vista da execução das tarefas estatais, estas pertencem ao próprio Estado, mas em relação ao controle destas tarefas por meio de instrumentos jurídicos e iniciativa do cidadão.

4.6 Ministério Público

4.6.1 Antecedentes Históricos

O Ministério Público é uma instituição pública nascida em sociedades antigas, desde então foi defensor da lei (representante do poder do Estado ou do Rei) mais direcionado aos assuntos criminais. No Egito Antigo, 4.000 a.C., alguns agentes públicos (representante do poder dominante) eram a “língua e olhos do rei”, com a função de “castigar os rebeldes”, de “proteger os cidadãos pacíficos”, de “acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro”, funções peculiares à época, mas grosso modo, absorvidas

pelo atual órgão enquanto representante judicial do Estado, de promotor de justiça, de defensor da sociedade (*custos legis*) e de ombudsman (Paula, 1992: 133-134).

A base da organização político-social da antiga Roma era a família e, o patriarca absorvia as figuras de proprietário, juiz e sacerdote, investido de muitos poderes, entre eles o de *jus vitae et necis* (juiz de vida e morte) e o *pater familiae* (juiz dos crimes domésticos) característicos das *vindictas* (penas dos delitos de dano e injúria privada), poderes que lentamente foram transferidos do cidadão ofendido para o do Estado; essa transferência de competência leva à paulatina construção da pretensão punitiva do Estado e à mudança de concepção de um direito penal da esfera privada para a pública (Rodrigues, 1999:35)²²². As fases históricas comprovam a paulatina transformação de pessoas incumbidas de defender os interesses do rei ou de chefes de família com o poder de vida e de morte até a formação do Ministério Público enquanto órgão estatal.

A maior tendência doutrinária é admitir a origem do Ministério Público na França pelo caráter de continuidade, apesar das atribuições anteriores ao século XIV serem alheias aos interesses da sociedade quando os *procurateurs* ou *procureus du roi* eram representantes privados dos monarcas perante os tribunais; após este período, ao ser substituído o processo acusatório pelo inquisitório os *procureus* passaram a representantes dos interesses sociais; mas ainda na Idade Média (1302)²²³ a França criou o Ministério Público, e 300 anos após sua formação (1690), consagrou a vitaliciedade aos agentes do Ministério Público (Moraes, 2007:587). São características nada próximas a um tribunal que alcançará funções de aplicar leis claras e isonômicas presentes na clássica figura do representante do poder público com o objetivo de solucionar os crimes cometidos contra os cidadãos, mas em nome da sociedade, e seguirá mudando e adequando-se às novas necessidades como adiante se detalhará.

As marcas profundas deixadas pelas experiências atrozmente vivenciadas na Idade Média até sua transição para a Idade Moderna não se reduzem a comentários de perfis eminentemente históricos, claro, implicam profundas transformações sociais e políticas

²²² Neste mesmo sentido afirma Meirelles (1984:184) que entre as funções embrionárias do Ministério Público estava delineada a de administração da justiça baseada inicialmente na “vingança” privada, posteriormente transferida para a soberania estatal (MEIRELES, 1984:198).

²²³ Sobre a data de criação do Ministério Público na França há menção à criação por Filipe o Belo e a Ordonnance de 23 de março de 1303, que criou os procuradores do rei. CHAVES, Eduardo Arala. *O ministério público, o seu passado e o seu presente*. (1980) Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, p. 78. Cfr. também em RODRIGUES, 1999, p. 42 e ss.

empreendidas durante o longo e tormentoso processo de mínimas ou nenhuma conquista social no período feudal. O sistema feudal em sua forma concentrada de organização do poder político passa a sofrer profundo desgaste motivado por crescentes instabilidades política, econômica e social que impulsionaram mudanças, levando à transição do sistema feudal e absolutista, até a consagração da emergente classe social burguesa, cada vez mais insatisfeita com o fato de deterem o poder econômico e não o político controlado pelo clero e a nobreza que mudaram a história das instituições públicas (Jathay, 2010:63).

O Estado Liberal de Direito (pós-revolução francesa) privilegia as liberdades negativas e o indivíduo, seu personagem principal era o centro de todas as atividades produtivas; no modelo seguinte, o Estado Social de Direito, marcado pelas ansiadas garantias sociais para amenizar e regular as formas de resolução dos problemas advindos das novas relações de produção, gerados basicamente pela conflituosa relação entre capital e trabalho, mantém a limitação do poder estatal mas agrega prestações positivas na tentativa de obter o equilíbrio não alcançado no período anterior (Liberal); mas é no chamado Estado Democrático de Direito que o preceito da igualdade é evocado como um dos principais pilares, enquanto meio de realização da convivência humana, não somente dedicado à limitação do poder estatal ou às prestações sociais, sua “principal tarefa, de índole fundamental”, é superar as desigualdades sociais num regime democrático baseado na “justiça social, plasmado num processo de convivência numa sociedade livre, justa e solidária” (Jatahy, 2010:196).

É no contexto histórico do Estado Democrático de Direito que o Ministério Público, de antecedentes remotos também nas figuras dos *procuratores caesaris* (encarregados da administração dos bens do imperador) e na do *defensor civitatis* (responsável por intentar ações contra criminosos) do império romano ou nas dos comissários do rei da França (Medauar, 2012:165), encontra o ambiente promissor e necessário para atuar como defensor da sociedade e fiscal da lei, não do Estado ou do rei propriamente dito.

A formação de um órgão independente para realizar importante papel em defesa das garantias e direitos dos cidadãos apresenta-se como uma consequência natural das aspirações democráticas e sociais. Mas, tal como outros órgãos públicos, deve contar com as interferências e contribuições dos cidadãos enquanto defensores de seus próprios

interesses e no papel de controlador externo das ações da Administração Pública, entre elas os atos inerentes às contratações públicas.

Independente das controvérsias acerca das origens do Ministério Público o órgão tem se mostrado continuamente importante na defesa da lei e da sociedade, reafirmada mesmo após longos anos de transformações sociais e políticas. Saliente-se que as adequações do órgão continuarão para adequar-se às novas exigências sociais, muitas delas absorvidas pelo ordenamento jurídico com a reformulação ou criação de novas leis.

O atual ordenamento jurídico de países democráticos, v. g. Brasil e Portugal, aponta, mesmo que em alguns casos superficialmente, o cidadão como um novo “parceiro” (não institucional) em tarefas anteriormente dedicadas e entregues exclusivamente às instituições e órgãos públicos, conforme observa-se a partir do longo percurso histórico de formação do Ministério Público. A participação cidadã é garantia de contornos morais e éticos imprescindíveis à consolidação da democracia em áreas ainda mínimas, a exemplo do controle externo das contratações públicas, que exige garantias jurídicas, mas essencialmente a efetividade dessas garantias. E mais, a participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, ao contrário, obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente) que reflita o chamado “Estado Democrático” como sinônimo perfeito de “Estado Participativo” (Britto, 1992:8).

As transformações não param e as normas devem absorver as carências para adequar os anseios sociais com as garantias jurídicas e se ter um Estado mais aberto, transparente, mais próximo para àqueles que são a razão de sua existência, ou seja, que execute bem suas tarefas estatais em favor da sociedade. O Ministério Público, enquanto órgão estatal, e por consagrar as funções de guardião da lei e protetor da sociedade, deve ser o exemplo para cada vez mais se aproximar do cidadão, mas também de incentivador de uma relação de parceria, deixando para trás a remota função de defensor dos interesses do rei, ainda marcadamente presente em algumas posturas adotados por membros do órgão.

Cumpre-se adiante apresentar aspectos relacionados com a formação e competências do órgão ministerial e como articulam-se com o cidadão (individual e coletivo) quando provocado a fiscalizar ou averiguar possíveis ilegalidades em procedimentos de contratação pública.

4.6.2 O Ministério Público no Brasil

4.6.2.1 Antecedentes Históricos, estrutura e competências

Odete Medauar (2012:165) informa que as Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603) referem-se ao promotor de justiça com a função de fiscal da lei; segundo Paula (1994:134) o órgão tem referências originárias em 1587 nas Ordenações do Reino no Brasil Colonial, com organização de características francesas; a atuação do órgão era determinada pelos Desembargadores do Tribunal de Relações da Bahia com o título de “Procurador da Coroa e Fazenda e Promotor de Justiça”, que em 09.01.1609 passou a compor o referido Tribunal; a partir de sua consolidação enquanto órgão membro do Tribunal de Relações da Bahia passa a ter tratamentos diferenciados em leis, decretos, normas em geral, e especialmente nas Constituições Federais que lhe atribuiu tarefas mais nítidas. Foi somente no Brasil Império, com o Decreto nº 120, de 21 de janeiro de 1843, quando se regulou a atuação do “promotores públicos”, sem menção à forma organizativa, competências e qualquer tipo de garantia e independência perante o Poder Executivo (Porto, s./d., p. 3).

Vale lembrar o empenho do Ministro do Governo Provisório, Campos Salles, quando registrou na exposição de motivos do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890 (Lei Orgânica da Justiça Federal) o “Ministério Público como uma instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas de justiça, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier” (Porto, s/a, p.4).

As menções infraconstitucionais sobre o órgão ou sobre o “promotor de justiça” seguiram em diversas normas até alcançarem com mais êxito, enquanto órgão, na Constituição de 1934. Na primeira Constituição Republicana de 1891 há citação apenas do Procurador-Geral da República, designado pelo Presidente da República e escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal; foi na Constituição de 1934 quando o órgão teve tratamento constitucional nos art. 95 a 98, do capítulo VI dedicado aos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais (Medauar, 2012:166).

As Constituições seguintes, nomeadamente as de 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, alterada pela Emenda Constitucional nº 7

de 13 de abril de 1977, abordam o Ministério Público às vezes mais fortalecido e outras menos, ora incluso na estrutura do Poder Judiciário ora na do Poder Executivo ou desatrelado de qualquer Poder: é na Constituição de 1988 o reconhecimento de órgão de função essencial à Justiça (Medauar, 2012:166-167) com organização²²⁴ e independência próprios.

Vários doutrinadores são uníssonos ao afirmarem o significativo e essencial papel do Ministério Público alcançado na Constituição de 1988²²⁵, quando lhe foi conferido um perfil institucional nunca antes alcançado em razão de suas competências e autonomias administrativas e funcionais. A *vocação social* do órgão foi alargada com as novas atribuições e regras em conformidade com o regime democrático espelhado no novo texto constitucional (Jatahy, 2010:199).

A marcante característica de independência do órgão conduz alguns doutrinadores a defenderem o órgão como representante de um “quarto poder” do Estado (Silva, 2008:598), ideia fundada em sua dinâmica própria, necessária ao atendimento das demandas de sociedades plurais e complexas que impõem múltiplas e crescentes tarefas e, fazem do MP hoje, um *agente político não tradicional*, firmado na unidade e independência funcional (Neto, 2014:102-103). Os seus membros não são funcionários públicos em sentido estrito, são agentes políticos com plena liberdade funcional e atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias emanadas da Constituição, leis especiais e normas definidoras dos modos de escolha e investidura e do processo por crimes funcionais e de responsabilidade privativos dos agentes políticos (arts. 51, 52, I, 85 e 102, I, “c”) tais como o Presidente da República, Ministros de Estado,

²²⁴ Para melhor esclarecer sobre a organização, a nível federativo, do Ministério Público, é oportuno apresentar de forma resumida, a explicação apresentada por Pedro Rui de Fontoura Porto: apesar de no art. 127, § 1º da Constituição de 1988 estarem os princípios da unidade e da indivisibilidade enquanto fundamentos institucionais do Ministério Público, coexistem o Ministério Público da União dividido em seções (Ministério Público Federal, do Trabalho, do Distrito Federal, da Justiça Militar e o Ministério Público Eleitoral) mais os dos Estados (Ministério Público Estadual). Os integrantes dos Ministérios Públicos da União são denominados Procuradores da República (MPF) Procuradores do Trabalho (MPT) etc., enquanto os integrantes dos Ministérios Públicos estaduais os Promotores de Justiça (no 1º grau) e procuradores de justiça (2º grau). PORTO, Pedro Rui de Fontoura. *Ministério público brasileiro: história de uma luta institucional*. <<http://www.amperj.org.br/emails/MinisterioPublicoBrasileiro.pdf>>, p. 2. Acesso em 05.02.15.

²²⁵ Sobre o assunto conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2008, p. 447 e ss; MEDAUAR, op. cit., 2012, p. 166 e ss; JATAHY, 2010: 199 e ss., Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*, 22. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 587 e ss., entre outros.

Governadores, Secretários de Estado, membros dos tribunais de contas, etc (Meirelles, 1998:75).

Convém frisar que a independência funcional e administrativa do Ministério Público, tal como atribuída ao Tribunal de Contas, são peculiares e imprescindíveis à atuação verdadeiramente desvinculada de interesses governistas e partidários. A iniciativa dos constituintes ao confirmarem tais características ao MP foi apropriada e necessária para garantir a força jurídica de um órgão com funções de alcance coletivo em favor da sociedade. Infelizmente, notoriamente, observam-se frequentes desvios de finalidade provocados por influências e problemas de todas as ordens, apesar de estar consignado com clareza jurídica que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB).

A obrigação jurídica de defender o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis alcança, na Constituição de 1988, uma heterogênea frente de atuação do Ministério Público, bem mais ampla frente às tradicionais atribuições de mero acusador criminal. O novo regime constitucional elaborou um novo conceito democrático, mas ainda precisam ser afastadas as concepções baseadas nas tradicionais funções ainda absorvidas na prática (Jatahy, 2010:200), que leva a um distanciamento.

Entre as funções institucionais do Ministério Público definidas no art. 129 da CRFB estão: a) a promoção da ação penal pública; b) a responsabilidade de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; c) a promoção de ações de sua competência e o inquérito civil²²⁶, observando a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos²²⁷; d) realizar o controle externo da atividade policial, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial para

²²⁶ “O inquérito civil é um procedimento exclusivo, inquisitivo, facultativo e unilateral, sob a presidência do Ministério Público, com a finalidade de colheita de dados para a formação de sua convicção e imposição de medidas em seu âmbito próprio de competências ou para credenciar o exercício responsável do direito de ação”. Martins Júnior, Wallace Paiva. *Controle da Administração Pública pelo Ministério Público: Ministério Público defensor do povo*. São Paulo: Juarez, 2002, 43.

²²⁷ A Lei 8.078/90 (Dispõe sobre a Proteção do Consumidor) traz no art. 81, parágrafo único, os seguintes conceitos: direitos e interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (inciso I); os interesses ou direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (inciso II); interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum (inciso III).

esse fim etc. Configuram, em síntese, a função de *guardião da Constituição, de seus princípios*, enfim, *a função de garante da legalidade democrática* (Jathay, 2010:201). Além das citadas funções poderá o órgão exercer outras não detalhadas, desde que compatíveis com a finalidade institucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, fatores positivos à independência da atuação do membro do órgão na defesa dos bens e interesses indisponíveis e sociais, coletivos ou difusos, especialmente.

A exclusividade no exercício das funções do órgão é dos integrantes da carreira e têm a obrigatoriedade de residirem, em regra, na comarca da respectiva lotação; possuem vitaliciedade após dois anos de exercício na carreira, que garante não perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; beneficiários também da inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público e da irredutibilidade de subsídio. São proibidos de receber quaisquer tipos de vantagens (honorários, percentagens, custas processuais...) não previstas em lei, no exercício do cargo, além de a função ser incompatível com o exercício da advocacia. Tantas outras garantias e vedações formam e concedem ao órgão os requisitos necessários à concretização da independência frente à relevante função social protetiva.

Para melhor esclarecer sobre a abrangência do órgão controlador, observa-se que o Ministério Público brasileiro, de acordo com o art. 128 da CRFB, compreende o Ministério Público da União (Ministério Público Federal; o Ministério Público do Trabalho; o Ministério Público Militar; o Ministério Público do Distrito Federal) e os ministérios públicos dos estados; contando ainda com o Ministério Público junto aos tribunais de contas²²⁸. É possível coexistirem no mesmo estado mais de um Ministério Público (Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público, etc.), conforme as especialidades e competências distribuídas no território nacional²²⁹.

Convém trazer a lume observação de José Afonso da Silva (2008:600) quanto à unidade e indivisibilidade do órgão, que apesar de apresentar estrutura orgânica *multifária e diversificada*, é, de acordo com a redação lançada no art. 128 da CRFB, um

²²⁸ O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não está identificado no art. 127 da CRFB; possui atuação restrita perante o Tribunal de Contas, sem competências para o ajuizamento de ações civis e penais.

²²⁹ Importante salientar que do ponto de vista da organização, das atribuições e mesmo do estatuto divergem do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/1993), os ministérios públicos dos estados (Lei nº 8.625/1993).

só, pois abrange todos aqueles relacionados no citado artigo. Pode-se adotar aqui este entendimento de unidade, porque, na verdade, o Ministério Público é o órgão com as funções atribuídas de forma geral no art. 129 da CRFB, independentemente do tipo de Ministério Público, difere nas leis orgânicas específicas em conformidade com as competências institucionais conferidas na norma.

O importante papel do Ministério Público como *instituição mediadora nos conflitos de interesses sociais* (Jathay, 20010:202) lhe confere relevante papel na efetivação dos direitos e garantias dos cidadãos positivados no ordenamento jurídico. É o *órgão vocacionado para a transformação social* (Jathay, 20010:204), “personagem” importante na garantia da efetividade dos direitos fundamentais, figurando, com relevante papel, o cidadão, como expressão de preceitos democráticos. Mesmo detentor de importantes responsabilidades e atribuições com funções sociais determinadas na Constituição e na lei, “depende” da participação do cidadão para melhor cumprir suas atribuições no controle da Administração Pública, inclusive sobre os atos praticados nas contratações públicas.

Não se pode olvidar o fato de o cidadão ser detentor da garantia de fiscal da Administração Pública (refere-se ao sentido geral de Estado enquanto organização pública) e, portanto, também do Ministério Público, porque de igual modo, entre outros fatores, pode estar vulnerável para receber influências, inclusive advindas de discursos jurídicos²³⁰ dos poderes dominantes, eivados de elementos que, por vezes, afastam-no da sociedade e das tarefas legais ou deparam-se com *obstáculos e dificuldades para sua plena e efetiva atuação*, no âmbito interno ou externo (Jathay, 2010:205).

4.6.2.2 O Cidadão e o Ministério Público

O Ministério Público é o titular da ação penal e da ação civil públicas para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos, e da ação direta da inconstitucionalidade²³¹; tem a responsabilidade de garantir que os Poderes Públicos e os

²³⁰ Sobre o discurso jurídico: “A soberania é o conceito ideológico chave sobre o qual está fundamentado todo o paradigma jurídico dominante. Encoberta pelo discurso da soberania, encontra-se a dicotomia público x privado, que define, a partir das relações políticas e econômicas capitalistas, o que é a sociedade.” Rocha, Leonel Severo. (2005) *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed., São Leopoldo: Editora Unisinos, p. 148.

²³¹ Silva, 2008:602.

prestadores de serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição, devendo usar os meios legais para torná-los efetivos.

A ação civil pública, referida no art. 129, III da CRFB, destaca-se enquanto instrumento processual de concretização da função social imposta ao órgão, pelo caráter protetivo em favor do *patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*. É a ação judicial também cabível para combater ilegalidades identificadas em procedimentos de contratação e contratos formalizados pela Administração Pública com terceiros. É uma atuação formada na condição de *custos legis* ou *custos iuris*, na busca de resultados efetivos para cumprir as funções estatais e assim contribuir para a redução das desigualdades sociais (Marques, 2011:51) com origem, muitas vezes, em procedimentos de contratação eivados de ilegalidades. Quando a ação civil pública é interposta contra atos de ilegalidade e imoralidade praticados em procedimentos de licitação e contratos administrativos busca-se a proteção do patrimônio público e também, conforme o caso, a guarda de interesses difusos e coletivos, do meio ambiente, etc.

O Ministério Público não é unicamente legítimo para propor a ação civil pública, pode ser proposta também por terceiros, segundo previsões constitucionais e infraconstitucionais²³² que possibilitam a ampliação dos atores/atores na proteção dos direitos e interesses coletivos e difusos. De acordo com a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 são legítimos para propositura da ação civil pública (principal ou cautelar) o Ministério Público (se não for parte no processo atuará como fiscal da lei), a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação constituída há, pelo menos, 1 (um) ano²³³ e que tenha entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014). Saliente-se que a legitimidade passiva não está especificada na legislação e,

²³² cfr. art. 129, § 1º da CRFB.

²³³ Lei nº 7.347/1985. Art. 5º “[...] § 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” O § 4º foi acrescentado pela Lei 8.078/90 que introduziu diversas alterações à Lei 7.347/85.

portanto, presume-se atribuída a qualquer um cuja conduta produza os danos associados aos bens e direitos indicados no rol do art. 1º da Lei 7.347/85, podendo recair sobre ente integrante da Administração Pública ou sobre entidade privada.

