

Aquisição governamental: Aplicação de medidas íntegras

*Tang, Tat Weng**

A aquisição governamental tem vindo a tornar-se uma área de actividade económica de grande relevância no conjunto das actividades comerciais de cada país e mesmo região. O valor de aquisição governamental dos estados membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) atinge cerca de 15% do produto interno bruto (PIB). A percentagem nos estados membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) é mais alta, estimando-se em 20% do PIB. Assim sendo, os governos podem influenciar a estrutura de mercado e a concorrência activa de longa duração entre empresas, mediante a implementação de políticas de aquisição governamental. Deste modo, uma política efectiva desta natureza pode moldar objectivos e efeitos da concorrência leal a longo-prazo no sector da indústria e de serviços.

A primeira meta da política de aquisição governamental efectiva visa promover a adequada usufruição de despesas públicas e realça a eficácia da Administração Pública, no sentido de assegurar a prestação de bens ou serviços de qualidade a preços mais baixos, por parte de fornecedores, ou seja, o governo toma uma adjudicação, em geral, de acordo com o princípio do valor agregado (*value for money*). Uma aquisição governamental efectiva consegue evitar problemas de má gestão da Administração Pública e de desperdício dos dinheiros públicos, desde que a meta final a atingir não seja influenciada por determinadas práticas ilegítimas, tais como conluio, acordo para participar em licitação (*bid-rigging*), fraude, corrupção, suborno e cartéis, etc. Estas condutas anticompetitivas que influenciam os resultados após o processamento de aquisição transgridem peculiar e activamente o direito de concorrência leal, impedindo fortemente o normal comércio e as relações comerciais domésticas e internacionais, distorcendo mesmo o funcionamento do mercado de aquisição governamental. Então, o governo deve implementar certas condutas e medidas adequadas para assegurar a aquisição governamental íntegra.

* Doutorando da Faculdade de Direito Civil e Comercial e de Direito Económico da Universidade Ciência Política e Direito da China.

Este texto, em primeiro lugar, suscita a pertinência dos trabalhos executados com vista à protecção de aquisição governamental íntegra, especialmente as sugestões de melhoramento no aspecto do regime jurídico das empreitadas de obras públicas, bem como neles indicada os documentos orientadores relativos à aquisição interna emitidos pelo Governo da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM). Estes trabalhos foram comunicados às organizações internacionais participadas pelo Governo da RAEM nos anos transactos. Em segundo lugar, os riscos de corrupção e suborno potencial são justificados mediante a análise das diversas fases no ciclo de aquisição governamental vigente. Entretanto, algumas medidas e práticas neste contexto são indicadas como podendo assegurar a integridade, as quais se aplicam aos trabalhos quotidianos relativos à aquisição governamental. Finalmente, este texto apresenta algumas sugestões para assegurar a integridade da aquisição governamental, oferecendo uma referência para os Serviços Públicos.

I. Os trabalhos de aquisição em prol da honestidade promovidos pelo Governo da RAEM

No mês de Maio de 2006, o Banco de Desenvolvimento Asiático (BDA) e a OCDE realizaram em conjunto a 8.^a Reunião do Grupo de Direcção (*Steering Group*) da Iniciativa de Anti-corrupção para a Ásia-Pacífico, na qual se adoptou o relatório final da sua primeira revisão temática na Limitação da Corrupção em Aquisição Governamental na Ásia e no Pacífico (*Curbing Corruption in Public Procurement in Asia and the Pacific*). Naquela altura, os membros dessa Iniciativa concordaram com a intensificação avançada do desenvolvimento das medidas tomadas no enquadramento de aquisição em dois anos após a adopção desse documento. Embora a RAEM não fosse uma região membro dessa Iniciativa, também nela participou. O Comissariado contra a Corrupção (CCAC) informou-a, no ano de 2007, sobre o então *status quo* do sistema de aquisição governamental da RAEM.