Importante destacar a previsão normativa que autoriza o Ministério Público ou qualquer outro detentor de legitimidade ativa, assumir a titularidade quando assim justificar o objeto da ação e quando a associação desistir ou abandonar a ação (§ 3º do art. 5º). Deve-se observar a finalidade acautelatória do legislador ao permitir a mudança do titular da ação que presume-se ser a de proteger o direito perseguido inicialmente, considerando o caráter e os efeitos sociais. Para Justen Filho (2011:1174) não basta a legitimidade ativa para propor a ação, é necessário confirmar o interesse de agir a partir da comprovação do vínculo entre a legitimidade ativa ou o objeto da ação e o dano sobre os interesses difusos e coletivos.

As disposições acima demonstram por si o papel relevante do Ministério Público, órgãos, entidades, associações no combate às ilegalidades e imoralidades cometidas em várias áreas de incidência sobre o bem-estar dos cidadãos com o fim de obstar ou remover irregularidades que afetem procedimentos de contratação pública e contratos em execução por estarem envolvidos dinheiro público e, quase sempre, interesses difusos e coletivos a serem resguardados.

Além da possibilidade de os cidadãos intervirem de forma indireta, através das associações que tenham em suas finalidades constitutivas relações com os bens e valores relacionados no art. 1º da Lei nº 7.347/85, com o objetivo de responsabilizar qualquer um que cause danos morais e patrimoniais ao meio-ambiente, ao consumidor, a qualquer interesse difuso ou coletivo, etc., podem, diretamente, *provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção* (art. 6º). Frise-se que a norma não utiliza o termo “cidadão” mas sim “qualquer pessoa” e “servidor público”, redação que sugere a legitimidade de qualquer pessoa física ou jurídica ou o servidor público²³⁴ que identificado, protocolize, perante o Ministério Público, petição contendo informações acerca de fatos que possam sugerir a propositura de ação civil pública; podem ainda

²³⁴ “Os servidores públicos são subespécies dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária.” Meirelles, 1998:346.

remeter informações com o mesmo fim, os juízes e tribunais no exercício de suas funções (art. 7º da lei 7.347/85).

Quando o cidadão obtiver informação determinante à abertura de ação civil pública pode e deve provocar a atuação do *parquet* na proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, que direta ou indiretamente se coadunam com o interesse de cada membro da coletividade. É um instrumento jurídico (no âmbito administrativo) de controle indireto da atividade administrativa, inclusive dos atos praticados em contratações públicas porque impulsiona o órgão a averiguar determinados fatos que possam colocar em risco a legalidade e a moralidade, pressupostos de admissibilidade para a abertura da ação civil pública, sem que tenha o cidadão de funcionar como autor. Forma que o preserva de possíveis desgastes, além do fato da incontestável força política e institucional do Ministério Público perante os demais órgãos.

Incontestável o papel do Ministério Público na defesa de direitos e interesses difusos e coletivos, mas sua atuação não pode desconsiderar ou mesmo dificultar a contribuição do cidadão, legítimo aliado no cumprimento de suas responsabilidades funcionais, conforme previsão no art. 6º da Lei nº 7.347/85, contando ainda que a contribuição do cidadão implica num tipo de participação (indireta) no controle da Administração Pública, reflexo do princípio da soberania popular consagrado na CRFB. Não efetivar ou incentivar o direito à participação é agir contra *legem* na função de zelar para os órgãos públicos e serviços de relevância pública observarem os direitos assegurados na CRFB (art. 129, II); se o MP deve obrigar os órgãos a zelarem por tais garantias, não pode ele próprio infringi-la, seria produzir o efeito do “tiro no próprio pé” como registra o dito popular.

O vínculo estabelecido entre o cidadão e o órgão acima referido não é um tipo isolado de participação ou mero ato de contribuição patriótica, é muito mais. Além de o cidadão facilitar o controle externo da atividade administrativa pelo Ministério Público sem atuar como autor da ação civil pública, *a priori*, realiza um controle prévio ao do *parquet* quando fornece informações que, se consistentes, servem de fundamento para a propositura da referida ação. O cidadão ao obter as informações e dividi-las com o Ministério Público exerce sua cidadania, inspirada em valores do Estado Democrático de Direito.

A Lei 7.347/85 não relaciona o procedimento a ser adotado quando *qualquer pessoa* (física ou jurídica) ou servidor público apresenta informações e documentos (se os possuírem); as informações devem ser prestadas mediante petição escrita, protocolizada perante o órgão, retendo uma cópia como meio de prova²³⁵ para futuros questionamentos ou mesmo ações promovidas contra o próprio Ministério Público se não cumprir a responsabilidade funcional de investigar a veracidade das informações prestadas. Deve o *parquet* realizar diligências no intuito de averiguar as informações, se após a conclusão das investigações estiver convicto da incipiência das alegações para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas por decisão fundamentada e, após, encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para homologar ou rejeitar a escolha²³⁶.

O cidadão, ao provocar o Ministério Público ao fornecer informações, conforme visto, realiza no âmbito administrativo o controle externo das contratações, de forma indireta, não somente com fundamento no art. 6º da Lei nº 7.347/85, mas fundamentado também no direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIII e XXIV, “a” da CRFB. As notícias de irregularidades, as petições ou reclamações de qualquer natureza estabelecidas no art. 27, parágrafo único da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) devem ser acolhidas para posteriores apurações em favor do controle da Administração Pública. A redação reforça a possibilidade de provocação da sociedade (cidadãos) ou de servidores públicos sobre o *parquet*.

Qualquer um que exerce *função administrativa deve informações e satisfações à sociedade a que serve* (Justen Filho, 2011:1110) e, se o *parquet* deixa de diligenciar em casos de notícias de ilegalidade em licitação pública, por exemplo, tem, ao tempo que recebe as informações fornecidas pelo cidadão, a obrigação de informá-lo sobre a situação apresentada. É nítida a confirmação na Constituição e nas leis infraconstitucionais a função de controle do MP sobre atos da Administração Pública, que pode resultar em medidas extrajudiciais e judiciais (Medauar, 2012:93-94). O combate à ilegalidade em procedimentos de licitação está entre as atividades estatais para a adequada satisfação dos direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos

²³⁵ Sobre provas: Código de Processo Civil, art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

²³⁶ Cfr. arts. 8º e 9º da Lei 7.347/85.

que “pressupõe a racional aplicação do dinheiro público, com contenção dos desvios de recursos integrantes dos erários municipal, estadual e federal” (Marques, 2011:109-110).

O cidadão faz o papel de coadjuvante ao provocar o órgão, mas nem por isso é pouco importante, porque pode assumir (e deve) o papel de protagonista (autor) ao utilizar, *e.g.*, a ação popular, o mandado de segurança e o direito de petição como instrumentos jurídicos de controle das contratações públicas, conforme estabelece o ordenamento jurídico brasileiro.

4.6.3 Ministério Público – Portugal

4.6.3.1 Passado e Presente

Há notícias sobre ação pública contra homicídio sem definir magistrados no código visigótico que regulava, antes do século XIV, as competências dos tribunais na península hispânica; do procurador do rei citado no alvará de 28 de março de 1514 ao procurador-geral da Coroa e da Fazenda delinearam os primeiros traços do futuro Ministério Público português (Rodrigues, 1999:46). Mas foi no período das Ordenações Afonsinas que o Ministério Público desenvolveu-se mais precisamente, enquanto instituição, com marcante traço civilista, característica que contesta sua origem francesa (Sauwen Filho, 1999:92).

Não somente na ordenação manuelina de 1521 (títulos XI e XII) se registram as figuras do procurador dos feitos da Coroa, o procurador dos feitos da Fazenda e o promotor de justiça da Casa da Suplicação; na Casa do Civil da Relação do Porto um promotor da Justiça e um solicitador da justiça, também estão nas ordenações filipinas de 1603, títulos XII, XII e XV (Rodrigues, 1999:47). A evolução das figuras pregressas dos magistrados do Ministério Público traduz o caminho trilhado do órgão até ao alcance da atual característica.

O fim do feudalismo exigiu a estruturação de um órgão incumbido de representar a sociedade junto aos tribunais, organizado de forma centralizada; operava-se então a organização de um órgão detentor de características próprias, idênticas das jurisdições, importadas de modelos de organização do poder político, tendência marcada em toda a Europa, exceto Inglaterra (Rodrigues, 1999:48).

No passado e no presente o principal campo de atuação do Ministério Público é o dos tribunais para o fim de realizar a *função de justiça* (Chaves, 1980:76), não mais restrita à fracassada esperança de se alcançar o equilíbrio dos interesses de modo natural ou com a simples aplicação da lei. A multiplicidade dos fatores envolvidos em quaisquer casos exige do magistrado uma percepção coerente sobre a ideia de justiça, devendo partir do sentimento de justiça para a lei e não o inverso (Chaves, 1980:76-77), deve perceber o ideal da lei e os interesses da sociedade para trilhar as melhores decisões no desempenho das atividades impostas pelo ordenamento.

Em 1830 foi criada, por via de decreto da regência, uma junta de justiça para atuar nas jurisdições criminal e cível, criando-se assim a figura do procurador régio, responsável por formalizar as acusações e igualmente promover a execução das decisões; formalizou-se a figura dos promotores de justiça no juízo de primeira instância; mas somente em 1832, com o Decreto nº 24, de 16 de maio, assinado por D. Pedro (duque de Bragança) regulou a reforma da justiça e organizou definitivamente o Ministério Público, o Supremo Tribunal de Justiça e, junto a este, a criação do cargo de procurador-geral da Coroa, considerado desde a nomeação seu membro integrante. Foram mudanças que contaram com a contribuição do então Ministro e Secretário de Estado da Repartição dos Negócios da Justiça, Mouzinho da Silveira; havia em cada tribunal de 2ª instância um procurador régio e, no de 1ª instância, um delegado do procurador régio que poderia seguir carreira para juiz de direito; contava-se ainda em cada julgado com o subdelegado do procurador régio escolhido pelo delegado. A estruturação do órgão foi melhor definida no estatuto do procurador-geral da Coroa publicado no Decreto nº 27, de 19 de maio de 1832, mesmo ano e mês de iniciada a reforma do judiciário (Rodrigues, 1999:49).

O Ministério Público foi criado sob as marcas de uma magistratura hierarquizada, detinha a função de consultor do Governo e das câmaras legislativas, vindo a ser reordenado em 1901. Mesmo considerando as matrizes francesas em sua origem, o Ministério Público adquiriu características próprias, definidoras de sua atual realidade. Importante destacar que a magistratura judicial e a do ministério público apesar de próximas e interrelacionadas mantiveram-se com a devida separação e paralelismo sem causar prejuízos em suas áreas de intervenção (Moura, 2002:9)

O primeiro Decreto da República datado de 8 de outubro de 1910 adota para a antiga nomenclatura de Procuradoria-Geral da Coroa e Fazenda, sem alterar suas

atribuições, a de Procuradoria-Geral da República, mudança estendida aos demais escalões; alguns legislações avulsas passaram a abordar sobre o Ministério Público por meio de Decreto, dentre eles destaca-se o Decreto nº 13.809, de 22 de junho de 1927 que anunciou a primeira iniciativa de codificação do judiciário, incluindo a organização judiciária, o estatuto das magistraturas judicial e do Ministério Público, a organização das secretarias, o estatuto do pessoal, etc (Rodrigues, 2011:59-61).

O *poliformismo* é uma característica marcante do órgão em face das diversas atribuições, desde a clássica legitimidade ativa para propor a ação penal, às atividades consultivas governamentais, além da direção de investigações criminais, a representação de incapazes, defensor do Estado Democrático de Direito, fiscal da lei, representante do Estado, são funções introduzidas nas Constituições ao longo do percurso do órgão. É um órgão detentor de unidade (exceção ao que funciona junto aos tribunais militares) inquestionável consoante estrutura e autonomia orgânica e funcional uniforme em toda a jurisdição e que afastam o órgão de influências de outros poderes estatais (Sauwen Filho, 1999:94-95)²³⁷.

O Ministério Público português atualmente rege-se por uma hierarquia que, entre outras coisas, impõe a subordinação dos agentes a ordens ou instruções provenientes dos vários níveis hierárquicos da estrutura do órgão, sendo incabíveis quaisquer outras provenientes do Governo, exceto quanto à política criminal dentro dos limites de sua competência ou, indiretamente, através do Procurador-Geral da República, cuja nomeação e exoneração cabe ao executivo. A estruturação hierárquica contribui para a desconcentração do exercício de funções, tal como ocorre com os juízes, em favor da unidade (Canotilho; Moreira, 2014:606-607) e reflete na independência funcional.

A separação dos poderes é relativa, cada um com atribuições específicas, apesar de estruturados dentro de uma mesma organização (o Estado), comunicam-se entre si e recebem influências diretas e indiretas dos poderes circulantes na sociedade e do próprio corpo estatal. As interferências sobre e entre os poderes do Estado advêm de fatores diversos (comandos jurídicos, sociais e políticos) que devem ser harmônicos para

²³⁷ Em sentido oposto: “[...] o Ministério Público foi amiúde suspeito de autêntica promiscuidade com o dito poder político”. Moura, Souto. Ministério público e poder. Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, tomo LI, nº 292, jan./abr., 2002, p. 9.

atuarem em prol do interesse público. É uma harmonia que pode ainda contar com a contribuição do cidadão na forma de participação e controle da atividade estatal.

Um órgão por mais independente que seja não está imune às influências sobre suas atividades institucionais e legalmente está sujeito ao controle interno e externo. A separação dos poderes induz a uma delimitação de competências para melhor definir as funções estatais, (Canotilho, 2003:251) que ordenadas constitucionalmente definem funções, competências e legitimação dos órgãos, (Canotilho e Moreira, 2007:209) que além de interdependentes exercem um controle mútuo, expressão da *interdependência de poderes*; o princípio da separação dos poderes revela, portanto, uma pluralidade de funções constitucionais: função de medida, de racionalização, de controle e de proteção. O mais importante num estado constitucional de direito é saber se o que os poderes (legislativo, executivo e judiciário) integrados fazem pode ser feito e, se são legítimos. Os órgãos sofrem mudanças vindas de dentro ou de fora, e o Ministério Público não é diferente, mesmo respeitando-se a consagrada independência interdependente (Canotilho, 2003:251) ²³⁸.

O acirramento dos debates sociais e políticos acompanham as intenções de alteração legislativa no período da década de 70, antes do deslinde revolucionário, porém sutil com referência à valorização do Ministério Público, ainda referido em apontamentos dispersos (Rodrigues, 2011:70). As transformações seguidas à revolução de 24 de abril de 1974 implantaram não somente o sentimento de liberdade nas pessoas, mas impulsionaram mudanças concretas e profundas nos poderes e nos instrumentos de mobilização do Estado português; adequações de várias ordens eram exigidas para acompanhar a nova realidade nascida do período pós-ditadura e, neste sentido, a emergente revisão do sistema jurídico passou a ser consensualmente inevitável; o Ministro da Justiça, Salgado Zenha, personalidade importante nesse contexto, criou as comissões em torno da almejada reforma judiciária (Rodrigues, 1999:71).

Os fatos históricos da criação e desenvolvimento do poder judiciário português e suas ramificações refletem uma atribuição ressaltada, apesar de não alcançada com rapidez, na defesa dos interesses da sociedade, de acordo com a natureza das

²³⁸ Sobre o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania inserido no art. 11º da CRP: “O resultado desta divisão não é a existência de vários “poderes”, mas a existência de funções diferenciadas”. Canotilho, 2003:551.

competências legais, principalmente em relação ao Ministério Público, considerado por muitos o *defensor do povo*, mas nem sempre a efetividade corresponde à teoria, é nesse contexto que a participação do cidadão tem fundamental papel. A função original²³⁹ do Ministério Público, submisso aos interesses do Rei, Imperador ou Príncipe, defensor do poder dominante, ou mesmo mero acusador de criminosos (um pouco mais tarde) é incompatível com as atuais atribuições do órgão. Na atual conjuntura, a interferência do poder político mantém-se juridicamente distante para proteger a independência funcional do órgão na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos, servindo de garante aos cidadãos quanto à efetividade de seu desempenho (Maia, 2012:405).

Até antes da reforma pós-revolução os quadros superiores do Ministério Público, salvo o de procurador-geral da República, eram providos em juízes, no regime de comissão de serviço; os delegados do procurador-geral da República e os demais magistrados do órgão eram *discípulos bem comportados*, termo utilizado para identificar as incertezas (competência e independência) dos jovens entre 23 e 28 anos de idade que ingressavam na carreira no referido período; outro fator que colabora com o próprio sistema que vigorava no período era a minimidade atribuída às funções do órgão (Chaves, 1980:81)²⁴⁰ demonstra um período de submissão e pouca representativa perante a sociedade.

A Constituição da República de 1976 ao definir, originalmente, nos arts. 224º e 225º as competências e garantias do Ministério Público e seus agentes, mais tarde também o Decreto-Lei nº 917/76 e a Lei nº 39/78 de 5 e julho confirmam a separação entre as carreiras judicial e do Ministério Público, indicando as nuances e autonomia das carreiras (Chaves, 1980:87).

A independência funcional em vigor pode sofrer prejuízos se influências políticas agirem sobre o órgão. Não é de hoje, este fato se confirma em muitas hipóteses, *e. g.*, na competência de nomeação e exoneração do Procurador-Geral da República, chefe maior do órgão, pelo Presidente da República²⁴¹ prevê a CRP, no caso brasileiro confirma-se a

²³⁹ Sobre a concepção política originária do MP, cfr. Canotilho, 2003:684.

²⁴⁰ Curiosa correspondência estatística é apresentada por Eduardo Arala Chaves relativa ao êxito nas ações penais entre 1968 a 1976: 48,8% de acusações em 1968, 39,7% em 1970, 40,4% em 1972, 23,7% em 1974, 20,2% em 1976 marcaram períodos pré e pós-revolução de 1974 (CHAVES, 1980:81). Visa o autor caracterizar uma relação entre a idade dos magistrados do Ministério Público e o triunfo ou não das ações penais.

²⁴¹ Cfr. art. 128 §§ 1º e 2º da CRFB e art. 133º, “m” da CRP.

mesma previsão, mas acrescenta-se a destituição precedida de autorização pela maioria absoluta do Senado (art. 128, §2º). A escolha do Procurador-Geral da República pelo Governo gera uma *indesejável* e desnecessária influência do poder político sobre o órgão (Maia, 2012:404), tal como acontece no Tribunal de Contas²⁴².

O comprometimento da independência pela relação direta com outros poderes quando da nomeação e destituição do chefe maior do órgão irradia-se, direta ou indiretamente, para os demais membros, colocando em risco os interesses da sociedade sob a responsabilidade da instituição. Estas razões sugerem uma mudança constitucional para garantir a imparcialidade e a independência do Chefe do Ministério Público (Maia, 2012:404).

A independência alcançada pelo Ministério Público ao longo anos, registrada no ordenamento jurídico em vigor, é regra sem exceção no âmbito da função do órgão, mas a interferência de um poder sobre outro, idealizada para dar equilíbrio entre os três poderes institucionalizados, na prática, pode transformar-se em processos de negociação política capazes de comprometer a liberdade atribuída constitucionalmente ao órgão. Esta realidade pode e deve ser combatida pelos cidadãos em razão dos interesses coletivos e difusos em risco, inclusive a tarefa de combater as ilegalidades em procedimentos de contratação por ser “fiscal da legalidade”.

4.6.3.2 Estrutura e Competências Atuais

A atual CRP, no título V (Dos Tribunais), art. 219º (Funções e Estatuto), afirma a autonomia e o estatuto próprio do Ministério Público e, com a devida clareza, inclui os seus agentes no rol de magistrados, hierarquicamente subordinados, com direito a inamovibilidade, não suspensão, aposentadoria e demissão somente nos casos previstos em lei; alude à competência da Procuradoria-Geral da República para nomear, colocar, transferir, promover o exercício da ação disciplinar dos agentes do órgão.

A integração do Ministério Público enquanto órgão constitucional nos tribunais não é entendimento unânime. A evolução histórica do órgão desde o papel desempenhado como representante do rei junto à autoridade judiciária, passando a órgão dos tribunais

²⁴² Cfr. arts. 52, III, “b” e 84, XV da CRFB.

dependente do Governo, até os agentes alcançarem a categoria de magistrados independentes, autônomos e garantias aproximadas às dos juizes, revelam impressões peculiares. Importante destacar que a Constituição de 1976 subtraiu o Ministério Público da subordinação hierárquica ao Governo e o elevou à categoria de magistratura (Canotilho e Moreira, 2014: 601).

As diversas funções do MP à luz dos entendimentos de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira são destacadas em quatro áreas distintas:

Representar o Estado, nomeadamente nos tribunais, nas causas em que ele seja parte, funcionando como uma espécie de advogado do Estado; b) exercer a acção penal, sendo todavia problemático se ele detém o exclusivo nessa matéria e se se trata de um poder vinculado ou se dispõe de alguma margem de liberdade; c) defender a legalidade democrática, intervindo, entre outras coisas, no contencioso administrativo e fiscal e na fiscalização da constitucionalidade; d) defender os interesses de determinadas pessoas mais carecidas de protecção, designadamente, verificados certos requisitos, os menores, os ausentes, os trabalhadores, etc (Canotilho e Moreira, 2014:602).

As diversas e abrangentes atribuições acima descritas, registradas na CRP, traduzem o carácter significativo do órgão para sociedade. A ampla atuação incidente em várias áreas pode trazer incoerências ou mesmo *incompatibilidades*, e.g., quando os interesses privados do Estado confrontam com a defesa da legalidade democrática, entendida como o dever de fiscalização da legalidade e juridicidade dos atos emanados do mesmo Estado (Canotilho e Vital Moreira, 2014:602). Pode haver contradições quando o MP atuar como defensor do Estado e noutras em lado oposto, por exemplo, quando estiver na defesa da coletividade retrata, no mínimo, uma situação que na prática gera impasses na defesa dos interesses da sociedade, apesar da defesa do Estado, teoricamente, não se contradizer aos interesses da coletividade.

Em termos jurídico-constitucionais e simbólicos, a tarefa de representar o Estado significa defender os interesses da comunidade; o papel de representar o Estado nem sempre é claro, para algumas correntes o órgão está a exercê-la quando atua na acção penal e na defesa da legalidade democrática, mas além destas, há funções que aparecem diferenciadas e o colocam em posições distintas (Canotilho e Moreira, 2014:601-603). Em síntese, de um modo ou de outro, o MP deve defender os interesses da coletividade mesmo quando a defesa do Estado possa interferir nos interesses da coletividade, a

contradição só pode existir quando os interesses do Estado estiverem em desacordo com a busca do interesse público.

Ora bem, com base no Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei nº 47/86, de 15 de outubro, alterado pela Lei nº 60/98, de 27 de agosto e demais modificações posteriores, que regula as competências, estrutura e funcionamento do órgão, destacam-se adiante algumas delas com o objetivo de registrar o perfil e papel do órgão:

- a) Quando à representação: nos tribunais o MP está presente no Supremo Tribunal de Justiça, no Tribunal Constitucional, no Supremo Tribunal Administrativo, no Supremo Tribunal Militar e no Tribunal de Contas, pelo Procurador-Geral da República; nos tribunais de relação e no Tribunal Central Administrativo, por procuradores-gerais-adjuntos; nos tribunais de 1.^a instância, por procuradores da República e por procuradores-adjuntos (art. 4º).
- b) Quanto aos níveis de intervenção nos processos: principal – representa o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais (cessa quando for constituído mandatário próprio), os incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta (cessa se os respectivos representantes legais a ela se opuserem por requerimento no processo), os trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social (patrocínio oficioso), interesses coletivos ou difusos, nos inventários²⁴³ exigidos por lei, entre outras competências definidas em lei; acessório – quando não lhe couber atuação principal e os interessados na causa sejam as regiões autónomas, as autarquias locais, outras pessoas coletivas públicas, pessoas coletivas de utilidade pública, incapazes ou ausentes, ou a ação vise a realização de interesses coletivos ou difusos, entre outros casos previstos em leis esparsas.
- c) Na vigência da Lei nº 38/78, de 5 de julho (consagra a magistratura do MP) e leis posteriores, o órgão era contemplado com a Procuradoria-Geral da República, em desacordo com os Estatutos Judiciários que previam as procuradorias da República junto das Relações e as procuradorias de 1.^a

²⁴³ Cfr. as alterações introduzidas pela Lei nº 23/2013, de 5 de março (estabelece o Regime Jurídico do Processo de Inventário, altera o Código Civil, o Código do Registo Predial, o Código do Registo Civil e o Código de Processo Civil), especialmente quanto à legitimidade para requerer o inventário de herança de incapazes, menores ou ausentes em parte incerta.

Instância. A atual estrutura desconcentrada, instituída a partir de 1998 (Lei nº 60/98), no Estatuto do MP, é composta pela Procuradoria-Geral da República, as Procuradorias-Gerais Distritais e as Procuradorias da República; figurando como agentes, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, os procuradores-gerais-adjuntos, os procuradores da República e os procuradores-adjuntos.

As observações acima demonstram por si a importância do MP perante os demais órgãos dos tribunais e à sociedade, considerando principalmente, entre outras, o papel protetivo aos mais carecidos (trabalhadores, menores, ausentes, incapazes...), a defesa de interesses difusos e coletivos e da legalidade democrática, além da constante atenção à atividade da Administração Pública.

Nota-se a competência para o MP exercer o controle da legalidade nos procedimentos de contratação pública quando assume a responsabilidade de fiscalizar a legalidade, por outro lado, a heterogeneidade das funções põe em risco a consecução eficiente das inúmeras responsabilidades²⁴⁴. A participação dos cidadãos, funcionando como “fiscais” ou “informantes”, nas formas legais e legítimas, contribui para o alcance prático do objetivo fim do órgão, e no caso das contratações públicas, importante papel exerce de igual modo.

4.6.3.3 Controle da Legalidade dos Contratos Públicos – Ministério Público e Cidadãos.

O Ministério Público quando atua na defesa da legalidade democrática, está a cumprir o dever de fiscalização dos atos e comportamentos das autoridades públicas, confrontados com os critérios de legalidade (Canotilho e Moreira:2014:602), incluídos, portanto, os atos e omissões relacionados com os procedimentos de contratação pública. As possibilidades de participação do MP em processos judiciais e procedimentos

²⁴⁴ É importante considerar a responsabilidade imposta ao Ministério Público, estabelecida enquanto princípio da função magistral, que consiste em cumprir os deveres, observar as diretivas, as ordens e instruções recebidas (Rodrigues, 1999:111).

administrativos em razão de ilegalidades em procedimentos de contratação pública são inúmeras, entre tantas outras, destacam-se:

- a) O dever de representar o Estado nas ações populares promovidas pelos titulares definidos no art. 2º da Lei nº 83/95, de 31 de agosto (Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular). Figura, teoricamente, no lado “oposto”, mas não necessariamente “oposto” aos interesses do autor da ação que vise sanar a prática de ilegalidade cometida em procedimento de contratação (art. 16º da Lei nº 83/95);
- b) Em razão de denúncia, queixa ou participação apresentada por titulares de direitos e interesses legalmente protegidos sobre bens culturais ou outros valores do patrimônio cultural, lesados ou em risco de lesão por atos praticados pela Administração Pública, que inclusive possam ter relação com procedimentos de contratação (art. 9º da Lei 107/2001, de 8 de setembro).
- c) A legitimidade para propor e intervir, perante os Tribunais Administrativos, em processos principais e cautelares com o fim de defender os valores e bens constitucionalmente protegidos, a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais; a defesa da legalidade em geral. São previsões que podem recair ou originar, direta ou indiretamente, de procedimentos de contratação ou mesmo de contratos já celebrados; conta ainda com a expressa legitimidade para propor ação quanto à validade total ou parcial de contratos (arts. 9º, 40º e 62º, da Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro - CPTA).

As informações destacadas comprovam a capacidade e o poder de fiscalização atribuídos ao MP sobre a atividade da Administração Pública, inclusive os atos realizadas com o objetivo de contratar com terceiros, considerando a amplitude das funções. A justificação plausível para elevadas e importantes atribuições está na responsabilidade da prossecução do interesse público²⁴⁵ e no respeito aos direitos legalmente protegidos. É

²⁴⁵ Assim determina a CRP, art. 266º/1: “A administração Pública visa a prossecução do interesse público, nno respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

um poder legítimo dirigido a quem o reconhece e, apesar do meio de sua legitimação não ser o voto, é um tipo de poder reclamado pelo Estado de Direito Democrático, com traços de independência e obediência à lei (Moura, 2002:10), pertinente, necessário e imprescindível à justiça social.

É salutar observar a mudança introduzida com a vigência do DL 18/2008, de 29 de janeiro (aprova o CCP) ao excluir o ato público do concurso, quando previa-se, no art. 85º do DL nº 59/99, de 02 de março (revogado), o acompanhamento pelo Procurador-Geral da República ou por seu representante nos procedimentos de determinados valores. Sobre os referidos aspectos, dois fatos a ressaltar:

a) A exclusão do ato público representa um retrocesso democrático quanto ao direito de participação, além de representar uma desarmonia com o princípio da transparência pública consignado nas Diretivas sobre a matéria, a Constituição e na própria lei que o revogou; os recursos informáticos não substituem a presença do cidadão no acompanhamento dos atos públicos, considerando, por exemplo, que os portais da transparência²⁴⁶ não possibilitam informações amplas o suficiente para o cidadão ter domínio sobre todos os atos praticados.

b) A exclusão do MP no acompanhamento do ato público do concurso de empreitada de obras públicas reduz o controle da legalidade, mas, por outro lado, em meio a tantas atribuições impostas ao órgão, a tarefa pode ser delegada a outros órgãos de controle estatais (controle interno, Tribunal de Contas, cidadãos, associações) para melhor realizar outras funções.

Multitarefas tendem a causar prejuízos de algum lado. Neste sentido, defende Maria Isabel Costa (2007:28) que no domínio dos interesses coletivos e difusos a complexidade dos problemas e dos casos judiciais não convive bem com a formação de base generalista do Ministério Público. Afinal, não se pode ser bom em tudo e tampouco o “tudo” é abrangido pela lei!

A revisão legislativa é um importante recurso para adequar o objetivo da lei aos interesses sociais e estabelecer mudanças no panorama em vigor quando problemas de competências ou quaisquer outros possam inviabilizar a missão do órgão, *e. g.*, os

²⁴⁶ O tema da transparência (publicidade) enquanto princípio foi abordado no capítulo II.

reflexos negativos da heterogeneidade de funções do Ministério Público²⁴⁷. Se o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob o pretexto de o conteúdo ser injusto ou imoral (art. 8º/2 do Código Civil), cabe ao legislador promover a revisão ou revogação necessária, tal como ocorreu com a revogação do DL nº 59/99. Aparentemente a exclusão do MP do ato público reduz o controle do órgão sobre os referidos atos, mas na verdade alude a uma coerente adequação para conduzi-lo a outras atribuições, sem excluir a função constitucional da defesa objetiva da legalidade administrativa prevista no ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro existem previsões específicas quanto à possibilidade de intervenção do cidadão ou de entidade que o represente destinadas a provocar o Ministério Público em investigar supostas ilegalidades correntes em procedimentos de contratação pública, além da garantia ao direito de petição contido no art. 5º, XXXIV, "a" da CRFB, conforme apontadas no capítulo anterior. Em Portugal, apesar das múltiplas citações normativas sobre o MP quanto a função de fiscal da lei (inclui observar a legalidade dos atos da administração pública), não há garantias dedicadas ao cidadão neste sentido, tal como no Brasil, contando apenas com o direito de petição previsto no art. 52º da CRP.

O direito de petição, abordado no capítulo anterior, permite aos cidadãos (individual ou coletivamente organizados) apresentar petições, representações, reclamações ou queixas²⁴⁸ perante os órgãos de soberania, às regiões autônomas ou a quaisquer autoridades públicas com o objetivo de, além de outros, defender a

²⁴⁷ A insuficiência de magistrados do MP para atuar no território nacional dificulta a execução eficiente das funções do órgão, aliada a outros fatores, reflete negativamente no atendimento dos interesses da sociedade. cfr. «<http://www.advocatus.pt/actual/11679-ant%C3%B3nio-ventinhas-%E2%80%9Cexiste-uma-falta-gritante-de-meios-humanos-tribunais%E2%80%9D.html>» Acesso em 28.03.15. Neste sentido, vale conferir, entre as conclusões do X Congresso do Ministério Público, um dos atuais desafios: manter a sua independência e reafirmar suas responsabilidades, impulsionando o interesse público na direção do acesso igualitário dos cidadãos ao direito, especialmente conduzindo a defesa dos desfavorecidos e incapazes, obrigando-se ainda a pugnar pelos interesses coletivos e difusos, sempre visando o bem comum e perscrutando a comunidade no empenho de intervir e contribuir na tomada de soluções e resolução de impasses. *X Congresso do Ministério Público, realizado de 5 a 8 de Março de 2015, em Vilamoura-Portugal, com o tema "Qualidade na Justiça, Qualidade da Democracia"*. Disponível em «<http://xcongresso.smmp.pt/>». Acesso em 28 de março de 2015.

²⁴⁸ Lei 43/90, de 10 de agosto – Art. 2º/4 - Entende-se por queixa a denúncia de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, bem como do funcionamento anómalo de qualquer serviço, com vista à adoção de medidas contra os responsáveis.

Constituição e as leis, previsões que traduzem a defesa da legalidade nos procedimentos de contratação pública, além de outras garantias nelas previstas.

Quando o cidadão, entidade que o represente ou qualquer interessado em contratar com a administração pública observa a prática de atos ou omissões incompatíveis com a legalidade de determinado procedimento de contratação, considerando os aspectos formais e materiais, pode provocar o MP, por escrito, nas diversas formas disponíveis, inclusive por meio eletrônico, direito que exige a um sistema informático pelo órgão onde foi entregue o documento²⁴⁹.

Uma das funções do Ministério Público é atuar quando houver indícios de ilegalidade no âmbito da Administração Pública e, conseqüentemente, o poder-dever de realizar as providências necessárias a obstar ou sanar possíveis irregularidades em procedimentos de contratação, quando for o caso, tarefa que pode ser provocada pelo cidadão baseado no direito de petição, vez que é uma autoridade pública legítima para receber as reclamações dos cidadãos.

4.7 *Ombudsman* e Provedor de Justiça

4.7.1 O *Ombudsman*²⁵⁰ significa em sueco *homem encarregado de missão pública* intermediária, representante; designa atualmente um tipo de controle realizado sobre a Administração Pública utilizado em vários países com particularismos nacionais quanto ao modo de designação, poderes e diferentes terminologias, *e.g.*, na França *Mediateur*, na Inglaterra *Solicitor General* ou *Prosecutor of Civil Affairs*, em Portugal Provedor de Justiça, na Espanha *Defensor del Pueblo*, denominação também adotada na Argentina e no Peru (Medauar, 2012:148).

É um controle que difere daqueles realizados por meio de petições ou recursos administrativos, o *Ombudsman* recebe reclamações contra a Administração e tem o poder de, em alguns casos, emitir parecer (Medauar, 2012:148). Etimologicamente a origem é do nórdico primitivo (língua germânica) que se traduz em representante, significado

²⁴⁹ cfr. arts. 9º, 14º e 18º da Lei 43/90, de 10 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 6/93, de 1 de Março e Lei n.º 15/2003, de 4 de Junho e Lei n.º 45/2007, de 24 de Agosto.

²⁵⁰ Sobre *ombudsman* cfr.: Caio Tácito P. de Vasconcelos, *O controle da Administração e a nova Constituição do Brasil*, RDA 90/28, out.-dez, 1967; F. Alves Correia, *Do ombudsman ao provedor de justiça*, in: Portugal Político, org. Batista Coelho; Donald C. Rowat, *The ombudsman citizen's defender*.

absorvido na representatividade e independência necessárias perante os órgãos na defesa dos direitos dos cidadãos (Oliveira e Paulino, 2012:76).

A origem do *Ombudsman* na Suécia, por volta de 1713, ocorreu por iniciativa do rei Carlos XII quando ausentava-se para operações militares e diplomáticas e designava um representante de sua confiança que, entre diversas funções, supervisionava a conduta dos encarregados de coletar os impostos dos cidadãos, dos juízes e outros funcionários; foi incorporado na Constituição daquele país em 1890, ao tempo do regime parlamentar, na figura do *Riksdagens Justitieombudsmän*, delegado do parlamento encarregado de controlar o respeito das leis e regulamentos nas atividades dos funcionários e juízes (Medauar, 2012:149).

A tradição sueca foi retomada na Finlândia²⁵¹, após a primeira guerra mundial, por ocasião de sua independência da Rússia e, mesmo os cem anos aproximados de anexação não foram suficientes para desmotivar a acolhida de um *Riksdag Justitie Ombudsmän*, ou *Eduskunnan Oikeusasiamies*, em 1919 por força da Constituição. A difusão do controle por *Ombudsman* atingiu os cinco continentes, com a criação de instituições similares ao Comissário Parlamentar Sueco, na Dinamarca em 1953, Noruega e Nova Zelândia em 1962, Guiana Inglesa em 1966 e incorporado como instituição comunitária europeia em 1992 (Cardoso, 2008:136).

Hoje, tomando por base a experiência sueca, o *Ombudsman* tem atuação relevante em favor dos cidadãos e não necessariamente contra o Estado porque coloca-se como um mediador da ‘paz’. O controle exercido sobre a atividade estatal, da administração local, dos tribunais, autoridades militares ou quaisquer estabelecimentos públicos (prisões, hospícios, hospitais, escolas, etc), excluídos os ministros de Estado, os ministros da Corte Suprema e do Conselho de Estado, possibilita uma atuação contra omissões ou práticas desconformes com os preceitos legais, a formulação de sugestões e medidas a serem tomadas pela Administração se o Parlamento não adotar as medidas necessárias para sanar os problemas indicados (Medauar, 2012:151). É uma instituição duradoura, incumbida de tarefas públicas em favor dos cidadãos que, se bem cumpridas, convergem em favor da eficiência da atividade estatal.

²⁵¹ Cfr. o site oficial: <http://www.oikeusasiamies.fi/Resource.phx/ea/english/ombudsman/history.htm>

A ideia do *Ombudsman* como realizador do controle da Administração Pública foi expandida para empresas privadas de grande porte que contratam esse profissional para indicar falhas e receber reclamações de clientes, prática adotada em alguns países, inclusive no Brasil, no âmbito jornalístico, para mediar o leitor, delator das falhas dos jornalistas (Medauar, 2012:150), ainda que o cargo em questão seja desprovido do poder de punição dos profissionais e da mídia, desatentos às responsabilidades morais, éticas e legais, é reconhecido nos meios jornalísticos com a função de “despertar a consciência” dando voz ao público (Oliveira e Paulino, 2012:78).

A trajetória histórica do *Ombudsman* desde sua primeira experiência sueca mostra-se positiva e progressivamente difundida para as diversas áreas do público e do privado, consideradas as especificidades, principalmente em razão das iniciativas governamentais, o que exige do cidadão um olhar cauteloso para se evitar o desencorajamento ao exercício de participação na Administração Pública, mesmo quando realizada de forma indireta.

Os fatos confirmam o *Ombudsman* como um instrumento de intervenção indireta do cidadão no Estado. A existência deste órgão favorece a democracia e contribui na defesa dos direitos fundamentais, amparada na independência institucional normativa, mesmo com as limitadas competências na solução dos conflitos, hoje muito mais designado a conciliador das angústias democráticas. Sua contínua evolução deve visar aprimoramentos para torná-lo cada vez mais percebido pelos cidadãos como um verdadeiro meio de conquistas e garantias democráticas, entre inúmeras, o controle da legalidade nos procedimentos de contratação pública ou mesmo a garantia do direito de participação dos cidadãos nesses procedimentos, fundamentado no princípio da participação popular.

4.7.2 Provedor de Justiça Europeu

O Provedor de Justiça Europeu²⁵², de igual modo ao Tribunal de Contas Europeu, foi institucionalizado pelo Tratado da União Europeia e fundamentado na ideia de cidadania comunitária; nomeado pelo Parlamento Europeu, tem funções idênticas ao

²⁵² O Provedor de Justiça Europeu foi instituído no Tratado da Comunidade Europeia (art. 195º), em conformidade com o Tratado da União Europeia (art. 8º); o art. 43º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia faz referência ao órgão no título sobre cidadania, referendando sua importância como meio de garantia da cidadania.

Provedor de Justiça nacional, respeitadas as especialidades; tem o poder de receber queixas apresentadas por cidadão (singular ou coletivo) ou por residente de qualquer Estado-Membro motivadas pela má administração das instituições, órgãos e organismos comunitários, com exceção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância Europeus nas respectivas funções jurisdicionais (Pereira, 1999b:11-13).

A defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos comunitários impõe ao Provedor de Justiça Europeu identificar os casos de má administração pública e fazer as recomendações necessárias para corrigir as falhas. A noção de má administração pode incluir, por exemplo, irregularidades e omissões administrativas, abuso de poder, negligência, procedimentos ilegais, violação de igualdade, disfunção ou incompetência, discriminação, atraso evitável, falta de informação ou recusa de a prestar, entre tantas outras possibilidades (Pereira, 1999b:13). Desencorajar atitudes que coloquem em risco a boa administração e os direitos fundamentais dos cidadãos, além do dever de esforçar-se para o cidadão ser bem recebido pela Administração Pública, ou seja, tratados com equidade, razoabilidade e sensibilidade são tarefas impostas ao Provedor²⁵³.

Quando a adjudicação de contratos e a atribuição de subvenções envolvem relações contratuais com a administração da EU, exige-se o cumprimento de critérios precisos e claros quanto às definições e à aplicação das disposições suscitam avaliações complexas que podem ser analisadas pela Provedoria de Justiça para verificar se há ou não erros manifestos²⁵⁴, competência que contribui no controle dos contratos da Administração Pública europeia. O cidadão singular ou coletivo comunitário pode intervir através do Provedor de Justiça Europeu em casos de ilegalidades praticadas pelas instituições, órgãos e organismos comunitários em procedimentos de contratação de bens e serviços, fortalecendo a cidadania participativa, expressão da democracia.