No mês de Maio de 2008, realizou-se a 11.^a Reunião do Grupo de Direcção¹, resumindo as reformas das políticas e das acções atinentes à

¹ O Banco de Desenvolvimento Asiático (BDA) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) realizaram em conjunto a 11.^a Reunião do Grupo de Direcção da Iniciativa de Anti-corrupção no mês de Maio de 2008, lançando para esta reunião um relatório intitulado “*Reforma de políticas e práticas de aquisição – desde a*

aquisição acompanhadas pelos 21 estados e regiões membros e 3 estados e regiões não membros dessa Iniciativa. Entre as regiões não membros, incluiu-se a situação de desenvolvimento em relação à aquisição governamental informada por parte da RAEM.

Este relatório da reunião do Grupo indica que o CCAC concluiu integralmente um estudo sobre o regime de empreitadas de obras públicas no ano de 2007, sugerindo o aperfeiçoamento do regime jurídico em questão e a redução de lacunas provavelmente existentes e de insuficiências. As respectivas sugestões incidem em 9 vertentes, incluindo 1. o estabelecimento de um mecanismo, o qual requer o esclarecimento sobre qualquer decisão sobre dispensa de concurso público e concurso público limitado, bem como requer a revelação dessa decisão ao público; 2. a normalização das diversas fases do procedimento de compras nas empreitadas de obras de concurso público; 3. a criação de uma base de dados de contrapartida de contrato²; 4. a regulamentação do conceito de obras

adoção da Revisão Temática na Limitação da Corrupção em Aquisição na Ásia e no Pacífico” (Maio de 2006)”.

² No dia 8 de Setembro de 2008, o *Macao Daily News* publicou notícia de que a Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT) iria consultar o sector de construção civil, no sentido de criar “uma base de dados referente a empresas de construção para as obras públicas” para concurso do tipo de convite (que se chama “concurso limitado” e “ajuste directo” na legislação vigente em relação à aquisição governamental). Esta base de dados inclui as empresas de construção a ser classificadas por avaliação, esperando a criação de um mecanismo concorrencial que será justo, imparcial e público. Esta base de dados centralizada não só é utilizada pela DSSOPT, mas também por outras entidades públicas para desenvolverem quaisquer trabalhos relativos às obras.

Qualquer empresa de construção que solicite a inclusão naquela base de dados tem de apresentar as respectivas informações e escolher a tipologia de obras e o grupo pretendido. Após a apreciação das respectivas informações, as empresas de construção que formulam a solicitação em causa serão incluídas conforme a sua solicitação nas respectivas listas de projecto de obras e actuam como empresas de construção qualificadas. Conforme o estipulado, os tipos e os grupos de empresas de construção civil contidos nessa base de dados são os seguintes:

Tabela de nota 1: Classificação de empresas de construção qualificadas para executarem obras

Classificação	Tipo de construção	Projecto de engenharia
Tipo 1	Edificação	Incluindo construção, decoração, ar-condicionado, contra incêndio, elevador, serviços de electricidade forte e fraca, demolição e obras de manutenção, etc.

e a vigilância da aquisição sobre serviços ou obras adicionais; 5. a definição de um mecanismo de aceitação, classificação e eliminação da lista de candidatos/concorrentes pré-qualificados em termos de desempenho e de

Classificação	Tipo de construção	Projecto de engenharia
Tipo 2	Obras marítimas e hidráulicas e as relativas a rocha e solo	Incluindo porto, engenharia marítima, túnel, obras para manutenção de montanhês e para parede de retenção, <i>etc.</i>
Tipo 3	Obras de infra-estrutura urbanas	Incluindo as obras de arruamento e drenagens, túneis e sobre-pontes pedestres, <i>etc.</i>

Tabela de nota 2: Grupos relativos a custo de obras, em que as empresas de construção qualificadas executam

Grupo	Custo de obras
A	> MOP 2,500,000
B	≥ MOP500,000 e ≤ MOP2,500,000
C	< MOP500,000