4.7.2.4.2 Provedor de Justiça em Portugal

O Provedor de Justiça, inspirado no *Ombudsman* sueco²⁵⁵, foi primeiramente previsto no DL n° 212/75, de 21 de abril e posteriormente consagrado na CRP de 1976

²⁵³ cfr. em « <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/activities/annualreports.faces>», p. 2. Acesso em 08.04.15.

²⁵⁴ cfr. em « <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/activities/annualreports.faces>», p. 28. Acesso em 08.04.15.

²⁵⁵ No mesmo sentido cfr. Canotilho, 2003:513.

(art. 23º)²⁵⁶. É um órgão do Estado em si mesmo que, apesar de o cargo de Provedor de Justiça ser eleito pela Assembleia, possui caráter público independente, porém não é uma entidade administrativa independente, visto que não possui natureza administrativa (Canotilho e Moreira, 2014:440). Tem como principal a responsabilidade de persuadir os órgãos da Administração Pública a repararem injustiças cometidas por atos e omissões e a melhorarem a prestação da atividade pública em favor dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos (Ravara, 2013:9).

Nos termos da Lei nº 9/91, de 9 de abril (Estatuto), o Provedor de Justiça tem *por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos* (art. 1º). Segundo Canotilho e Moreira (2014:440) o dever de garantir os direitos fundamentais não se restringe apenas aos direitos, liberdades e garantias em geral, mas a todos eles, perante os órgãos do Estado²⁵⁷, vez que previsto na parte I “Dos Direitos e Deveres Fundamentais” da CRP. É um importante meio de defesa desses direitos e se estabelece como um órgão de garantia da Constituição. Os direitos fundamentais não se restringem aos consagrados na Constituição mas a quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional (art. 16º da CRP) que podem ser alcançados pela defesa do Provedor na defesa de todos os direitos fundamentais que pode estrapolar o âmbito público²⁵⁸.

²⁵⁶ A constitucionalização do Provedor de Justiça se traduz, na prática, em mais segurança jurídica ao órgão na medida em que se coloca na esfera de supremacia em face da hierarquia das normas. Para Maria Lúcia Amaral (2002:56) o Provedor de Justiça ao ter sido introduzido na Constituição, recebeu um domínio não alcançado pela regulação ordinária, ou seja, pode-se dizer que o constituinte assim conduziu justamente *para excluir a competência do legislador ordinário em todos os domínios relativos à sua criação e conformação essencial*.

²⁵⁷ O entendimento de Estado aqui expresso relaciona-se com o âmbito de competência definido no art. 2º do Estatuto, nomeadamente: Administração Pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público, das entidades administrativas independentes, das associações públicas, designadamente das ordens profissionais, das entidades privadas que exercem poderes públicos ou que prestem serviços de interesse geral, pode ainda incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da proteção de direitos, liberdades e garantias.

²⁵⁸ Importante destacar entendimento de J. J. Gomes Canotilho quanto o deslocamento do campo de atuação do Provedor de Justiça do público para o privado quando estiverem em causa direitos fundamentais (1996) defende que quando há deslocamento das angústias dos cidadãos inerentes aos direitos fundamentais para o campo privado o Provedor de Justiça, neste sentido faz referência ao conteúdo do CPA (art. 133º/2/d - revogado) que considera nulos os atos que ofendem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mais o DL nº 446/85 que aduz quanto a proibição de cláusulas gerais de contratos violadores de direitos, liberdades e garantias! (Canotilho, J. J. Gomes. (1996) *Provedor de Justiça – 20º Aniversário 1975-1995*, Lisboa: Provedor de Justiça, p. 59 e ss.)

Importante destacar cinco objetivos essenciais que motivaram o legislador à inserção sistemática do Provedor de Justiça na área dos princípios gerais dos direitos fundamentais, segundo observações de Maria Eduarda Ferraz (2008:15-16):

- a) Associar a instituição de forma imediata à defesa dos referidos direitos dos cidadãos;
- b) Reforçar a natureza independente do órgão colocando-o fora dos capítulos inerentes às organizações econômicas e poder político;
- c) Destacar a amplitude das matérias sob a competência do órgão;
- d) Ratificar a legitimidade de qualquer cidadão recorrer ao órgão, que se destaca pela inexistência de limitações de acesso;
- e) Destacar a relevância da tarefa do Estado de viabilizar o exercício de queixa dos cidadãos.

Os objetivos relacionados confirmam a intenção do constituinte ao estabelecer a posição do órgão no referido capítulo: primeiro para integrá-lo diretamente à principal função (garantir os direitos fundamentais dos cidadãos) e, segundo, posicioná-lo de modo a permitir uma atuação independente, requisitos imprescindíveis a uma atuação eficiente em favor dos cidadãos e, por vezes, contra o Estado²⁵⁹.

O órgão tem seu titular escolhido entre cidadãos com requisitos de elegibilidade para a Assembleia da República e comprovada reputação de integridade e independência; designado pela Assembleia da República por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos que estejam em efetividade de funções; o titular é eleito para um mandato de quatro anos, goza de independência, inamovibilidade, imunidades, além de direitos, honras, precedência, categoria, remunerações e regalias idênticas às de ministro, incluindo o vencimento mensal correspondente a 65/prct. do vencimento do Presidente da República, um abono mensal para as despesas de representação no valor de 40/prct. do referido vencimento (Lei n.º 4/85, de 9 de abril). Importante destacar ainda que a função de Provedor de Justiça é

²⁵⁹ Saliente-se que o Estado nunca pode ser contra os interesses dos cidadãos, exceto se colidirem com o interesse público.

incompatível com quaisquer funções ou atividades (de caráter público) em órgãos de partidos ou associações (Estatuto do Provedor de Justiça) e visa garantir a independência na execução das atividades.

A obrigação de sigilo quanto aos fatos que tenha conhecimento no exercício das suas funções em razão da natureza dos mesmos é dever de alta relevância do titular; conta o titular com o apoio de um gabinete composto por um de chefe, três adjuntos, quatro secretários, dois provedores- adjuntos, coordenadores e assessores. E mais, com o objetivo de fortalecer a responsabilidade da Provedoria, o seu titular, os provedores-adjuntos de Justiça, os coordenadores e os assessores são considerados autoridades públicas, inclusive para efeitos penais. Convém frisar que as demais autoridades e agentes de autoridade devem auxiliar o Provedor de Justiça quando assim requisitados com o fim de colaboração no desempenho de suas funções (Estatuto do Provedor de Justiça).

Importante destacar que a atividade do Provedor é provocada, principalmente, pelas queixas apresentadas pelos cidadãos, não obstante uma atuação por iniciativa própria com base em informações que tenha conhecimento (v. g., pela imprensa), fundamentada na autonomia de sua atuação (Canotilho e Vital, 2014:441).

Apresentadas as características do Provedor de Justiça quanto a principal função, nomeadamente a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, abordar-se-á adiante como as competências se relacionam com o cidadão:

- a) Enviar solicitações aos órgãos dos poderes públicos com o objetivo de sanar as falhas (por ação ou omissão) ou a melhoria da organização e procedimentos administrativos dos respetivos serviços que prejudiquem ou ponham em risco os direitos fundamentais dos cidadãos;
- b) Encaminhar ao Presidente da Assembleia, ao Primeiro-Ministro, demais ministros, presidentes das assembleias legislativas das regiões autónomas ou presidentes dos governos regionais sugestões de alterações e revogações legislativas ou mesmo recomendações de interpretação e leis novas;
- c) Emitir parecer sobre assuntos de sua competência quando solicitado pela Assembleia da República;

- d) Divulgar sobre o significado dos direitos fundamentais, os objetivos e meios de acesso ao órgão;
- e) Intervir na tutela dos interesses coletivos ou difusos, quando estiverem em causa entidades públicas, empresas e serviços de interesse geral;
- f) Agir em casos de inconstitucionalidade (inclusive por omissão) ou ilegalidade de normas, devendo requer as providências jurídicas perante o Tribunal Constitucional.

O ordenamento jurídico confirma, conforme visto, os poderes necessários ao cumprimento das responsabilidades do órgão em favor dos cidadãos, da democracia, dos valores sociais e da melhoria da prestação dos serviços da Administração Pública. São poderes legais suportes à realização das obrigações que exigem procedimentos administrativos, compostos por atos válidos, na prossecução do interesse público. Alerta-se que a satisfação das necessidades coletivas definidas em lei, obrigação de todos os órgãos e entidades da Administração Pública, não está condicionada somente à verificação legal, mas também ao caráter jurídico impulsionado pela racionalidade jurídica global, porque o princípio da juridicidade hoje define melhor a relação entre o direito e a Administração Pública e se sobressai ao da legalidade (Andrade, 2003:14), apesar da natureza informal, não jurisdicional e insubordinada a determinadas regras processuais (Canotilho e Moreira, 2014:442).

A validade dos atos do Provedor depende de conformidade jurídica, especialmente com os preceitos constitucionais; seus poderes não podem ser delegados a outros órgãos e, sendo órgão de soberania, somente a Constituição é legítima para definir sua formação, composição, competência e funcionamento, mesmo sem detalhamento quanto à sua estrutura; a legislação ordinária pode inserir outras competências aos órgãos de soberania, desde que os novos poderes não briguem com os poderes, em outras palavras, a lei não pode mesmo é subtrair algumas das faculdades que lhe caibam ou diminuam o conteúdo (Miranda, 2002:46-47).

Os poderes do Provedor de Justiça conferem uma independência característica, não jurisdicional, na defesa dos administrados, muito além da defesa da legalidade da administração, *previne e repara injustiças* (Canotilho e Moreira, 2014:442). Ora, para o

exercício de sua missão constitucional são necessários poderes (art. 21º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril) legais e legítimos para possibilitar a concretização de suas funções, nomeadamente:

- a) Realizar visitas de inspeção sem a necessidade de aviso prévio aos órgãos públicos ou quaisquer entidades sujeitas ao seu controle, com o objetivo de averiguar situações de ilegalidade, podendo ouvir os representantes dos órgãos e entidades inspecionados, solicitar informações ou a exibição de documentos quando necessário. Os órgãos e agentes da Administração Pública, quando interpelados pelo Provedor de Justiça nas inspeções desencadeadas por queixas dos cidadãos ou por iniciativa própria, têm o dever constitucional de cooperar (art. 23º/4 da CRP);
- b) Proceder a investigações e inquéritos, podendo agir de modo discricionário quanto a escolha do procedimento para a recolha e produção de provas, sem contrariar os direitos e interesses legítimos dos cidadãos;
- c) Buscar a solução dos problemas com a colaboração dos órgãos competentes, que infrinjam direitos e interesses dos cidadãos.

Os poderes conferidos ao órgão ultrapassam a limitação e as pendências dos meios graciosos e contenciosos previstos no ordenamento jurídico, mas que estão limitados pela impossibilidade de anular, revogar ou modificar os atos dos poderes, nem sua intervenção suspende quaisquer prazos, os de recurso hierárquico e contencioso (art. 22º/1 do Estatuto). Excluem-se da competência de inspeção e fiscalização do Provedor de Justiça os órgãos de soberania (art. 110º da CRP), além dos órgãos de governo próprios das regiões autónomas, exceto em relação à atividade administrativa e aos atos dela decorrentes (art. 22º/2 do Estatuto). Nesse sentido, Canotilho e Moreira (2014:441) ressaltam a desarmonia do comando estatutário à luz da CRP que não estabelece limites à competência do Provedor ao garantir-lhe uma atuação ampla sobre os poderes públicos e todos os tipos de atos públicos, exceto os atos jurisdicionais²⁶⁰ (cfr. arts. 203º e 205º da

²⁶⁰ Os atos e omissão inerentes à atividade administrativa dos órgãos jurisdicionais estão sujeitos às intervenções do Provedor, cfr. art. 22º/3 do Estatuto do Provedor de Justiça; as queixas apresentadas por

CRP); acrescentam-se, além dos atos ou omissões da Administração, as atividades política e legislativa do Estado e dos respectivos órgãos; por outro lado é pacífica, normativamente, a abrangência de sua atuação sobre a Administração. Não escapa nenhum órgão quando da execução de atos administrativos da atuação do Provedor de Justiça, um dos pressupostos de garante da contínua busca de melhoria da prestação da atividade administrativa.

É dever do Provedor enviar relatório anual à Assembleia da República constando as atividades, as iniciativas adotadas em razão das queixas recebidas, bem como o histórico das diligências e resultados obtidos (art. 23º da Lei 9/91, de 9 de abril), além de informativo. O documento representa, de certa forma, um importante instrumento no controle de sua própria atividade pelo poder Legislativo (não há hierarquia de poder) ou mesmo pelos cidadão que, cientes das informações, podem levantar fatos sobre a correta consecução das tarefas do Provedor. Mesmo considerando o poder conferido pela Lei Fundamental como “órgão do Estado independente”, e não autoridade administrativa independente, mais próximo do conceito de “órgão parlamentar independente”, não o afasta, de certo modo, do controle do próprio órgão que o designa (Cardoso, 2008:158). Não é o cerne da abordagem o controle sobre o Provedor, mas sim, o controle que ele pode exercer sobre a administração por iniciativa própria ou por provocação do cidadão; mesmo sem poder decisório (art. 23º/1 da CRP) é aliado importante na defesa do Estado de Direito Democrático e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No 11º relatório²⁶¹ apresentado à Assembleia da República em 1986, Ângelo Vidal d’Almeida Ribeiro, Provedor de Justiça, declarou com clareza a importância do cidadão comum (mesmo sem preparação jurídica) ter consciência cívica suficiente para solicitar a intervenção do órgão com o objetivo de requerer junto ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de numerosas disposições legais. A ideia colocada pelo Provedor, apesar de enaltecer o cidadão comum no exercício de seu direito de participação, especialmente em relação à consciência cívica, levanta, por outro lado, uma preocupação quanto à certeza dessa consciência, ou seja, se os cidadãos de um modo geral reconhecem o Provedor de Justiça como um aliado às suas queixas. Desde sua

militares ou agentes militarizados das Forças Armadas só podem ser apreciadas após esgotados os meios internos, cfr. art 2º/1 da Lei n.º 19/95, de 13 de maio.

²⁶¹ Cfr. em «<http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Rel1986.pdf>» Acesso em 29.03.15.

constituição, os dados estatísticos²⁶² demonstram o crescente reconhecimento do Provedor de Justiça como defensor dos direitos e interesses dos cidadãos, em face dos órgãos que compõem os poderes públicos (exceto os referidos na norma).

O cidadão (individual ou coletivo), (Canotilho e Moreira, 2014:441) nacional ou estrangeiro ou o próprio funcionário e agente dos poderes públicos nas relações com estes²⁶³, motivados por ações ou omissões dos poderes públicos, têm o direito de queixa, no exercício do particular direito de petição (art. 52º/1 da CRP) perante o Provedor de Justiça (art. 23º/1 da CRP), quando está em causa a concretização de direitos económicos, sociais e culturais, sem limitação aos direitos, liberdades e garantias; a queixa pode atingir matérias relacionadas a violações de direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações jurídicas especiais de poderes privados e deve ser submetida a uma análise mais cuidadosa pelo Provedor, mesmo que ultrapasse o direito público incida nos direitos fundamentais (Canotilho, 2003:513).

Há uma interconexão dinâmica entre direitos fundamentais e procedimento com incidências relevantes para o particular (cidadão), por exemplo, o direito de participação no procedimento administrativo e o direito de ser ouvido, quando justo, produz efeitos positivos nas comunicações de atos pré-procedimentais (consultas ou outras fases) produz efeitos práticos com a institucionalização de várias formas de participação (conferências, consultas, avisos, esclarecimentos, etc) e de interação entre os interessados e a Administração Pública (Canotilho, 2003:514).

O Provedor de Justiça tem sido notado pelo cidadão como um meio de intervenção na Administração Pública na defesa da legalidade, dos direitos e garantias fundamentais, que, após analisar a conformidade das queixas, decide sobre os atos a serem adotados, podendo gerar arquivamento ou uma eventual fiscalização. Os resultados positivos têm sido notados no âmbito do controle da Administração Pública, com a contribuição do

²⁶² Em 2013, de acordo com o relatório anual do Provedor de Justiça, houve um total de 8.521 processos entrados; comparado ao ano de 1976, primeiro ano de consagração constitucional do órgão, computaram-se 1.588 queixas (1373 escritas e 215 verbais), um número que, apesar de reduzido, foi significativo para o período; os números demonstram por si só o crescimento da busca do Provedor de Justiça pelos cidadãos. Disponível em «http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Relatorio_Assembleia_1976.pdf. Acesso em 30.03.15.

²⁶³ Quando há possibilidade de os órgãos ou entidades rejeitarem queixas contra outros, obriga-se o Provedor de Justiça receber a queixa, se assim for requisitado, por ser essencialmente um órgão defensor do cidadão e das suas organizações contra os poderes públicos (CANOTILHO e MOREIRA, 2014:441).

cidadão, que adota o órgão como um “instrumento de cidadania”, assim confirmam os dados apresentados pela Provedoria de Justiça²⁶⁴:

- a) Em 2008 a Provedoria recebeu 6. 948 queixas (escritas, verbais e por via eletrônica), destacando-se a forma escrita como o meio mais utilizado, contou ainda com 13 de iniciativa própria, totalizando 6. 961 processos entrados;
- b) Entre 1997 e 2007 tramitaram 1. 685 processos em instrução, números que confirmam o expressivo aumento de processos em 2008, ano que sozinho representou um acréscimo de 413%, em relação aos dez anos anteriores dos processos em instrução;
- c) Dos 6. 961 processos entrados em 2008 foram arquivados 5. 611, ou seja, 80,6% do total; entre os motivos de arquivamento destacam-se a falta de fundamento (28,7%) e os resolvidos com a intervenção essencial do Provedor (25,7%);
- d) Quanto às características dos reclamantes que buscaram o órgão no ano de 2008, 8.063 são cidadãos individuais e 605 entidades ou organizações representativas dos cidadãos.

Os dados confirmam a aceitação do órgão como meio de defesa de direitos dos cidadãos, especialmente para os cidadãos individuais; mais, dos assuntos abordados em 2008 nos processos 90% têm relação com emprego público, 9% com organização administrativa e 5% destinam-se a outras áreas.

Os dados adiante trazem algumas conclusões: a) dos 165 processos distribuídos por área temática do ordenamento do território, 28 estão relacionados com “obras públicas ou de interesse coletivo”, representando 16% do total dos processos da referida área; b) dos 6. 961 processos da Provedoria referentes a 2008, apenas 28, ou seja, 0,4% destinaram-se às demandas sobre obras públicas²⁶⁵, número pouco expressivo em relação aos 9. 045²⁶⁶

²⁶⁴ cfr. em «http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Relatorio_Assembleia_2008.pdf. Acesso em 30.03.15.

²⁶⁵ Cfr. em «http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Relatorio_Assembleia_2008.pdf. Acesso em 30.03.15.

²⁶⁶ Cfr. em «<http://www.base.gov.pt/Base/pt/Estatisticas/GraficoTemporal>»

contratos de empreitada de obras públicas celebrados no ano de 2011²⁶⁷, por exemplo. Frise-se ainda que a média de processos relacionados com obras públicas entre 2000 e 2008 foi de 28,4% por ano, não tendo no período ultrapassado significativamente a média, o que denota pouca procura ao órgão para tratar sobre assuntos dessa natureza.

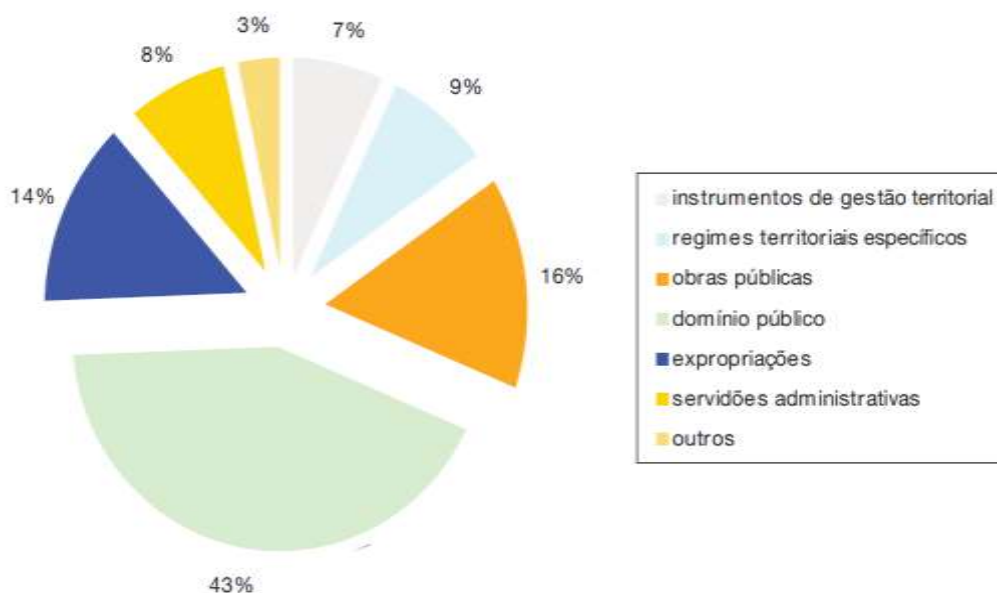


Figura 7: Ordenamento do Território e Obras Públicas

Foi utilizado como referencial estatístico o ano de 2008 por ter sido um ano expressivo em número de processos recebidos pelo Provedor de Justiça em relação aos dez anos anteriores. Para melhor configurar a busca do órgão pelos cidadãos, é oportuno trazer à baila os dados mais recentes apresentados sobre o ano de 2013²⁶⁸:

- a) Foram abertos 8.521 processos, sendo 8.512 provenientes de queixas (2.433 escritas, 625 verbais, 5.454 eletrônicas) e 9 de iniciativa do Provedor de Justiça. Destaque-se que das queixas, 64% foram por via eletrônica, evidenciando assim a importância da manutenção de *sites* para possibilitar o acesso a informações pelos cidadãos e assim contribuir para o exercício da cidadania participativa,

²⁶⁷ Os primeiros dados estatísticos apresentados pelo portal do governo (www.base.gov.pt) são referentes ao ano 2011, não estando, portanto, disponíveis os de 2008.

²⁶⁸ Cfr. em « http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Relatorio_2013.pdf » Acesso em 30.03.15.

especialmente em relação às contratações públicas, ainda pouco suscitadas perante o órgão;

- b) Quanto aos tipos de queixosos, 17.687 foram pessoas singulares e 432 pessoas coletivas;
- c) Foram arquivados 6.049 dos processos, portanto 71% deles.
- d) Apenas 16 processos trataram sobre contratação pública.

Tabela 3: Relatório Anual Apresentado à Assembleia da República – ano base 2008²⁶⁹

Processos novos - assunto	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
J. Gestão de resíduos e efluentes	7	9	-	-	3	6	14	13	9
K. Produtos inflamáveis, tóxicos ou explosivos	4	5	-	-	5	6	7	6	4
L. Outros	8	-	29	14	2	-	-	2	-
ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO	108	127	92	149	184	236	195	195	165
1. Geral	32	49	25	34	54	81	61	64	55
A. Instrumentos de gestão territorial	2	9	4	4	3	19	19	13	12
B. Regimes territoriais específicos (áreas protegidas, RAN, REN)	11	11	12	12	12	18	8	11	15
C. obras públicas ou de interesse público	19	29	9	14	39	44	34	40	28
2. Domínio público	54	64	44	67	81	88	70	78	65
A. via pública (quiosques, esplanadas, reclamos, estacionamento tarifado, iluminação pública)	42	32	36	48	44	48	40	45	31
B. estradas e caminhos públicos	8	15	6	8	21	22	15	21	20
C. domínio público, marítimo e fluvial	-	8	2	9	4	11	6	8	8
D. outros (zonas verdes, etc.)	4	9	-	-	12	7	9	4	6
3. Expropriação por utilidade pública	18	8	17	35	34	44	40	28	25
A. procedimento	6	-	9	26	27	27	16	16	16
B. falta de procedimento (esbulho)	12	8	8	9	7	16	20	12	9
C. reversão	n.d.	n.d.	-	-	-	1	4	-	-
4. Servidões administrativas	4	4	6	7	9	19	16	19	14
5. Outros (emparcelamento, baldios, preferEncia)	-	2	-	6	5	4	8	6	6

Ora bem, embora os meios de ação do Provedor de Justiça sejam fundamentalmente as recomendações aos poderes públicos para prevenir e reparar as injustiças (art. 23º/1 da CRP), não podendo dar-lhes ordens ou assumir suas competências, mas têm a garantia

²⁶⁹ Cfr. em «http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Relatorio_Assembleia_2008.pdf. » Acesso em 30.03.15.

legal de obter o pronunciamento sobre o assunto levantado perante o órgão num prazo de 60 (sessenta) dias sobre a posição que pretendem adotar. Mais, não é lícito a administração ficar indiferente perante recomendações proferidas pelo Provedor (Canotilho e Moreira, 2014:443).

O papel do Provedor de Justiça perante a sociedade é sem dúvida relevante, do ponto de vista jurídico (tem a garantia das normas) e prático (conferido nas ações realizadas) e contribui para uma Administração Pública eficiente e atenta aos direitos e interesses dos cidadãos, mesmo que em relação ao controle das contratações públicas o órgão não registre um número expressivo de queixas. Partindo-se de uma realidade geral, o cidadão tem confiado muitas de suas angústias e necessidades ao Provedor de Justiça, assim confirmam os dados, apesar de ser um meio de intervenção ainda a se solidificar em razão de problemáticas provenientes de procedimentos de contratação pública, mas sem dúvida, a confiança depositada no Provedor de Justiça, independente da matéria, fortalece o Estado de Direito Democrático e o órgão como elo de ligação que une os cidadãos ao Estado, facilitado pela intervenção do órgão, não somente pelo papel institucional, mas, especialmente, *pela dimensão humana que ela envolve* (Mensagem do Provedor de Justiça – José Faria da Costa)²⁷⁰.

O legislador português outorgou ao Provedor de Justiça uma independência orgânica, pessoal e funcional peculiar, diferente de muitos outros modelos de *ombudsman* e, relativamente aos órgãos de soberania e outros centros institucionalizados de interesse público ou privado, é caracterizado por um estado de não sujeição a ordens ou instruções de outras autoridades, alcançada por mecanismos jurídicos e de comportamento (Cardoso, 2008:159 e ss).

A independência do Provedor de Justiça contribui indiretamente no processo democrático na medida em que cria espaços de aproximação do cidadão e estabelece um diálogo, ouve suas “queixas” e assegura, no limite de sua competência, o respeito aos direitos fundamentais. No âmbito das contratações públicas, o Provedor de Justiça é um caminho informal para o cidadão indiretamente intervir em favor da legalidade ou mesmo quando lhe sejam tolhidos determinados direitos por órgãos que estejam a realizar procedimentos de contratação. Nesse sentido, é importante o empenho do órgão para

²⁷⁰ Cfr. em «http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Relatorio_2013.pdf» Acesso em 31.03.15.

desenvolver iniciativas de educação para a cidadania que abordem, entre outros, assuntos relacionados com contratações públicas.

4.7.4 *Obudsman* no Brasil

O Brasil não adotou o sistema do *Ombudsman* nos moldes de Portugal e da Suécia, apesar de algumas tentativas registradas em 1981 com o projeto de emenda constitucional encabeçado pelo Deputado Mendonça Neto, propondo o cargo de Procurador-Geral do Povo; no mesmo ano, outra iniciativa do Deputado José Costa visou a criação da Procuradoria-Geral do Poder Legislativo; em 1984 um projeto de lei proposto pelo Deputado Jonatas Nunes visou a criação do Procurador Popular e, neste ano, o Deputado Marco Maciel depositou projeto para se adotar o Ouvidor Geral (Medauar, 2012:160). Nenhuma das iniciativas logrou êxito, tampouco representaram os ideais de autonomia e independência necessários ao desempenho do *ombudsman* na defesa dos interesses do cidadão, no Brasil foi direcionado para a iniciativa privada como ouvidoria.

A função do *Ombudsman* concretizou-se no Brasil por iniciativas privadas para promover a “ligação” entre a empresa e os cidadãos, na defesa de seus direitos e interesses, privilegiando a prevenção, obtendo como reflexo, um melhor posicionamento da empresa no mercado ao aperfeiçoar a qualidade de seus produtos motivada pelas intervenções dos cidadãos através do ouvidor (Vismona, 1998)²⁷¹, destacando-se, primeiramente, no campo jornalístico.

A primeira ouvidoria pública no Brasil foi criada no município de Curitiba (Decreto nº 215/86, de 21 de março de 1986) com a finalidade de atuar na defesa de direitos e interesses individuais dos cidadãos, contra atos e omissões da Administração Pública Municipal, encerrada quatro anos depois; Curitiba acolheu no ano seguinte o 11º Simpósio Latino-Americano do *Ombudsman*, de onde surgiu a Carta de Curitiba sobre o instituto do *Ombudsman*, dando seguimento aos acontecimentos e discussões em torno do assunto (Tácito, 1988:23). Convém salientar que a ouvidoria não foi construída com a

²⁷¹ Cfr. em «<http://www.imesc.sp.gov.br/imesc/rev1d.htm> » Acesso em 31.03.15.

independência e autonomia necessárias à consecução da defesa do cidadão nos moldes sueco e português.

Considerando que a deficiência no controle da contratação pública deve superar a barreira do controle formal e uma legislação repressiva não basta para conter os desvios de poder, a má gestão dos recursos públicos e a corrupção (Guimarães, 2002:111), a implementação de mudanças favoráveis ao controle efetivo sobre os atos na citada área sugere algumas providências: entre tantas, primeiramente, uma lei que institua o *Ombudsman*; num segundo momento, após a instituição e consolidação do órgão, a divulgação de informações sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, incluindo as garantias de participação no controle das contratações públicas e as formas ágeis de acesso ao órgão, a exemplo das queixas pela internet (meio detentor do maior número de reclamações no Provedor de Justiça português), são requisitos básicos favoráveis ao funcionamento e reconhecimento do órgão como meio de efetivação do controle da atividade da Administração Pública.

A criação do *ombudsman* no Brasil é um requisito do Estado Democrático de Direito registrado no art. 1º da CRFB, consoante os princípios da soberania popular (parágrafo único do art. 1º da CRFB), da participação e da dignidade da pessoa humana, que fortalece o processo democrático de participação dos cidadãos. Apesar dos esforços anteriores não terem logrado êxito, talvez motivados pelas razões observadas por Odete Medauar (2012:162), nomeadamente, a eficácia duvidosa em razão da instabilidade política e econômica, a perda do objeto do órgão por excesso de reclamações, o dispêndio financeiro, ainda sim, devem ser renovados. Outro ponto negativo acrescentado por Di Pietro (1993:37) implica no risco da multiplicidade de órgãos incumbidos a funções semelhantes ao *ombudsman*, o que pode dispersar as responsabilidades; sugere-se, em contrapartida, um único órgão, conhecido pela população, com competências e poderes para receber denúncias e apurar as responsabilidades, algumas delas já atribuídas ao Ministério Público, *e. g.*, *zelar* pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II da CRFB).

Ora bem, *data venia*, os pontos negativos suscitados não devem ser óbice à criação da Provedoria de Justiça no Brasil. As características de independência, informalidade e a facilidade de acesso proporcionada também por não exigir o pagamento de taxas ao cidadão, o propósito de defender os direitos fundamentais dos cidadão por ação

e omissão da Administração, além da possibilidade de repartir certas competências administrativas hoje delegadas ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas justificam a existência do órgão e fortalecem a participação do cidadão. Ratifica Medauar (2012:163) que a informalidade, favorável ao acesso direto do cidadão; o efeito atenuador dos abusos e irregularidades praticadas no âmbito dos órgãos e entidades públicas ou de quem os represente em face de sua atuação preventiva ou repressiva; a promoção de um clima de confiança entre o cidadão e a Administração Pública, há muito prejudicado, são fatores positivos à criação do Provedoria de Justiça.

Além dos critérios positivos mencionados, as experiências em países com realidades aproximadas à do Brasil, como por exemplo, Portugal, Argentina, Espanha e Peru, independentemente das denominações atribuídas, são fontes de informação relevantes para a redução de possíveis riscos de viabilidade a uma nova tentativa brasileira.

A necessidade de criação do *ombudsman* no Brasil fortalece o controle das contratações públicas, seja por iniciativa do cidadão comum, dos interessados diretos em contratar com a Administração Pública ou por iniciativa própria do Provedor (ouvidor, *ombudsman*, etc), considerando que os tradicionais meios de controle não têm sido suficientes e também, ante a necessidade de se fortalecer a garantia dos direitos positivados; um órgão realmente respaldado no exercício da cidadania (Medauar, 2012:163).

4.7 Conclusão do Capítulo 4

No Brasil, boa parte da rotina dos órgãos de controle, entre eles, do Tribunal de Contas e do Ministério Público, é para examinar questões sobre o dever de licitar e analisar as características formais do processo de licitação. Essa prática é motivada por uma cultura gerada desde as mudanças legislativas da década de 60 que fortaleceram os órgãos de controle público como o Judiciário, ministérios públicos, tribunais de contas e controladorias; esses órgãos assumiram com entusiasmo a missão de cobrar o respeito às normas gerais de contratações, no auge do período de modernização administrativa, mas por vezes marcado por prejuízos ocasionados por interpretações feitas pelos órgãos de controle que restringiam a ação administrativa (Sundfeld, 2012:67). Essa experiência revela mudanças ocorridas com a publicação de novas leis e sua aplicação pelos órgãos,

que também estão sujeitos a cometer erros. A bem do interesse público, as falhas devem e podem ser minimizadas.

A necessidade de intensificação do controle dos procedimentos de contratação pelos cidadãos, seja direta ou indiretamente (através dos órgãos de controle - Ministério Público, Tribunal de Contas, Provedor de Justiça - *Ombudsman*), além de ser uma garantia constitucional presente em ambos ordenamentos jurídicos a ser cumprida pela Administração (submissão ao princípio da legalidade), contribui para reduzir os erros.

Por outro lado, não se pode olvidar que o particular (cidadão ou cidadãos), ao provocar os órgãos públicos em defesa de interesses difusos e coletivos envolvidos nos procedimentos de contratação, através de instrumentos jurídicos, não tem a garantia de resolução dos órgãos de soberania, ou quaisquer outros órgãos públicos envolvidos, pelo caráter político que assumem, fato que sugere outros mecanismos de pressão política (Andrade, 2012:341), entre eles as pressões políticas nascidas dos movimentos sociais, das greves, da comunicação social.

As possibilidades de controle das contratações públicas pelo cidadão (individual e coletivo) através dos órgãos oficiais de controle, conforme características históricas, jurídicas e de participação social apresentadas no presente capítulo, sugerem as seguintes observações:

- a) A ideia de órgãos de controle remonta o século XIII a.C. no Código Indiano de Manu, mas somente na Grécia e Roma antigas a atividade fiscalizadora do Estado foi institucionalizada, e daí por diante outras experiências surgiram em outros países com denominações e competências diversificadas. A atividade fiscalizadora do Estado, hoje partilhada com os cidadãos, conforme previsões nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, é fruto de um longo processo de transformação política e social;
- b) A prestação de contas da Administração Pública é um princípio fundamental da ordem constitucional brasileira (art. 34, VII, d) que obriga a todos os administradores ou quaisquer responsáveis pelo dinheiro, bens e valores públicos à prestar contas aos sistemas de controle estatal, interno e externo (Silva, 2008:759) e aos cidadãos conforme se observa da legislação. A prestação de contas não está adstrita às contas em si, ou seja, não somente

quanto ao uso do dinheiro público, mas à prestação de contas de toda a atividade pública;

- c) O cidadão tem a responsabilidade moral de vergastar a atuação ou omissão da Administração Pública nos procedimentos de contratação não amparados na legalidade e na legitimidade, já os órgãos de controle têm a responsabilidade legal, o dever-poder;
- d) O cidadão, além de usufruir da garantia de intervenção direta no controle das contratações públicas através dos instrumentos jurídicos (administrativos e judiciais) previstos nos ordenamentos (português e brasileiro), pode exercer o direito de participação através dos órgãos de controle, como meio de intervenção nas contratações públicas no caso de prática de atos ilegais, especialmente através do Ministério Público, do Tribunal de Contas e do Provedor de Justiça;
- e) O Tribunal de Contas do Brasil, criado por iniciativa de Rui Barbosa em 1890, passou a ter *status* constitucional na promulgação da Constituição Federal de 1891, mantendo-se até hoje; apesar da competência para exercer o controle externo por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial ser do Poder Legislativo e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é auxiliado pelo Tribunal de Contas. É um órgão de controle que devem aproximar o cidadão para auxiliá-los nessa tarefa como iniciativa cidadã.
- f) O Tribunal de Contas, no âmbito de sua competência, ao analisar as despesas dos contratos formalizados entre a Administração Pública e terceiros, deve considerar os fatores motivadores da contratação, observando os aspectos de mérito e de legalidade preservando o interesse público. O cidadão pode provocar o órgão para averiguar ou sanar possíveis ilegalidades em procedimentos de contratação pública, conforme estabelece o art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93. A referida garantia amplia-se ao ser atribuído ao cidadão, ao partido político, a associação ou ao sindicato a legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (§ 2º do art. 74 da CRFB);

- g) O Tribunal de Contas português está inserido na estrutura do Poder Judiciário e o brasileiro, curiosamente, não se insere na estrutura de qualquer Poder, é considerado um órgão independente, auxiliar do Poder Legislativo, sem função legiferante. Ambos, por outro lado, possuem a função do controle externo das contas e orçamento públicos;
- h) A legislação portuguesa não apresenta qualquer garantia explícita quanto ao direito de o cidadão acionar o órgão de controle quando forem constatadas possíveis irregularidades em procedimentos de contratação pública, na forma prevista no §1º do art. 113 da Lei brasileira 8.666/93. Algumas disposições da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal garantem o acesso dos cidadãos a relatórios e pareceres sobre a Conta Geral do Estado, das Regiões Autônomas e o relatório anual de atividades do próprio Tribunal de Contas (pelo Diário da República e meios de comunicação social) que são publicados se a Corte assim entender (art. 9º da LOPTC). Não há qualquer artigo na referida lei ou em quaisquer outras que garantam ao cidadão esse tipo de interferência, exceto se optar pelo recurso do direito de petição ou da ação popular;
- i) O direito de petição e o direito de ação popular garantidos no art. 52º da CRP são instrumentos jurídicos dos cidadãos cabíveis perante o Tribunal de Contas quando o objeto do pedido for pertinente às finanças e ao orçamento públicos, matérias sob a competência institucional do órgão. Saliente-se que na atual conjuntura não há amparo jurídico para o uso da ação popular perante o Tribunal de Contas, exceto se houver mudança legislativa para incluir a defesa da legalidade, do orçamento e das finanças públicas como matérias do instituto jurídico, evitando-se dúvidas quanto à possibilidade da ação em matérias dessa natureza. Por outro lado é juridicamente cabível o cidadão dirigir petição ao órgão baseado no direito de petição vez que o Tribunal de Contas, apesar de estar inserido na estrutura judicial, pratica atos administrativos e não tem poder legiferante, cabendo portanto o peticionamento com fulcro no art. 52º/1 da CRP;
- j) Ressalta-se ainda, o Tribunal de Contas Europeu, criado a partir do Tratado de Bruxelas de 22.07.1975, que veio funcionar somente em outubro do mesmo

ano, elevado à categoria de Instituição em 01.11.1993 pelo Tratado de Maastricht, é responsável por fiscalizar e examinar a execução do orçamento da União Europeia, realizando auditorias financeiras, de conformidade e de resultados, inclusive despesas para aquisição de bens e serviços, com o fim de garantir a legalidade e regularidade das receitas, das despesas e da boa gestão financeira (art. 287º/2 TFUE). Nenhuma previsão legal específica garante ao cidadão realizar o controle da legalidade dos procedimentos de contratação, através do TCUE, exceto se garantido no direito de petição previsto no art. 24º do TFUE (c/c o art. 13º do TUE);

- k) O Ministério Público brasileiro tem indícios nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603) ao referendarem o promotor de justiça com a função de fiscal da lei (Medauar, 2012:165). As menções infraconstitucionais sobre o órgão e o “promotor de justiça” seguiram-se em diversas normas até alcançarem tal patamar na Constituição de 1934, no entanto foi na Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público obteve um perfil institucional nunca antes alcançado em razão de suas competências, autonomias administrativas e funcionais, com *vocação social* em conformidade com o regime democrático espelhado no novo texto constitucional (Jatahy, 2010:1999);
- l) A legitimidade do Ministério Público brasileiro destaca-se em sua função social com a ação civil pública (art. 129, III da CRFB), especialmente pelo caráter protetivo em favor do *patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*, também cabível no combate jurídico às ilegalidades identificadas em procedimentos e contratos formalizados pela Administração Pública com terceiros. Ao interpor a ação civil pública contra atos de ilegalidade e imoralidade praticados em procedimento de licitação (procedimento prévio à contratação) busca-se a proteção do patrimônio público e também, de acordo com o objeto do certame, a guarda de interesses difusos e coletivos, do meio ambiente, etc, destinados ao atendimento do interesse público. A Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 considera legítimos para propor a ação civil pública (principal ou cautelar) a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquia, empresa

pública, fundação ou sociedade de economia mista; associação constituída há, pelo menos, um ano (requisito dispensável por manifesto interesse social) e, que tenha, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014);