Relativamente ao grupo requerido pelas empresas de construção, a DSSOPT pode subir ou baixar o grupo pedido de acordo com os seus desempenhos, os quais contam com os resultados de avaliação consoante as suas execuções de obras. As empresas de construção recebem a avaliação, relativa à qualidade de obras, efectuada pela entidade supervisora de obras durante a execução, a recepção provisória após a conclusão e o período de manutenção de obras públicas. Os critérios de avaliação compreendem os recursos humanos, o plano de execução das obras, a qualidade e a adaptação das obras, o requerimento em tempo oportuno de materiais e de equipamentos aprovados, todos os trabalhos envolvidos devem ser completados em Macau, as medidas de segurança e supervisão dentro do prazo de execução de obras, a eficácia da resolução de problemas e de queixas, o acidente laboral em local de trabalho causado por lapso e omissão de empresa contratante, a mão-de-obra empregada ilicitamente em local de trabalho, a avaliação do prazo de garantia, e os problemas causados em razão de obras externas (*outsourcing*), *etc.* A DSSOPT iria decidir sobre as empresas a incluir em grupos superiores ou inferiores, no final de cada ano, conforme os pontos finais obtidos na avaliação de qualificação de empresas de construção que executam obras públicas. Em circunstâncias extraordinárias, a qualificação de uma empresa de construção será suspensa por 2 anos e a mesma descerá para o grupo C se a mesma executar as obras de modo fraudulento; a qualificação de uma empresa de construção será suspensa por 1 a 2 anos, dependente da gravidade dos acidentes se os mesmos tiverem acontecido durante o prazo de execução e forem imputados a empreiteiros; a qualificação de uma empresa de construção será anulada se trabalhadores ilegais forem detectados em curso de execução de obras. Em caso de empresas de construção com qualificação suspensa tentarem reabilitar a sua qualificação registada na base de dados, a mesma terá de a requerer de forma activa após o termo do prazo de suspensão.

capacidade dos contratantes³; 6. a definição dos critérios de selecção de carácter geral; 7. a elaboração de um manual de operação, o qual regule a comissão de selecção; 8. o estabelecimento de um mecanismo que previna os conflitos de interesses; 9. a elaboração de um manual de operação, o qual regule os requisitos de ajuste directo e o seu valor inicial que deve ser especificado e registado.

Na vertente da aquisição de bens e serviços, esse relatório indica também que o Gabinete do Secretário dos Transportes e Obras Públicas promulgou, no primeiro trimestre de 2008, as “Instruções para a Realização de Despesas com Aquisição de Bens, Serviços e Obras” (*Instructions on the Expenditure on Public Works and the Acquisition of Properties and Services*). Todos os Serviços Públicos tutelados por esta entidade devem cumprir as Instruções, cujo objectivo é prestar orientações claras, precisas e padronizadas dos seguintes temas, face à diferente interpretação de leis e regras pelos diversos Serviços Públicos: método para seleccionar o projecto de aquisição, criação da comissão de abertura do concurso e da comissão de avaliação, critérios para selecção, preços de obras adicionais, regime de substituição, bem como regime de supervisão sobre a execução de obras, *etc.*

Na prática, o CCAC estabeleceu os trabalhos promotores atinentes à integridade na aquisição governamental no ano de 2003. Em Dezembro desse ano, publicou primeiramente as “Instruções sobre o Procedimento de Aquisição de Bens e Serviços”, que indicam não só os trabalhos mais atendidos nas diversas fases do procedimento de concurso, mas também referem sucintamente como tratar o interesse, o regime de impedimentos, as responsabilidades legais a ser assumidas pela violação enquanto o pessoal responsável pela aquisição executa trabalhos, e também citam as obrigações e os meios de informação, deixando ao pessoal responsável pela aquisição uma interpretação correcta de aquisição governamental e de trabalhos relevantes. É de sublinhar que o anexo III destas Instruções indica expressamente os crimes mais frequentes em relação à aquisição, *inter alia*, das práticas de corrupção, compreendendo o suborno passivo, a violação de segredo, o peculato, o abuso de poder. Mesmo que estas Instruções não sejam vinculativas legalmente na sua aplicação elas, como documento administrativo e primeiras orientações relativas à aquisição governamental, prestam um grande valor de referência a todos os Servi-

³ *Idem.*

ços Públicos, promovendo a execução de trabalhos relativos à aquisição governamental numa atitude correcta e honesta.