- m) Além da possibilidade de os cidadãos intervirem, de forma indireta, através das associações nas ações civis públicas poderão, diretamente, *provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção* (art. 6º da lei 7.347/85). A norma não utiliza o termo *cidadão*, o que sugere a possibilidade daquele que identificado, protocolize, perante o Ministério Público, petição contendo informações acerca de fatos que possam sugerir a propositura de ação civil pública; podem ainda remeter informações para o mesmo fim os juízes e tribunais no exercício de suas funções (art. 7º da lei 7.347/85);
- n) As notícias de irregularidades, as petições ou reclamações de qualquer natureza (art. 27, parágrafo único da Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) devem ser acolhidas para posteriores apurações em favor do controle da Administração Pública. Quando o cidadão prontifica-se a prestar informações sobre irregularidades em procedimentos de licitação tem o órgão o dever de averiguar os fatos e dar resposta sobre o resultado, não somente por ser uma obrigação imposta no art. 6º da lei 7.347/85, mas por ser uma instituição incumbida da defesa da ordem jurídica;
- o) O Ministério Público português tem indícios no código visigótico que regulava antes do século XIV as competências dos tribunais na península hispânica, mas surgiu como instituição no período das Ordenações Afonsinas, com influências civilistas. Na Ordenação Manuelina de 1521 (títulos XI e XII) registram-se as figuras do procurador dos feitos da coroa, o procurador dos feitos da fazenda e o promotor de justiça da Casa da Suplicação; na Casa do Civil da Relação do Porto um promotor da Justiça e um solicitador da justiça,

também os são citados nas ordenações filipinas de 1603 (títulos XII, XII e XV (Rodrigues, 1999:47);

- p) O longo percurso do Ministério Público lusitano até alcançar a autonomia e a independência atuais não é peculiar desse órgão, outros, como o próprio Tribunal de Contas, passaram por transformações jurídicas e administrativas profundas, até ter definidas 1976 nos arts. 224º e 225º da CRP (atual art. 219º) as competências e garantias do órgão e de seus agentes, mais tarde ratificadas no Decreto-Lei nº 917/76 e na Lei nº 39/78, de 5 e julho, confirmaram a separação entre as carreiras judicial e do Ministério Público, indicando as nuances e autonomias das carreiras para as atuações independentes;
- q) A independência funcional em vigor pode sofrer prejuízos se influências políticas agirem sobre o órgão e, agem, quando, *e. g.*, o Presidente da República nomeia e exonera o Procurador-Geral da República (cfr. art. 133º, “m” da CRP). É preciso salientar que o processo de nomeação tem acentuados critérios políticos e menos técnicos, que podem colocar em risco as competências do órgão;
- r) A legitimidade do MP de Portugal para propor e intervir perante os Tribunais Administrativos em razão de assuntos relacionados com contratações públicas, tem suporte geral na responsabilidade da defesa da legalidade, além da legitimidade em propor ação quanto à validade total ou parcial de contratos (arts. 9º, 40º e 62º, da Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro – CPTA). É evidente a capacidade e o poder de fiscalização atribuídos ao MP, mas a participação do cidadão tem valor e força inegáveis ao cumprimento da tarefa do órgão controlador e precisa ser mais fomentada;
- s) Não há garantias jurídicas dedicadas ao cidadão para intervir em procedimento de contratação pública através do MP de Portugal, como instituído no ordenamento brasileiro, além do previsto instrumento do direito de petição (art. 52º da CRP) que permite ao cidadão apresentar petições, representações, reclamações ou queixas (art. 2º/4 da Lei 43/90, de 10 de agosto) perante os órgãos de soberania, entre eles os tribunais, onde se insere o Ministério Público. Neste sentido, é importante salientar a necessidade de alteração legislativa que inclua a garantia expressa do direito de o cidadão intervir contra

quaisquer ilegalidades (ações e omissões) advindas da atividade da Administração Pública e, conseqüentemente, as relacionadas com contratação pública, através do MP;

- t) *Ombudsman* tem origem na Suécia e designa, atualmente, um tipo de controle realizado sobre a Administração Pública a partir de reclamações apresentadas pelos cidadãos ou mesmo por iniciativa do órgão, contra atos e omissões da Administração que infrinjam os direitos fundamentais dos cidadãos. Está presente em vários países com particularismos e nomenclaturas diferentes e funciona como um elo de ligação entre os cidadãos e a Administração Pública;
- u) Em Portugal o *ombudsman* é denominado Provedor de Justiça, consagrado constitucionalmente no art. 23º da CRP tem a função de apreciar (sem poder decisório) as queixas apresentadas pelos cidadãos com o objetivo de solucionar problemas por ações ou omissões dos poderes públicos; atua dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças, atuação que tem proporcionado, e tem sido verificado nos relatórios anuais dirigidos ao parlamento pelo Provedor de Justiça, um crescente reconhecimento do órgão pelos cidadãos a partir do aumento anual do número de queixas apresentadas, muitas delas solucionadas com a simples intervenção do Provedor, e que demonstra o reconhecimento ao direito de cidadania e provoca um sentimento de amparo no cidadão;
- v) O Brasil não adotou o sistema do *Ombudsman* nos moldes de Portugal e da Suécia, apesar das diversas tentativas feitas pelo Poder Legislativo, sendo a ideia aproveitada no âmbito privado com a denominação de ouvidoria. Para Medauar (2012:162) e Di Pietro (1993:37), as razões desarticuladoras para a criação de órgão semelhante no Brasil no âmbito público podem ser identificadas na eficácia duvidosa em razão da instabilidade política e econômica, na perda do objeto do órgão por excesso de reclamações, no dispêndio financeiro, na diversidade de órgãos incumbidos a funções semelhantes. Por outro lado, fatos positivos como a informalidade favorável ao acesso direto do cidadão; o efeito atenuador dos abusos e irregularidades praticadas no âmbito dos órgãos e entidades públicas ou de quem os represente em face de uma atuação preventiva ou repressiva; a promoção de

um clima de confiança entre o cidadão e a Administração Pública (Medauar: 2012:163) são razões para incentivar a existência do órgão no Brasil. Por tudo isto, acredita-se que um único órgão com competências e poderes para receber denúncias e apurar as responsabilidades pela prática de atos e omissões da Administração Pública prejudiciais aos direitos dos cidadãos, pode favorecer a efetivação do respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (ar. 129, II) valorizando a cidadania, a democracia, criando um espaço (menos formal) de intervenção indireta do cidadão em procedimentos de contratação. Por essas razões se faz necessária uma iniciativa legislativa para instituir o *Ombudsman* no Brasil na área pública, com competências federal, estadual e municipal.

CONCLUSÃO

O estudo ora apresentado confirma a consagração dos instrumentos jurídicos de controle das contratações públicas pelos cidadãos nos âmbitos administrativo e judicial nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, desde a Constituição às normas infraconstitucionais, expressão do Estado de Direito Democrático, que fundamenta o direito à participação na Administração Pública.

A positivação do direito ao controle nas contratações públicas, embora identificado nos referidos ordenamentos, não garante por si só a efetivação prática das garantias consignadas. É preciso o empenho da Administração Pública (Estado) para tornar realidade o direito do cidadão, não por livre escolha (poder discricionário), mas por submissão legal (princípio da legalidade), especialmente em razão dos princípios jurídicos.

O Estado verdadeiramente democrático deve pautar sua função governativa na vontade soberana do povo (princípio da soberania popular) onde *o povo deve figurar como sujeito ativo de todo o poder legítimo* (Bonavides, 1996:17). O controle das contratações públicas, insito no modelo de democracia participativa, é importante e necessário, não apenas por estar positivado, mas porque ajusta-se às funções práticas no combate a irregularidades, contribui no alcance da eficiência da Administração com o alcance do interesse público objeto do contrato.

A falta de ética nas relações públicas de governo, presente em órgãos públicos envolvidos em corrupção, por exemplo, que, além de produzir o efeito de descrédito da população nas instituições públicas (Bonavides, 1996:18), pode levar a prejuízos financeiros que acabam nas “contas” da coletividade na forma de impostos elevados. A falta de ética na atividade pública, presente também em procedimentos de contratações públicas, não se apoia nas normas, ao contrário, as afronta. Por essa razão, além do controle realizado pelos órgãos estatais especializados, a participação do cidadão contribui no combate a ilegalidade, fortalece a democracia e ratifica o Estado de Direito. Afinal, o aprofundamento da democracia participativa é um dos objetivos do Estado de Direito Democrático (Canotilho e Moreira, 2007:209).

Os interesses envolvidos num procedimento definem os trâmites a serem adotados de modo a não incluir um excesso desnecessário que coloque em risco o resultado positivo (Soares, 1992:202); não é portanto o excesso burocrático que garante o alcance do bom

resultado, ao contrário, a falta de celeridade de um procedimento de contratação, por exemplo, traz prejuízo imediato ao objeto da contratação e, conseqüentemente, ao interesse público. A Administração deve estar atenta às várias solicitações dos interesses públicos que encontram-se à sua frente e, para garanti-los deve agir de forma desembaraçada e dinâmica, sem *figurinos procedimentais* (Soares, 1992b:203), adotando, consoante a necessidade, o correto procedimento.

Ora bem, as assertivas suso mencionadas ratificam as considerações finais colhidas do presente trabalho:

1) A participação do cidadão na Administração Pública é um direito fundamental de 4ª geração, requisito de efetividade do direito à democracia, ao lado de outros direitos de 4ª geração (direito à informação, ao pluralismo jurídico), segundo classificação de Paulo Bonavides (2012:580).

2) A ideia de direitos fundamentais vem sendo ampliada por reflexo das dinâmicas social e política que introduziram conotações diferenciadas no decorrer do tempo: de *direito natural*, depois de *solidariedade social*, hoje, de concepção *republicana* (Canotilho, 2008b:16-34) vincula-se à garantia de liberdade política e à realização dos ideais de solidariedade e fraternidade.

3) O direito à participação na Administração Pública, além de ser um direito fundamental propriamente dito, conduz à preservação de múltiplos direitos fundamentais em determinadas situações de contratação. Independente de estar consignado em norma nacional ou internacional, o direito fundamental pode traduzir (Andrade, 2012:3) sensibilidades diversas de acordo com a realidade política, social, econômica, religiosa e cultural. Mesmo com as diferenças próprias de Portugal e Brasil, o direito à participação na Administração Pública é pacífico, assim consignam as respectivas Constituições, mas em relação ao controle das contratações públicas necessitam de alguns ajustes.

4) Os cidadãos, pessoas humanas, devem ser considerados o centro do Estado de Direito, cujo regime jurídico lhe reconhece direitos fundamentais respeitados e reconhecidos pelo Estado que determina os meios procedimentais de garantia (Tornarí, 2006:1587). Quando esses direitos são usurpados pela Administração ao contratar com terceiros, cabe aos cidadãos usarem os instrumentos jurídicos para exigirem a conformidade jurídica e a legítima atuação estatal.

5) A participação do cidadão no controle da Administração Pública, e, portanto, nos procedimentos de contratação, (Luís Filipe Colaço Antunes (2008:149) possibilita contestar atuações ilegítimas, atos ilegais e a preservar o interesse público. O direito à participação política do cidadão, nas democracias mais avançadas, foi percebido como parte da sociedade em seu conjunto, vez que determina as decisões políticas (Bobbio, 2005:156). É necessária a democratização da própria sociedade para se avançar na consolidação da participação do cidadão na Administração Pública e, conforme dito, a positivação desse direito não é suficiente para sua efetivação.

6) O direito positivado tem-se revelado pouco eficiente para realizar sozinho o controle das contratações públicas através dos órgãos estatais, confirmando assim (Bobbio, 2005:25) que não há espaço para um Estado de modelo totalitário, principalmente quando estão em questão os interesses da coletividade. No entanto, apesar da pós-modernidade rejeitar a força do direito para solucionar todos os problemas, incrementa, por outro lado, a regulação jurídica que não acompanha o intenso ritmo de mudanças (Justen Filho, 2011:75); as normas podem ser legais e nem sempre legítimas, mas são um importante instrumento de limitação do poder.

7) Apesar do princípio da democracia participativa estar consignado nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, especialmente nas Cartas Constitucionais, a legitimidade para os cidadãos exercerem o controle das contratações públicas nem sempre é clara ou quando são, como ocorre no Brasil com a Lei 8.666/93 do Brasil ao definir as formas de impugnação e de reclamação perante o Tribunal de Contas, não conta com a contribuição da Administração Pública para efetivar ou divulgar tal direito. A participação dos cidadãos no controle das contratações públicas ou dos atos em geral da Administração não é um novo tipo de democracia, mas sim um espaço democrático hodierno (Bobbio, 2005:156) que deve ser confirmado e ampliado pelas normas de forma sistemática e prática.

8) Os princípios inseridos no ordenamento português que contribuem para o êxito do controle das contratações públicas, vinculam a Administração às normas, entre eles, o da publicidade (transparência) que a obriga a dar conhecimento aos cidadãos e aos interessados (em contratar) os atos praticados. Apesar do princípio da publicidade (transparência) constar na CRP, no CCP, em outras normas infra constitucionais e na Diretiva 2014/24 da EU não se traduz em garantias de participação ou de controle. As

referidas normas ressaltam a necessidade de publicidade e transparência sem garantir de forma ampla as possibilidades de participação dos cidadãos, seja direta ou indiretamente através de órgãos de controle. Um exemplo constata-se na Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC) que determina a obrigação do Tribunal de Contas português de contribuir com os órgãos públicos e entidades que atuam na defesa de direitos e interesses dos cidadãos, informando-lhes sobre o uso do dinheiro público. No entanto, não dispõe sobre a possibilidade de o cidadão, individual ou coletivo (representado por entidades civis) interpelar o órgão para averiguar ilegalidades em procedimentos de contratação, vez que empenha dinheiro público. As falhas na legislação em vigor sugerem novas iniciativas legislativas (derrogação, revogação ou de novas leis) com o fim integrar garantias específicas de controle do cidadão e, assim, espelhar os princípios da legalidade e da publicidade em favor da participação popular.

9) Controlar a legalidade do uso da receita exige a colaboração dos cidadãos não somente por ser um direito fundamental (participação), mas também por ser necessário ao alcance da eficiência. Além disto, prestar contas aos cidadãos é um requisito legitimador da gestão pública democrática que ultrapassa o sentido formal de *accountability* e recai na necessidade de um novo serviço público (Costa, 2014:281), não tão novo, entretanto mais inovador, com práticas sintonizadas ao interesse público e que ofereça ao cidadão a oportunidade de participar da AP. Nesse sentido, os instrumentos administrativos e judiciais de controle devem ser mais valorizados nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil.

10) O recurso administrativo da impugnação previsto na legislação portuguesa e brasileira tem por fim questionar atos administrativos, cada uma com suas especificidades. De acordo com o parágrafo 1º do art. 41 da lei brasileira nº 8.666/93, qualquer cidadão é legítimo para impugnar o edital de licitação por irregularidade e consoante o Código de Contratos Públicos português, art. 269º do CCP, cabe a impugnação de decisões administrativas ou outras a elas equiparadas e relativas à formação de um contrato público. Ora bem, das disposições nota-se o seguinte: a) a lei portuguesa não menciona a legitimidade do cidadão para impugnar, refere-se ao *interessado* (art. 271º)²⁷², mas a ausência de previsão pode ser suprida se considerado o princípio geral da impugnação

²⁷² termo utilizado geralmente para identificar o participante do procedimento ou o potencial contratante.

contido no art. 184º/1, “a” do novo Código de Procedimento Administrativo c/c o art. 186º/1, “a”, vez que, de acordo com o art. 267º/1 do CCP, as impugnações administrativas sobre atos de formação dos contratos regem-se, subsidiariamente, pelo disposto no Código do Procedimento Administrativo. Sendo assim, a legitimidade ativa do cidadão para impugnar atos de formação de contratos fundamenta-se no art. 184º/1, “a” e 186º/1, “a” do novo CPA; b) a lei brasileira, restringe ao cidadão o direito de impugnar apenas o edital de licitação, não alargando para outras espécies de atos, apesar de outros recursos permitirem, *e. g.*, o direito de petição no âmbito administrativo e a ação popular no âmbito judicial. Nas duas realidades brasileira e portuguesa destacam-se a importância de serem feitas alterações nas leis mais favoráveis à participação do cidadão; no caso português, que se defina com clareza no CCP a legitimidade do cidadão para impugnar e, no caso brasileiro, que a impugnação seja alargada para outros atos além do ato de convocação (edital).

11) O direito ao acompanhamento dos trabalhos da comissão de licitação pelo cidadão previsto no art. 4º da Lei brasileira nº 8.666/93 está ausente da legislação especializada portuguesa em razão da disposição no DL nº 18/2008, revogou a previsão de acompanhamento com o advento do CCP. Essa realidade não favorece o controle dos atos de contratação, razão porque se justifica a reposição do referido direito, em decorrência do princípio da publicidade, principalmente porque, apesar de caracterizar-se como uma forma de controle prévio à contratação, contribui para a eficiência da futura contratação.

12) O direito ao pedido de informações pelo cidadão é um instrumento informal de intervenção na Administração Pública que, de partida, ela própria obriga-se, segundo às normas, independentemente de solicitação, a publicar as informações. É um direito fundamentado no princípio da publicidade que corrobora no direito à participação. Quando as informações referem-se a procedimentos de contratação pública, os cidadãos têm a garantia no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente com base na Lei nº 12.527/11 que regula os procedimentos de acesso a informações públicas, no art. 5º, XXXIII e art. 37, §3º da CRFB, nos arts. 7º, §8º, 16, 21 da Lei 8.666/93, entre outros; no ordenamento português apesar do CCP não garantir claramente o direito de acesso do cidadão a informações sobre contratação, mas sim ao interessado (art. 133º do CCP), exceto às informações disponibilizadas na plataforma eletrônica, direito ratificado no art. 268º/2 da CRP, considerando que as restrições sobre divulgação de informações nele previstas, não se incluem os atos praticados em procedimentos de contratação, restringe ao “disposto na

lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”. Portanto, o acesso a informações sobre contratações públicas, nos dois ordenamentos, encontra amparo na Constituição, nas normas específicas de contratação, além de outras leis de acesso a informações públicas, previsões que contribuem à informação do cidadão, que poderá fazer seu uso para realizar o controle das contratações públicas.

13) A audiência pública para tratar sobre contratação pública está prevista no art. 39 da Lei nº 8.888/93; visa ampliar a publicidade com o debate presencial entre a Administração e membros da sociedade sobre a pretensa contratação, possibilitando contribuições práticas; para o evento ser legítimo, as sugestões apresentadas devem ser registradas e analisadas pela Administração Pública que deverá adotá-las como um dos fundamentos à futura contratação. Convém salientar que a previsão pode ser estendida a outras situações em que se observe a necessidade de incluir a participação dos cidadãos nas discussões. Em Portugal, a audiência pública prévia está prevista nos artigos 122º e 123ª, 147º do Código de Contratos Públicos português, visando submetê-lo à apreciação dos concorrentes antes da elaboração do relatório final, devendo ponderar as observações dos concorrentes efetuadas ao abrigo do direito de audiência prévia, mantendo ou modificando o teor e as conclusões do relatório preliminar. Note-se que o CCP não adotou os fundamentos da publicidade (transparência) e da participação popular contidos nos artigos 267º e 268º da CRP, pois não assegura a participação dos cidadãos na audiência pública, mas a dos concorrentes, e o objetivo é de abordar questões técnicas sobre as propostas e não para tratar sobre aspectos inerentes a uma pretensa contratação. A legislação brasileira, conforme visto, impõe a realização de audiência pública para licitações em valor estipulado no art. 39 da Lei 8.666/93 e de consulta pública nos termos do art. 10, VI da Lei nº 11.079/2004 (parceria público-privada); apresentam conteúdos diferentes dos registrados no Código dos Contratos Públicos, também prevista no art. 100º e seguintes (audiência) do CPA revogado, mantida no art. 80º do novo CPA sem a inclusão da participação dos cidadãos. Nesse sentido, importante inovar (no caso português) ou ampliar (no caso brasileiro) para atingir contratações de grande impacto (nem sempre condicionadas ao fator financeiro) e aos cidadãos em situações que antecedam à contratação.

14) O Direito de Petição, que remonta à Inglaterra medievá, é hoje um dos instrumentos jurídicos de maior relevância democrática, especialmente pelo caráter participativo que engloba, pela informalidade característica do modo de intervenção e a abrangência do conteúdo que permite o cidadão interpelar a Administração Pública. No Brasil, o instituto, consignado no art. 5º, XXXIV, “a” da CRFB, funciona no âmbito das contratações públicas como um instrumento de controle, interferência e de questionamentos em geral; é um direito do cidadão *reclamar*, além da possibilidade através dos recursos administrativos indicados no art.109 da Lei 8.666/93. É um direito amplo contra a ilegalidade no curso da licitação ou dos contratos, tanto quanto a ação popular, instrumentos do cidadão, especialmente na defesa do interesse público (Justen Filho, 2004:629); é um direito que pode substituir outro, quando, por exemplo, o cidadão perde o prazo para impugnar o edital pode valer-se do direito de petição para provocar a Administração à corrigir a ilegalidade, se constatada. Na CRP, o direito de petição, consignado no art. 52º/3, garante a defesa dos direitos dos cidadãos, da Constituição, das leis ou do interesse geral; de acordo com o art. 34º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Tribunal Europeu tem a competência para receber petições de qualquer pessoa singular, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação de direitos, após esgotadas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional; o cidadão português conta ainda com o direito de petição perante o parlamento, conforme previsões no art. 17º/1 da Lei nº 43/90 e art. 232º do Regimento Interno da Assembleia da República; mas na legislação especializada das contratações públicas, não consta, expressamente, o citado direito. O direito de petição, apesar de importante, conforme apontado, é sufocado pelo modelo representativo de governo que conduziu o direito de petição a certa insignificância no universo dos direitos políticos, e o levou ao *declínio*, segundo (Duarte (2008, p. 63-67), fator que discordamos, outrossim, é um instrumento que deve ser mais explorado pelos cidadãos e divulgado à sociedade em geral pelo Estado como um instrumento de cidadania e de controle da própria Administração Pública. Conforme visto, os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal apresentam equivalências e, sem dúvida, é um instrumento jurídico de controle das contratações pública dos mais acessíveis aos cidadãos.

15) O mandado de segurança é um instrumento jurídico de controle da Administração Pública característico do ordenamento jurídico brasileiro, que, após o longo percurso histórico, encontra-se hoje previsto no art. 5º, LXIX da CRFB, regulamentado pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. São legítimos para propor o *mandamus* a pessoa física ou jurídica que sofre violação ou a ameaça ao seu direito líquido e certo, por ato ou omissão, em face de ilegalidade ou abuso da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica em sua atuação pública. O mandado de segurança é uma ação de direito público constitucional, à disposição de todas as pessoas físicas ou jurídicas para proteger direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (Meirelles, 1998:585); está atribuído nas formas individual e coletiva e possibilita ao cidadão defender-se contra atos ou omissões do poder estatal de forma mais eficiente por possuir características peculiares, como prazos mais exíguos na apreciação da ação, a sobreposição sobre outras ações na ordem de julgamento, entre outras. O mandado de segurança é um recurso judicial de resultado célere que vem sendo utilizado contra atos de ilegalidades em procedimentos de contratação. Está ausente no ordenamento português. As razões apontadas a partir da experiência brasileira sugerem a adoção do referido instrumento jurídico em Portugal, especialmente pelo efeito positivo de obstar com celeridade as ilegalidades praticadas em procedimentos de contratação pública.

16) A ação popular, consolidada sob a influência da Revolução Francesa, surgiu no Brasil inicialmente na Constituição de 1934. É instrumento jurídico constitucional previsto no art. 5º, LXXII da CRFB, regulado pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, dedicada a qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, etc. É uma ação constitucional posta à disposição de qualquer cidadão cabível a anular atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público, com fins preventivo e repressivo (Meirelles, 1998:586). É contra ação, mas também omissão desde que provoque lesão ou risco de lesão ao patrimônio por uma manifestação de vontade (Justen Filho, 2011:1163). Em Portugal, a ação popular, após muitas mudanças, alcançou sua atual forma na segunda metade do século XX, passando a *status* de ação constitucional na CRP de 1976, regulada pela Lei nº 83/95. A legitimidade de ação pertence a qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis e políticos e às associações e fundações defensoras do interesse em causa, que além de

agirem para proteger a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a proteção do consumo de bens e serviços, o patrimônio cultural e o domínio público, podem ainda requerer a reparação de danos, conforme previsão contida nos artigos 1º e 2º da Lei nº 83/95. Considerando os direitos tutelados no art. 1º/2 da citada lei e nos artigos 9º e 40º do CPTA, a ação popular é um instrumento de controle juridicamente concebível contra atos de ilegalidade em procedimentos de contratação pública a ser utilizado pelos cidadãos (individuais e coletivos) no âmbito judicial, considerando o caráter difuso do direito em causa, ainda não percebida para tal êxito.

17) O direito ao acompanhamento dos trabalhos do júri ou comissão de licitação, a audiência pública, o direito ao pedido de informações, o direito de petição, o mandado de segurança e a ação popular são instrumentos jurídicos de controle que podem e devem ser utilizados pelos cidadãos na tentativa de se reduzir desvios de finalidades e erros cometidos em procedimentos de contratação pública. Todos eles contribuem para se estabelecer entre o Estado e a sociedade uma relação favorável ao alcance do interesse público perseguido nos procedimentos de contratação, seja direta ou indiretamente.

20) Os órgãos de controle como o Tribunal de Contas, o Ministério Público e o Provedor de Justiça (só Portugal), consagrados no Brasil e em Portugal, considerando as suas características próprias, representam um importante meio de fiscalização dos atos públicos, entre eles os das contratações. Importante destacar a viabilidade de resultados mais positivos com a colaboração dos cidadãos na constatação de possíveis irregularidades. Atualmente é o cidadão o provocador dos referidos órgãos, mas pode e deve ser ampliada a garantia para os órgãos serem os provocadores dos cidadãos (individuais e coletivos), chamando-os à participação na constatação de irregularidades como colaboradores.

21) O Tribunal de Contas do Brasil²⁷³, criado por iniciativa de Rui Barbosa em 1890, sofreu, ao longo de pouco mais de um século, várias adequações até a atual configuração; é órgão incumbido de fiscalizar as contas públicas de modo auxiliar ao parlamento. É do Congresso Nacional a competência para exercer o controle externo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, com o auxílio do Tribunal de Contas,

²⁷³ Foi tomado como análise da instituição o Tribunal de Contas da União que executa tarefas idênticas aos demais (estaduais e municipais), excetuando somente a competência de âmbito territorial.

conforme definições nos arts. 70 e 71 da CRFB; tem o TC a competência para analisar os aspectos de mérito e de legalidade dos procedimentos de contratação em face das despesas firmadas. O cidadão, com o mesmo objetivo, pode acionar o órgão, exercendo um controle indireto do procedimento de contratação, conforme estabelece o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, garantia ampliada para o partido político, a associação ou sindicato nos termos do art. 74, § 2º da CRFB. Instrumento de intervenção importante não somente pelo aspecto contido na lei de preservação da legalidade, mas também porque impulsiona a atividade fiscalizadora do órgão, atualmente fragilizada por interesses políticos que contaminam a atuação legal e legítima do órgão. Convém salientar que o Tribunal de Contas não está inserido em qualquer dos poderes tradicionais, apesar de funcionar como auxiliar do poder legislativo.

22) Em Portugal, a Assembleia da República e o Tribunal de Contas são responsáveis por fiscalizar a execução do orçamento público (art. 107º da CRP). O Tribunal de Contas faz parte da estrutura do poder judiciário e tem a responsabilidade de fiscalizar a legalidade e regularidade das despesas e as receitas públicas. Os tribunais, portanto também o TC, têm como princípios gerais norteadores, administrar a justiça em nome do povo, assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e reprimir a violação da legalidade democrática (art. 202º CRP). A importância do órgão sobre o controle das contas públicas é instituída pelo ordenamento jurídico, mas nem sempre funciona na perfeição da lei e, nesse sentido, o cidadão exerce importante papel para contribuir na tarefa do órgão. No âmbito do controle das contratações públicas, a legislação portuguesa não apresenta qualquer garantia explícita quanto ao direito de o cidadão acionar o órgão, como previsto no §1º do art. 113 da Lei 8.666/93 (Brasil). A ação popular descrita no art. 52º/3 da CRP regulamentada pela Lei nº 83/95 possibilita a defesa dos bens do Estado e, portanto, a defesa da legalidade dos procedimentos de contratação que implicam o uso de dinheiro público. No entanto, o erário não está definido na legislação como bem defeso pela ação popular, o que sugere uma alteração legislativa que o inclua de forma clara, apesar da atual configuração da ação popular permitir uma interpretação alargada para confirmar a possibilidade de o cidadão poder acionar o órgão quando o objeto do litígio for a finança pública, seja de forma direta ou indireta, considerando sua competência para julgar as infrações financeiras. Importante ressaltar-se ainda que o direito de petição autoriza o cidadão provocar o órgão administrativamente na

defesa da legalidade das finanças públicas considerando as atribuições administrativas, à luz do art. 52º/1 da CRP.

23) Quanto ao Tribunal de Contas Europeu, criado a partir do Tratado de Bruxelas de 22.07.1975, elevado à categoria de Instituição em 01.11.1993 pelo Tratado de Maastricht, é responsável por fiscalizar e examinar a execução do orçamento da União Europeia, realizando auditorias financeira, de conformidade e de resultados, inclusive as despesas com a aquisição de bens e serviços, com o fim de garantir a legalidade e regularidade das receitas e despesas e a boa gestão financeira (art. 287º/2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE); de acordo com a legislação comunitária não há previsão legal específica que atribua o direito de o cidadão realizar o controle da legalidade nos procedimentos de contratação, através do TCUE, exceto se garantido no direito de petição previsto no art. 24º do TFUE (c/c o art. 13º do TUE).

24) Os primeiros sinais do Ministério Público brasileiro aparecem nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603) quando fazem referência ao promotor de justiça que tinha a função de fiscal da lei (Medauar, 2012:165). Na Constituição Federal de 1988 alcançou competências e autonomias administrativas nunca antes consagradas; é órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de ser detentor de autonomia funcional e administrativa, nos termos do art. 127 da CRFB. Destaca-se por sua função social que lhe exige uma atuação eficiente, uma delas, com a propositura da ação civil pública (art. 129, III da CRFB), principalmente pelo caráter protetivo da ação em relação ao *patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros interesses difusos e coletivos*, além de possibilitar o combate a ilegalidades identificadas em procedimentos e contratos formalizados pela Administração Pública. A Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que regulamenta a ação civil pública, confirma a legitimidade do MP, da Defensoria Pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as associações civis constituídas há mais de um ano para propositura da ação. Mas é no art. 6º da referida lei que se confirma a possibilidade de o cidadão diretamente *provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção*; apesar de a norma não utilizar o termo “cidadão”, sugere a possibilidade de ser qualquer um, desde que identificado protocolize perante o Ministério Público petição contendo

informações acerca de fatos que possam sugerir a propositura de ação civil pública; além deste, poderá fazê-lo com quando representado por associação (art. 1º da Lei nº 7.347/85) ou no consagrado direito de petição. Ora bem, quando o cidadão informa ao órgão sobre possíveis ilegalidades em procedimentos de contratação, seja fundamentado na Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 (ação civil pública) ou no direito de petição (art. 5º, XXXIII e XXIV, “a” da CRFB), as informações devem ser obrigatoriamente apuradas pelo órgão para se proteger o interesse público, promovendo as soluções cabíveis (art. 27, parágrafo único, I da Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

25) O Ministério Público português surge com mais precisão de instituição a partir das Ordenações Afonsinas, passando pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas e, após séculos, alcançou a autonomia e a independência consignadas no art. 219º da CRP, ratificadas no Decreto-Lei nº 917/76 e na Lei nº 39/78, de 5 e julho. A independência do órgão pode ser prejudicada por influências políticas maléficas, *e. g.*, por força do modo atual da nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República (cfr. art. 133º, “m” da CRP), ou seja, a influência de um poder definitivamente político sobre um poder, *a priori*, eminentemente de funções técnicas. O papel do Ministério Público é notoriamente relevante para consolidação da democracia e proteção dos direitos e interesses da sociedade; sua intervenção perante os Tribunais Administrativos em razão de atos relacionados com procedimentos de contratação pública expressa-se na responsabilidade da defesa da legalidade, e, nesse sentido é legítimo para propor ação quanto à validade total ou parcial de contratos (arts. 9º, 40º e 62º, da Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro – CPTA). Independentemente da provocação do cidadão, o MP é responsável por defender a legalidade dos procedimentos de contratação, tarefa confirmada no art. 219º da CRP ao atribuir a responsabilidade de defender os interesses que a lei determinar, função ratificada no art. 1º do Estatuto (Lei nº 47/86 de 15 de outubro). São evidentes a capacidade e o poder de fiscalização do MP sobre a atividade da Administração Pública, mas a participação do cidadão não deixa de ter valor e força no cumprimento da tarefa do órgão. Nesse sentido, a possibilidade de o cidadão (individual ou coletivo) provocar o Ministério Público na defesa da legalidade de procedimentos de contratação não conta com suporte normativo específico, como previsto no ordenamento brasileiro, mas poderá valer-se do direito de petição (art. 52º da CRP) que permite ao cidadão apresentar petições, representações, reclamações ou queixas (art. 2º/4 da Lei 43/90, de 10 de agosto) perante as

autoridades públicas, entre eles os Tribunais, onde se insere o Ministério Público. Outrossim, importante destacar a necessidade de se proceder a uma alteração legislativa para incluir expressamente o direito de o cidadão intervir através do órgão sobre quaisquer ilegalidades (ações e omissões) da atividade da Administração Pública, inclusive as relacionadas com contratação pública.

26) O *Ombudsman*, de origem sueca, caracteriza-se como um órgão responsável por receber reclamações apresentadas pelos cidadãos contra atos e omissões da Administração que infrinjam os direitos fundamentais, presente em vários países com as devidas particularidades. Em Portugal recebeu a denominação de Provedor de Justiça, consagrado constitucionalmente com a função de apreciar (sem poder decisório) as queixas apresentadas pelos cidadãos com o objetivo de solucionar problemas por ações ou omissões dos poderes públicos (no art. 23º da CRP), que dirige aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças, em face das reclamações dos cidadãos ou por iniciativa própria. O crescente número de queixas apresentadas pelos cidadãos perante a Provedoria comprova sua aceitação como um instrumento de cidadania.

27) No Brasil, o *Ombudsman* não se consagrou nos moldes instituídos em Portugal, tendo sido adotado por iniciativa privada para promover a “ligação” entre a empresa e os cidadãos. Para Medauar (2012:162) e Di Pietro (1993:37) o órgão no Brasil pode ter eficácia duvidosa em razão da instabilidade política e econômica, a perda do objeto por excesso de reclamações, o dispêndio financeiro, a diversidade de órgãos incumbidos de funções semelhantes. Por outro lado, há fatores que justificam a instituição do órgão, como por exemplo, a informalidade favorável ao acesso direto do cidadão e a preservação do indivíduo que não necessita agir diretamente contra as ilegalidades geradas pela ação ou omissão dos órgãos públicos, inclusive em razão de procedimento de contratação. A instituição do órgão deve prosperar e, como assim exige o ordenamento jurídico, por iniciativa legislativa em conformidade com a competência legislativa definida na Constituição Federal.

Os mecanismos jurídicos de controle das contratações públicas disponíveis ao cidadão (individual e coletivo) nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil necessitam de ajustes de ordem jurídica e de empenho político para se tornarem efetivos. Mas sem dúvida, as Constituições de ambos os países confirmam a obrigação (explícita em regras e princípios) de o Estado realizar uma Administração Pública com a colaboração

dos cidadãos, que incide no controle dos atos da administração pública, inclusive os relacionados com as contratações. Infelizmente, na prática, essa realidade ainda é falha e muito ainda precisa ser feito para ampliar o espaço de participação cidadã.

Além das sugestões e críticas sobre os instrumentos jurídicos previstos nos referidos ordenamentos, visando maior efetividade do princípio democrático da participação, sugere-se como medida favorável a ampliação do processo de participação cidadã no controle das contratações públicas, a criação, por lei específica, de um Conselho Participativo Consultivo das Contratações Públicas, formado por um número (sugestivo) de sete membros, dos quais três indicados pelo poder estatal (um de cada poder: executivo, legislativo e judiciário) e quatro representantes da sociedade civil organizada (sindicatos, associações, etc), dentre os quais um será eleito para presidência, todos com mandato de dois anos com direito a uma recondução. O órgão deve ter autonomia financeira com receita própria formada e independência administrativa sem qualquer vínculo hierárquico de subordinação do poder público. As principais competências:

- a) Analisar e intervir previamente em procedimento de contratação pública de elevado valor financeiro e impacto social, como medida preventiva e protetiva ao alcance do interesse público;
- b) Emitir parecer prévio à contratação visando fundamentar o órgão ou entidade pública sobre a adequação ou não do objeto contratual em razão de motivos técnicos ou quaisquer outros que prejudiquem o interesse público, devendo pronunciar-se sobre as observações levantadas;
- c) Remeter a documentação necessária aos órgãos oficiais de controle para promoverem as ações necessárias a obstar as inadequações prejudiciais ao interesse público;
- d) Promover audiências públicas com a comunidade com o objetivo de recolher e apresentar propostas para o poder público que exijam contratações ou somente para discutir previamente a viabilidade ou não de determinadas contratações publicadas pelo poder público por instrumento convocatório;
- e) Promover programas de educação participativa junto às organizações civis como medida de fortalecimento da democracia e preparação dos indivíduos para exercerem o papel de atores sociais no controle das contratações públicas.

O direito fundamental à participação precisa ser constantemente fortalecido, e para ser efetivado em consonância com os princípios jurídicos, especialmente o princípio da participação popular, é necessário corrigir as falhas jurídicas que enfraquecem essa possibilidade. O Estado deve fomentar a participação dos cidadãos na Administração Pública para implantar a cultura das boas práticas democráticas e criar outras tantas, não somente no âmbito do controle das contratações públicas. Afinal, o direito à participação é um direito fundamental relevante para o alcance do interesse público.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, Robert. (2007) *Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular*. In: A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Alexy, Robert. (2012) *Direitos constitucionais e fiscalização da constitucionalidade*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXVIII, tomo II.

Alves, Fernando de Brito. (2013) *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá.

Amaral, Antônio Carlos Cintra do Amaral. (2010) O princípio da publicidade no direito administrativo. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-23-julho-2010-antonio-carlos-cintra.pdf>. acesso em 20.12.2013.

Amaral, Maria Lúcia. (2002) *Provedor de justiça ou provedores das justiças?* In: O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Lisboa: Provedoria de Justiça.

Almeida, Mário Aroso de. (2003) *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 2. ed., Coimbra: Almedina.

Andrade, José Carlos Vieira de. (1993) *Interesse público*. In: Dicionário Jurídico da Administração Pública. vol. V, Lisboa.

_____. (2003, 2007 e 2012) *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina.

_____. (2009 e 2012) *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.

_____. (2014) *A justiça administrativa*. 13 ed., Coimbra: Almedina.

Antunes, Luís Filipe Colaço (2001). *O esquecimento do interesse público no direito administrativo*. In: O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI: algumas questões. Coimbra: Almedina.

_____. (2008) *O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?* Coimbra:Coimbra Editora.

Antunes, Nuno Sérgio Marques. (1997) *O direito de acção popular no contencioso administrativo português*. Lisboa:Lex.

Aragon, Manuel. (1990) *Constitucion y democracia*. Madri: editorial Tecnos.

Ávila, Humberto Bergmann. (1998) Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, n. 24.

Ávila, Humberto Bergmann. (2014) *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores.

Barbi, Celso Agrícola. (2001) *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense.

Barragán, Vicente; Romero, Rafael; Sans, José M. (2011) *Fundamentos políticos y tipología de los presupuestos participativos*. In: Democracia participativa e profundización sobre el debate actual. Málaga: Andrés Falck e Pablo Panõ Yáñez, ISBN 978-84-694-5314-8.

Barros, Cássio Mesquita. (2005) *Direitos humanos fundamentais do trabalho*. In: Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. Coord. Carlos Mário da Silva Velloso et al. São Paulo: Lex Editora.

Bobbio, Norberto. (1986) (2000) *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. trad. Marco Aurélio Nogueira, 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Bobbio, Norberto. (2005) *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 12ª ed. São Paulo: Paz e Terra.

Bonavides, Paulo. (1996) *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Bonavides, Paulo. (2012) *Curso de direito constitucional*. 27 ed. Malheiros: São Paulo.

Bresser-Pereira, Luis Carlos. (2014) *Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico*. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2014/342-Desenvolvimento-Progresso-Crescimento.pdf>. Acesso em 03.08.2014.

Britto, Carlos Ayres. (1992) *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 189.

Britto, Carlos Ayres. (1997) *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba – PR. Znt Editora.

Caballería, Marcos Vaquer. (2011) *El criterio de la eficiencia en el derecho Administrativo*. In: Revista de Administración Pública, nº 186, septiembre-diciembre. Madri: Centro de Estudos Políticos.

Calvão, Filipa Urbano (2010). *Princípio da eficiência*. In: Revista de Contratos Públicos – RCP Doutrina, ano I, nº 1. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Campilongo, Celso Fernandes. (2000) *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad.

Canelo, Maria José. (2012) *Cidadania*. In: Dicionário das crises e das alternativas. Centro de Estudos Sociais. Coimbra: Almedina.

Canotilho, J. J. Gomes. (1995) *O direito de petição*. 1º Painel do Colóquio Parlamentar da Assembleia da República. Lisboa: Comissão de petições.

Canotilho, J. J. Gomes.(1996) *Provedor de Justiça – 20º Aniversário 1975-1995*, Lisboa: Provedor de Justiça.

Canotilho, J. J. Gomes. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Edições Almedina.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4. ed ., Coimbra: Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. (2010) *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. II, 4. ed., Coimbra: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. (2014) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4. ed ., rev., reimp., Coimbra: Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. Gomes. (2008) *Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem*. In: Estudos em homenagem ao Prof. doutor António Castanheira Neves. Vol. I: filosofia, teoria e metodologia. Boletim da Faculdade de Direito, nº 90, Coimbra: Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. Gomes (2008a) *Tribunal de contas como instância dinamizadora do princípio republicano*. Revista do Tribunal de Contas.