II. Sinais de suborno possivelmente detectados na aquisição governamental

O significado da corrupção *per si* é uma conduta secreta que leva os seus autores a obter interesses ilegais fora do âmbito do interesse normal, lesando assim os interesses e a riqueza de outrém, do Estado e da sociedade civil. Deste modo, a consequência causada pela corrupção ultrapassa uma determinada conduta ilegítima praticada pelo autor em questão, propagando-se pela economia da sociedade e influenciando esta última. O suborno na aquisição governamental irá distorcer o plano de desenvolvimento do governo e resultar em tomadas de decisão de investimento desnecessárias, inadequadas, não económicas, ou não relacionadas, bem como, em qualquer momento, condicionar o plano ao ponto de prejudicar a segurança dos cidadãos.

Nas diversas fases do ciclo completo de aquisição governamental, existe a oportunidade de emergência da corrupção e do suborno, não havendo nenhuma fórmula fixa para calcular precisamente a probabilidade da sua emergência. Todavia, há fortes razões para afirmar que certa corrupção e subornos não podem ser tolerados. A razão principal é que a corrupção e os subornos são praticados secretamente e não podem ser detectados por parte da Administração. Na prática, é sabido pelas experiências acumuladas, todavia, que há muitas instâncias de prova que indicam algumas sugestões sobre a emergência da corrupção e do suborno. As autoridades administrativas e judiciais podem realmente saber pormenores mediante estas sugestões, investigando completamente se houver caso transgressor de corrupção e de suborno. Assim uma acção poderá ser proposta se o caso for provado.

A OCDE resume certos sinais de emergência provável de corrupção e de suborno na análise do seu estudo, servindo como sugestões para a investigação a desenvolver:

1. Altos preços injustificados e aumento do preço adjudicado;
2. Contrato ou aquisição envolvendo um intermediário não necessário;
3. Intermediário recebendo uma comissão alta e alegando poder influenciar a decisão da Administração na aquisição governamental;

4. Fornecedor bem reconhecido que paga suborno (suborno activo);
5. Tratamento favorável injustificado e não esclarecido de fornecedor determinado pelo funcionário específico da entidade pública contratante sobre um período de tempo, incluindo o grande volume ou alto preço de contratos celebrados com o mesmo fornecedor;
6. Grande volume de bens invulgarmente adquiridos por uma só pessoa responsável pela aquisição;
7. Tempo excessivo injustificado entre o anúncio da adjudicação e a celebração do contrato, o qual implica provavelmente a negociação de um suborno em curso;
8. Objecto do contrato de fornecimento diferente do ramo comercial nuclear do fornecedor;
9. Grande volume de bens invulgarmente adquiridos por uma fonte individual;
10. Qualidade baixa e demora na entrega de bens ou de prestação de serviços aceite pelo pessoal responsável pela aquisição;
11. Pessoal responsável pela aquisição que não consegue esclarecer a sua riqueza aumentada repentinamente;
12. Pessoal responsável pela aquisição recebendo prendas e entretenimentos impróprios;
13. Pessoal responsável pela aquisição não revelando o seu negócio particular fora dos Serviços Públicos;
14. Pessoal responsável pela aquisição executando os trabalhos para além ou aquém do âmbito normal de responsabilidade quanto ao contrato de adjudicação ou de gestão;
15. Pessoal responsável pela aquisição recusando a promoção para uma posição diferente da área de aquisição;
16. Pessoal responsável pela aquisição e fornecedores ou empreiteiros tendo uma relação estreita, incluindo uma relação social contínua;
17. Aquisição envolvendo sectores ou países com alto risco;
18. Realização de concurso público ou limitado frequentemente requerida, mas não concluída, pelo que a mesma termina após discussão;
19. Empresas que são repetente e sistematicamente recusadas actuando eventualmente como sub-contratantes;

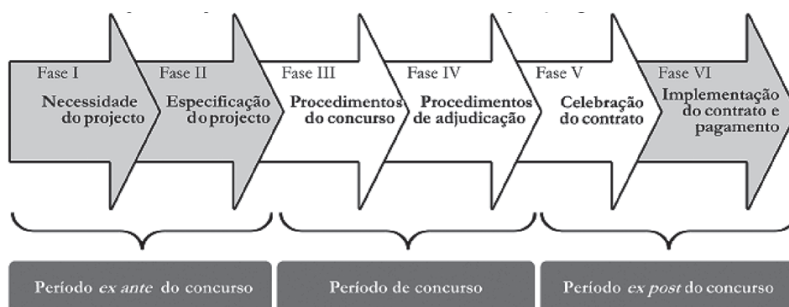
20. Compras desnecessárias e impróprias⁴.

Quando as autoridades administrativas e judiciais suspeitarem da emergência dos supracitados sinais de corrupção ou suborno na actividade de aquisição governamental, se houver um mecanismo completo de participação e de investigação que facilite qualquer pessoa participante na aquisição governamental e mesmo as pessoas relacionadas indirectamente com a aquisição governamental para prestarem informação no sentido de se realizar uma investigação, poderá ser assegurada activa e efectivamente a integridade nas actividades de aquisição. Mediante este mecanismo, as autoridades administrativas envolvidas, e mesmo as autoridades judiciais podem intervir efectivamente no incidente de modo relevante.

III. Medidas preventivas pertinentes à emergência dos riscos de corrupção e suborno durante o ciclo de aquisição governamental

O ciclo integral de aquisição governamental da RAEM pode ser dividido teoricamente em 6 fases de trabalho, indicadas no gráfico 1, a saber: necessidade do projecto, especificação do projecto, procedimentos de concurso, procedimentos de adjudicação, celebração do contrato, bem como, implementação do contrato e pagamento.

Gráfico 1: Os períodos pertinentes a concurso no ciclo de aquisição governamental



Os trabalhos da 1.^a e 2.^a fases, que são o “período *ex ante* do concurso”, são os do período preparatório, os quais não são regulamentados

⁴ Vide nota 1.

legalmente e pertencem a trabalhos de âmbito administrativo; as 3.^a e 4.^a fases, que estão no “período de concurso”, são as fases de trabalho que se desenrolam ao nível do concurso, cujos trabalhos principais são definidos legalmente e devem realizar-se em cumprimento dos procedimentos e etapas legais; as 5.^a e 6.^a fases, que estão no “período *ex post* do concurso”, são as fases após o concurso. A 5.^a fase desenvolve-se após a adjudicação e é a fase da celebração do contrato entre a Administração e o concorrente preferido. Os trabalhos relevantes estão sujeitos à lei relativa à aquisição governamental vigente. A 6.^a fase contém os trabalhos práticos de aquisição governamental. Os comportamentos nesta fase de aquisição da Administração não estão basicamente sujeitos à lei relativa à aquisição governamental, uma vez que respeitam a uma relação contratual entre a Administração e os fornecedores ou empreiteiros de obras públicas. Contudo, os comportamentos de fornecimento dos últimos estão vinculados pelos contratos celebrados. A Administração deve cumprir as obrigações de pagamento a fornecedores ou empreiteiros; por outro lado, os fornecedores têm a responsabilidade de fornecer os produtos, cujas qualidades são estipuladas nos contratos, requisitadas pela Administração e os empreiteiros têm a responsabilidade de concluir as obras encomendadas pela Administração.

Tendo em vista que os trabalhos da 3.^a a 5.^a fases estão sujeitos à lei, a oportunidade de emergir a corrupção e suborno é mais baixa; contrariamente, os trabalhos da 1.^a, 2.^a e 6.^a fases são apenas regulamentados administrativamente. Por outro lado, o funcionamento interno dos Serviços Públicos não é idêntico, não há uma uniformização estabelecida. Por isso, a oportunidade atinente à emergência da corrupção e suborno é comparativamente mais elevada, e a sua forma não tem regra, tornando-se uma zona cinzenta que a protecção da integridade coloca em dúvida no pleno ciclo da aquisição governamental, a qual merece atenção.

1. Medidas e práticas que asseguram a integridade no período *ex ante* do concurso

O período *ex ante* do concurso é o momento em que as actividades de aquisição governamental são decididas e o projecto do concurso é definido nas fases nele incluídas. Portanto, um planeamento anual efectivo de aquisição da Administração pode ser prestado aos Serviços Públicos para desenvolverem os trabalhos referentes à aquisição, uma boa orga-