Capez, Fernando; Capez, Flavio. (2010) *Insegurança jurídica: o mal do século XXI*. In: Segurança Jurídica. Paulo André Jorge Germanos (coord.), Rio de Janeiro: Elsevier.

Cardoso, José Lucas. (2008) *Sobre o mandado do provedor de justiça*. Polis, Revista de Estudos Jurídicos-Políticos, Lisboa: Universidade Lusíada, nº 17.

Carrion, Eduardo Kroeff Machado (1997). *Apontamentos de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Carvalho Filho, José dos Santos. (2006) *Manual de direito administrativo*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

CGU. (2012) *Olho vivo no dinheiro público - Controle Social: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social*, Distrito Federal: Secretaria de Combate à Corrupção. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/conntrole-social/arquivos/controlesocial2012.pdf>. Acesso em 05.12.14.

Chaves, Eduardo Arala. (1980) *O ministério público, o seu passado e o seu presente*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra.

Costa, Carlos Celso Orcesi da. (2005) *Direitos fundamentais e declínio do direito: do primeiro ao último direito*. In: Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. Coord. Carlos Mário da Silva Velloso et al. São Paulo: Lex Editora.

Costa, Maria Isabel F. (2007) *O ministério público no contencioso administrativo*. Lisboa: Revista do Ministério Público, n. 110, abr.jun.

Costa, Paulo Nogueira da. *Que “Contas”? – o controlo financeiro externo entre accounting e accountability*. (2013) Revista de Finanças Públicas, nº 2, ano VI, p. 55.

Costa, Paulo Nogueira da. (2014) *O tribunal de contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em portugal*, Coimbra: Coimbra editora.

- Dallari, Adilson Abreu. (1992) *Aspectos jurídicos da licitação*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva.
- Dallari, Dalmo de Abreu. (2007). *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. (1993) *Participação popular na administração pública*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 191, jan./mar.
- _____. (2001) *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas.
- _____. (2007) *Discricionariedade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas.
- Dias, Jefferson Aparecido. (2004) *Princípio da eficiência & moralidade administrativa. A submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na constituição federal de 1988*. Curitiba: Juruá Editora.
- Dias, José Eduardo Figueiredo. OLIVEIRA, Fernanda Paula. (2004) *Direito Administrativo*. 2ª ed. Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica – CEFA.
- Dias, José Figueiredo. (2015) *O direito à informação no novo código do procedimento administrativo*. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (coord.), In: *Comentários ao novo código de procedimento administrativo*, Lisboa: aaffl.
- Dias, Nelson. (2013) In: *Esperança democrática: 25 anos de orçamentos participativos no mundo*.Org. Nelson Dias, São Brás de Alportel - Portugal: Associação In Loco.
- Duarte, David. (1996) *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina.
- Duarte, Maria Luísa. (2008) *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dubourg-Lavroff, Sonia. (1993) *Le droit de pétition en france*. In: *Collected Courses of the Academy of European Law. The Protection of Human Rights in Europe*, v. iv, book 2.
- Dworkin, Robert. (2002) *Levando os direitos a sério*.trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes.

Dworkin, Ronald. (2005) *Uma questão de princípio*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.

Ferraz, Maria Eduarda. (2008) *O provedor de justiça na defesa da constituição*. Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação.

Ferraz, Sérgio. (2006) *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros.

Ferreira Filho (1996). Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*.

Fidone, Gianfrancesco (2011). *Eficacia Y eficiencia en la reforma italiana de la administración pública (la llamada reforma brunetta). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la “acción por la eficiencia”*. Revista de Administración Pública, nº 186, septiembre/diciembre, Madrid.

Figueiredo, Lúcia Valle. (2007) *Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 11, agosto/setembro/outubro. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/participacao>. Acesso em 12.09.2014.

Figueiredo, Lúcia Valle. (2008) *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

_____. (2008) *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.

Fiuza, Ricardo Arnaldo Malheiros (2001). *Mandado de segurança: notícia histórica. Suas raízes lusitanas e sua evolução no Brasil*. in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, coord. Marcelo Rebelo de Sousa [et. al.], vol.III, Coimbra: Coimbra Editora, p. 531-551.

França, Phillip Gil. (2008) *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Gasparine, Diógenes. (2012) *Direito administrativo*, 17 ed., São Paulo, Saraiva.

Gonçalves Junior, Jerson Carneiro. (2009) *Vontade da constituição. (K. HESSE) de 1988: o exercício ideal da democracia participativa no controle da Administração Pública na Constituição Federal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais. Ano 17 – Julho-Setembro.

Gonçalves Junior, Jerson Carneiro. (2010) *Educação política para a cidadania e o município: instrumentos de democracia participativa nas constituições brasileiras*

(plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis: estudos de casos prático). Florianópolis: Conceito Editorial.

Guimarães, Edgar. (2002) *Controle das contratações públicas*. São Paulo: Dialética.

Hermany, Ricardo. (2006) *Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração*. In: Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 6, Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (Orgs.), Santa Cruz do Sul:Edunisc.

Hesse, Konrad. (1991) *A força normativa da constituição*, trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

Jatahy, Carlos Roberto de C. (2010) *20 anos de Constituição: o novo ministério público brasileiro e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito*. Revista do Ministério Público, a. 31, n. 124, out./dez.

Justen Filho, Marçal. (2004) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed., São Paulo: Dialética.

_____. (2009) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed., São Paulo: Dialética.

_____. (2011) *Curso de direito administrativo*. 7ª ed., 1ª reimp., Belo Horizonte: Editora Fórum.

_____. (2012) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed., São Paulo: Dialética.

Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Trad. Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz Lacambra, Granada:Editorial Comares.

Kymlicka, Will; Norman, Wayne. (2006) *Return of citizen a survey of recent work on citizenship theory*. Disponível em <http://mfs.uchicago.edu/public/institutes/2006/citizen/pre-readings/kymlicka.pdf>. Acesso em 09.07.15.

Loewenstein, Karl. (1964) *Teoría de la Constitución*, traducción y estudio sobre la obra Alfredo Galleco Anabiarte, Barcelona: Ediciones Ariel.

Lópes, Mikel Berraondo. (2004) *Los derechos humanos em la globalización: mecanismos de garantía y protección*. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe – Universidade de Deusto: Bilbao.

Maia, Rodrigo de Almeida. (2012) *Em nome da sociedade: o ministério público nos sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal*. In: O Direito, dir. Jorge Miranda, ano 144º, Coimbra: Edições Almedina.

Marinela, Fernanda. (2012) *Direito administrativo*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Impetus.

Marques, Karla Padilha Rebelo. (2011) *Atividade de inteligência no combate à corrupção: o papel do ministério público*. Maceió: Editora UFAL.

Martínez, Augusti Cerrilo i. *La participación en los órganos colegiados en la administración en red*. Revista Vasca de Administración Pública, nº 90, maio/agosto, Bilbao-Biscaia.

Martins, Guilherme d'Oliveira. (2006) *A reforma do tribunal de contas de 2006*. Revista do Tribunal de Contas, nº 46, julho/Dezembro.

Martins, Guilherme d'Oliveira. (2011) *O tribunal de contas e a actividade contratual pública*. In: Revista de Contratos Públicos, nº 1. Coimbra: Cedipre, Universidade de Coimbra.

Martins Júnior, Wallace Paiva. (2002) *Controle da administração pública pelo ministério público: ministério público defensor do povo*. São Paulo: Juarez.

Medauar, Odete. (2004) *Direito administrativo moderno*. 8. ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Medauar, Odete. (2012a) *Controle da administração pública*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Medauar, Odete (2012b). *Nota sobre a contratualização na atividade administrativa*. In: Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, março/gosto.

Meireles, José Dilermando. (1984) *Ministério público – sua gênese e sua história*. Rev. Inf. Legislativa: Brasília, a. 21, n. 84 nov/dez. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181585/000414210.pdf?sequence=3>. Acesso em 26.02.2015.

Meirelles, Hely Lopes. (1998) *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed., 2ª tirag., São Paulo: Malheiros.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. (1980) *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (1993) *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

_____. (2001) *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros.

_____. (2004). *Curso de direito administrativo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros.

Miranda, Jorge. (2002) *A administração pública na constituição portuguesa*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLII, nº 2. Coimbra: Coimbra Editora.

Miranda, Jorge. (2002) *O provedor de justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?* In: O cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Lisboa: Provedoria de Justiça.

Miranda, Jorge; Medeiros, Rui. (2005) *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Miranda, Jorge; Medeiros, Rui. (2007) *Constituição portuguesa anotada*. Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

Modesto, Paulo. (1999) *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_18/Artigos/art_paulomo. Acesso em 21.06.2012.

_____. (2005) *Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 2, abril/maio/junho. Salvador-Bahia. Disponível em www.direitodoestado.com.br, acesso em 10.10.2012.

Morin, Edgar. (2005) *O método: ética*. Porto Alegre: Sulina, v. 6.

Moraes, Alexandre de. (2006) *Direito constitucional administrativo*, São Paulo: Atlas.

Moraes, Alexandre de. (2007) *Direito constitucional*. 22 ed., São Paulo: Atlas.

Moraes, Guilherme Peña de. (2014) *Direito constiotucional*. 6. ed., São Paulo: Atlas.

Morais, Neira. (2011) *Más allá del presupuesto participativo: la participación como espacio de coordinación trnsversal de diferentes políticas públicas*. In: Democracia participativa e profundización sobre el debate actual. Málaga: Andrés Falck e Pablo Panõ Yáñez, ISBN 978-84-694-5314-8.

Moreira, Vital. (2003) *A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia (EU)*, in: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora.

Moura, Souto. (2002) *Ministério público e poder*. Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, tomo LI, nº 292, jan./abr.

Nascimento, Márcio Gondim. (2005) *O controle da administração pública no estado de direito*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2023/O-controle-da-administracao-publica-no-Estado-de-Direito>. Acesso em 01.10.14.

Nalini, José Renato. (2010) *Segurança jurídica e a formação de uma nação*. In: Segurança Jurídica. Paulo André Jorge Germanos (coord.), Rio de Janeiro: Elsevier.

Nery Júnior, Nelson. Nery, Rosa Maria de Andrade. (2009) *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Neto, Diogo Moreira de Figueiredo. (2005) *Princípios constitucionais fundamentais: uma digressão prospectiva*. In: Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. Coord. Carlos Mário da Silva Velloso et al. São Paulo: Lex Editora.

Neto, Jayme Weingartner. (2014) *Ministério público, boa governança e gestão estratégica*. Rev. do Ministério Público, Lisboa: Sindicato dos Magistrados, nº 137, ano 35, jan./mar.

Novais. Jorge Reis. (2006) *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina.

Novelino, Marcelo. (2013) *Manual de direito constitucional*, 8 ed., São Paulo: Editora Método.

Nunes, José Amaury Maia. (2009) *Princípios constitucionais: interpretação visando à efetividade dos direitos fundamentais*. Disponível em www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/385/271. Acesso em 22.06.2012.

Oliveira, Gustavo Henrique Justino de. (2007) *Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais*. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_o_liveira.pdf. Acesso em 20.03.14.

Oliveira, Rodrigo Esteves de. (2008) *Os princípios gerais da contratação pública*. In: *Estudos de Contratações Públicas*. Org. Pedro Gonçalves. Centro de Estudos de Direito Público, Coimbra Editora.

Oliveira, Mário Esteves de; Oliveira, Rodrigo Esteves de. (2014) *Concursos e outros procedimentos de contratação*. Miguel Neiva de Oliveira (colaborador), Coimbra: Almedina.

Oliveira, Madalena; Paulino, Fernando Oliveira. (2012) *O ombudsman nos meios públicos de comunicação em Portugal e no Brasil: da promessa de uma ética participada aos desafios cotidianos*. Anuário Internacional de Comunicação Lusofônica, Santiago de Compostela: AGACON e LUSOCON, pp. 75-84. Disponível em «<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/29515>», acesso em 22.03.2014.

Paiva, Maria Arair Pinto; Marreiros, A. C.; Aguiar, C. G.C.; Santos, K. B. A. (2006) *Tribunal de contas e estado democrático de direito: necessidade de correção de rumos*. Org. Maria Arair Pinto Paiva, Rio de Janeiro: Editora Uapê.

Paula, Edylcéa Tavares Nogueira De. (1992) *Ministério público, o novo poder da república e da federação brasileira na constituição federal de 1988*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 29, n. 114, abr./jun. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175957/000464730.pdf?sequence=1>.

Pereira, António Pinto. (1999a) *O tribunal de contas das comunidades europeias*. Coleção Direito da União Europeia, Lisboa: Editora Rei dos Livros.

Pereira, António Pinto. (1999b) *O provedor de justiça europeu*. Coleção Direito da União Europeia, Lisboa: Editora Rei dos Livros.

Porto, Pedro Rui de Fontoura. *Ministério público brasileiro: história de uma luta institucional*. cfr. em «<http://www.amperj.org.br/emails/MinisterioPublicoBrasilero.pdf>», Acesso em 28.02.2015.

Pujol, José. (2013) *Contratação pública e democracia participativa*, in: Estudos de Contratação Pública, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação - CEDIPRE da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, nº IV, fevereiro.

Pureza, José Manuel. (1999) *Justiça e cidadania: para uma justiça mais democrática*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 54, junho.

Rocha, Carmen Lúcia Antunes. (1994) *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey.

Rocha, Leonel Severo. (2005) *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed., São Leopoldo: Editora Unisinos.

Rodrigues, Cunha. (1999) *Em nome do povo*. Coimbra: Coimbra Editora.

Roman, Joël. (1996). *Cidadania e vínculo social*. Trad. Neide Luzia de Rezende, São Paulo: Cadernos de Pesquisa, nº 96, fevereiro.

Rothenburg, Walter Claudius. (2013) *Prefácio à obra de Fernando de Brito Alves*. In *Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, ISBN 978-85—362-4266-8.

Rousseau, Jean-Jaques.(s/d) *Do contrato*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em 09.02.15.

Santos, Boaventura de Souza. (1982) *A participação popular na administração da justiça*. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa: Livros Horizonte.

Santos, Boaventura de Sousa. (1991) *Subjectividade, cidadania e emancipação*. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 32, junho.

_____. (1999) *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. Coimbra: CES-FEUC, Oficina nº 134.

_____. (2002) *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. In: *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed., vol. 1, Porto: Afrontamento.

_____. (2003) *Poderá o direito ser emancipatório?* Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 65, maio.

_____. (2009a) *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

_____. (org.) (2009b) *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

_____. (2012). *Os tribunais, o estado e a democracia*. In: Sociedade e Estado em Construção: desafios do direito e da democracia em Angola, vol. I, orgs. Boaventura de Sousa Santos e José Octávio Serra Van Dúnen. Coimbra: Edições Almedina.

_____ e Aviritzer, Leonardo. (2009b) *Para ampliar o cânone democrático*. In: Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Reinventar a emancipação social para novos manifestos. Vol. nº 1. 4ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

_____. (2010) *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. In: Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2ª ed., vol. 4, Porto: Afrontamento.

Saraiva, Paulo Lopo. (2012) *O mandado de garantia social no direito luso-brasileiro*, in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, coord. Marcelo Rebelo de Sousa [et. al.], vol.III, Coimbra: Coimbra Editora, p. 217-238.

Sauwen Filho, João Francisco. (1999) *Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro:Renovar.

Sheth, D. L. (2009) *Micromovimentos na Índia: para uma nova política de democracia participativa*. in: *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, trad. Victor Ferreira, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

Silva, Artur Adolfo Cotias e. (1999) *O tribunal de contas da união na história do brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998)*. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058954>. Acesso em 11.02.2015

Silva, Jorge Almeida da. (2010) *Dicionário dos contratos públicos*. Coimbra: Edições Almedina.

Silva, Jorge Andrade da. (2013) *Código dos contratos públicos*. 4. ed., Coimbra: Almedina.

Silva. José Afonso da. (2001) *Direito constitucional positivo*, 19. ed., São Paulo: Malheiros.

Silva, José Afonso da. (2009) *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed., São Paulo: Malheiros.

Silva, Suzana Tavares da. (2010) *O princípio (fundamental) da eficiência*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto, número especial, p. 519-544.

Silveira, Henrique Flávio Rodrigues da. (2001) *Internet, governo e cidadania*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ci/v30n2/6214.pdf>. Acesso em 19.02.14

Soares, Ehrardt Rogério. (1955) *Interesse público, legalidade e mérito*. Dissertação de doutoramento em Ciências Político-Económicas na Faculdade de Direito Universidade de Coimbra.

_____. (1982) *Princípio da legalidade e administração constitutiva*. Separata do vol. LVII (1981) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

_____. (1988) *O acto administrativo*. Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Portugues e Brasileiro, tomo XXXVII, Portugal: Livraria Cruz.

_____. (1992) *A administração pública e o procedimento administrativo*. Coimbra: Scientia Iuridica, t. XLI, n. 238/240.

Sintomer, Yves; Herzberg, Carsten; Allegretti, Giovanni. (2012) *Aprendendo com o Sul: O Orçamento Participativo no Mundo – um convite à cooperação global*. Colab. Anja Röcke, nº 25, versão portuguesa. Bona- Alemanha: Engagement Global gGmbH Service für Entwicklungsinitiativen - BMZ – Federal Ministry for Economic Cooperation and Development.

Streck, Lenio Luiz. (2006) *Constitucionalismo e concretização de direitos no estado democrático de direito*. Entre discursos e culturas jurídicas, coord. J. J. Gomes Canotilho e Lenio Luiz Streck, Boletim da faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora.

Sundfeld, Carlos Ari. (2012) *Contratações públicas e o princípio da concorrência*, Revista de Contratos Públicos – RCP, ano 1, n. 1, mar./ago, Belo Horizonte: Fórum.

Tácito, Caio. (1988) *Ombudsman – o defensor do povo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo (RDA), 171:15-26 jan./mar.

Tornaría, Felipe Rotondo. (2006) *Derechos fundamentales y administración pública*. In: Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 6, Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (Orgs.), Santa Cruz do Sul:Edunisc.

Torres, Marcelo Douglas de Figueiredo. (2004) *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Touraine, Alain. (1996) *O que é democracia?* trad. Fernando Tomaz, Lisboa: Instituto Piaget.

Vaz, José Carlos. (2005) *Governança eletrônica: para onde é possível caminhar?* Disponível em <http://www.polis.org.br/uploads/745/745.pdf>. Acesso em 07.11.14

Viana, Cláudia. (2010) *O princípio da eficiência: a eficiente eficácia da administração pública*. In. Revista de Contratos Públicos – RCP – Doutrina, ano 1, nº 1 – março/agosto 2012.

Vilaça, Marcos Vinícios. (1997) *Intinerário na corte*. Recife: Letras & Artes Editora Ltda

Zimmer Júnior, Aloísio. (2009) *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., São Paulo: Editora Método.

LEGISLAÇÃO

❖ BRASIL (disponível em www.planalto.com.br/legislacao)

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Decreto 8.109, de 17 de setembro de 2013 (Estrutura Regimental da Controladoria-Geral da União).

Lei 4.717, de 29 de junho de 1965 (Ação Popular).

Lei Complementar nº 04 de 12 de novembro de 1990 (Dispões sobre o Tribunal de Contas de Sergipe).

Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Licitação e Contratos)

Lei 10.520, de 17 de julho de 2002 (Pregão)

Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009 (Mandado de Segurança)

Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011.

(Regimento Interno do Tribunal de Contas da União) - Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/regimentos/regimento.pdf>.

❖ PORTUGAL (Disponível em www.parlamento.pt/Legislacao)

Constituição da República Portuguesa de 1976.

Decreto-Lei 442/91, de 15 de novembro de 1991 (Código de Procedimento Administrativo).

Decreto-Lei 279/93, de 11 de agosto.

Decreto-Lei 48/95, de 15 de março (Código Penal).

Decreto-Lei 18/2008, de 29 de janeiro (Código de Contratos Públicos).

Decreto-Lei 4/2015 de 7 de janeiro (Código de Procedimnto Administrativo)

Lei 4/85, de 9 de abril (Estatuto Remuneratório dos Titulares de Cargos Políticos)

Lei 9/1991, de 09 de abril (Estatuto do Provedor de Justiça)

Lei 14/1995, de 15 de março (Código Penal)

Lei 60/1995, de 27 de agosto (Estatuto do Ministério Público)

Lei 98/97, de 26 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas).

Lei 15/2002, de 22 de fevereiro (Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, de 31 de março de 2004).

Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, de 31 de março de 2004).

Lei nº 46/2007, de 24 de agosto (Lei do Acesso aos Documentos Administrativos)

Diretiva 2014/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, em 26 de fevereiro de 2014).

❖ OUTRAS

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em «www.pfdc.pgr.mpf.mp.br». Acesso em 13.01.2013.

Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. Disponível em «<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh>». Acesso em 06.07.14.

Declaração do Milênio Disponível em <http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/MDGs/MDGs2.html>. Acesso em 10.07.15.