nização de procura e recursos e um desenvolvimento de trabalhos em ordem. Nesta consideração, um mecanismo de consulta pode ser criado para os concorrentes potenciais e outras partes interessadas, especialmente para os utilizadores finais dos bens e serviços de concurso, participarem na elaboração das especificações essenciais do objecto do concurso, *i.e.* requisitos essenciais dos bens e serviços a adquirir ou das obras públicas a realizar, tecnologia e critérios, *etc.*, a fim de evitar que os bens e serviços a adquirir não preencham as necessidades práticas. Perante algumas aquisições que requerem tecnologias novas e avançadas, produtos que sempre têm novos modelos, produtos e serviços cujos preços são flutuantes e avaliados dificilmente, ou contrato com disposições mais complexas, *etc.*, a entidade responsável pelo concurso deverá consultar as especificações do projecto de aquisição e compreender o estado do mercado, junto com o sector industrial, antes de lançar o anúncio, visando promover o diálogo entre o governo e o sector privado e encorajar a inovação tecnológica. As relevantes práticas a adoptar podem convidar as empresas existentes no mercado a apresentar sugestões, a efectuar um inquérito a concorrentes ou a realizar um estudo de mercado, *etc.* Só se os requisitos de objecto do concurso estiverem definidos clara e certamente no documento referente ao concurso, é que as propostas apresentadas pelos concorrentes qualificados podem preencher as necessidades da entidade responsável pelo concurso, a qual procede à adjudicação, não causando nenhuma alteração, para preencher a necessidade prática, *inter alia* dos requisitos definidos no documento referente ao concurso e/ou das condições apresentadas na proposta.

A compreensão e a consulta de preços e de tecnologias *per se* no mercado antes da realização de concurso não viola à lei. É de salientar, contudo, que a conclusão desses pontos de vista não pode ser parcial, nem egoísta e a adopção de especificação e tecnologia respondida apenas por determinada empresa, será evitável. A entidade responsável pelo concurso deverá convidar certo número de empresas participantes para apresentarem os seus pontos de vista do seu sector, bem como estabelecer critérios claros e justos no documento referente ao concurso, a fim de seleccionar os concorrentes no respectivo concurso, no sentido de evitar conflitos de interesses potenciais quanto aos critérios de avaliação que se inclinam ou prevalecem em relação a certos aspectos que fazem com que a entidade responsável pelo concurso tenda a celebrar contrato com o concorrente preferido, chegando a uma conclusão radical de aquisição em concorrência leal.

Em geral, o governo tem concebido continuamente que a Administração deveria definir uma metodologia sistemática e estratégica para gerir os mercados principais de aquisição governamental, bem como dar sinais claros sobre as suas necessidades aos diversos sectores, esforçando-se por melhorar a relação de boa concorrência e a capacidade de desenvolvimento de longa duração dos diversos sectores. Uma prática viável e usada no estrangeiro é, no período *ex ante* do concurso ou no tempo mais cedo do ciclo de aquisição governamental, a organização de um seminário do sector por parte da Administração com os concorrentes, tanto para aumentar o intercâmbio informativo entre os Serviços Públicos e as empresas, como para dar uma oportunidade ao sector na discussão da solução que preencha as necessidades de Administração⁵.

2. Medidas e práticas que asseguram a integridade no período de concurso

Neste período de concurso, o estabelecimento de certas etapas inadequadas irá facilitar o surgimento de práticas de corrupção. Por isso, a definição de procedimentos competitivos de aquisição de acordo com a lei dará um certo nível de garantia de integridade na aquisição. Comparativamente, a aquisição não competitiva, a que falta um procedimento padronizado de aquisição, tem riscos elevados. Seja qual for o procedimento de aquisição, durante o período de concurso, as medidas adequadas podem ser introduzidas nas diversas curtas fases para garantirem a integridade na aquisição, incluindo a publicidade da oportunidade do concurso, a entrega das propostas antes do termo do prazo, a abertura de propostas, a selecção de uma proposta mais apropriada e a adjudicação do concurso.

Além do mais, tendo como base que a Administração está a motivar os trabalhos relativos ao governo electrónico, todos os Serviços Públicos aplicam a tecnologia de informação, em determinada extensão, além da forma escrita usada tradicionalmente, ao procedimento de concurso e promovem inicialmente a aquisição electrónica dos bens, *inter alia*, do concurso público e do concurso limitado. No que diz respeito à publicação da notícia da oportunidade da aquisição, o anúncio do concurso pode ser colocado no portal do governo e no *website* da Imprensa Oficial ou no próprio *website* da entidade responsável pelo concurso; a disponi-

⁵ *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*. OECD, 2007, p. 34.

bilidade dos documentos referentes ao concurso em forma electrónica no *website* da entidade responsável pelo concurso para os concorrentes interessados os descarregarem, a título gratuito; a emissão da consulta através de correio electrónico aos fornecedores usuais e/ou aos fornecedores que estão incluídos na lista de registados, *etc.* No que diz respeito à recepção de propostas, os meios electrónicos, tais como o correio electrónico ou os canais electrónicos exclusivos podem ser utilizados, a fim de receber as propostas por via da tecnologia de encriptação e assinatura electrónica. Este método assegura que ninguém pode abrir as propostas para espreitar e violar o teor determinante e prejudicar a concorrência leal.

De qualquer modo, num concurso a ser realizado para assegurar a concorrência leal, os Serviços Públicos não só divulgam o anúncio do concurso, mas também têm de desenvolver medidas específicas para garantirem a integridade da aquisição: (1) os concorrentes podem e devem receber documentos claros sobre a oportunidade da aquisição, tais como o anúncio do concurso, programa do concurso, caderno de encargos e seus anexos, *etc.* Em caso de os Serviços Públicos adoptarem o documento referente ao concurso em modelo tipo, tal facilita a garantia de que os concorrentes interpretam com precisão os requisitos do concurso; (2) o documento referente ao concurso deve conter os critérios de avaliação claros e as suas proporções, permitindo aos concorrentes compreender como é que as propostas serão avaliadas no procedimento de adjudicação. Caso sejam adequados, os critérios de avaliação e as relevantes proporções deveriam ser expressos e publicados por meios apropriados, facilitando aos concorrentes a *design* e a elaboração da proposta baseadas nos critérios reconhecidos quanto à oferta na fase preliminar; (3) Caso a entidade responsável pelo concurso tenha de alterar o conteúdo do documento referente ao concurso após a sua divulgação, a mesma deveria notificar, na forma apropriada e tão depressa quanto possível, todos os concorrentes que tenham recebido o documento, bem como garantir a outros concorrentes que obtenham seguidamente a versão actualizada do documento referente ao concurso; (4) os concorrentes podem solicitar, antes da data limite para apresentar as propostas ou antes do prazo legalmente previsto, à entidade responsável pelo concurso uma interpretação mais profunda do documento referente ao concurso ou a obtenção das relevantes informações a mais. Assim, a entidade responsável pelo concurso, pode satisfazer as perguntas na forma escrita, ou realizar uma sessão para esclarecimento nesse contexto, *etc.* É de sublinhar que as respectivas dúvidas

e as correspondentes respostas têm de ser divulgadas igualmente a todos os concorrentes; caso contrário, os concorrentes que tenham já obtido informações e respostas ficam beneficiados em relação aos outros; (5) a entidade responsável pelo concurso deve dar tempo suficiente aos concorrentes para prepararem as propostas, ou seja o tempo entre a publicação de anúncio do concurso e a data limite para apresentação de propostas deve ser suficiente para que os concorrentes preparem as suas propostas. Particularmente, um concurso que requer tecnologia mais recente e elevada e que é mais complexa deveria ter tempo mais alongado para a entrega das respectivas propostas.

Quando as comissões de abertura e de selecção são compostas, a entidade responsável pelo concurso ainda não sabe quais são os interessados a concorrer. Após a realização do acto público do concurso e a definição dos concorrentes qualificados, se o membro da comissão de selecção tem relação familiar em certo nível com quaisquer concorrentes, deve ser impedido e o seu suplente assume a sua posição. A existência de um controlo ineficaz neste procedimento induz frequentemente o comportamento relativo à manipulação do resultado de adjudicação, *inter alia* de abuso de competência, quando o poder de adjudicação é delegado a um oficial com poder discricionário.

Além disso, a informação de adjudicação também deveria ser tratada de forma transparente. A entidade responsável pelo concurso deve notificar em simultâneo a decisão de adjudicação ao concorrente preferido e ao concorrentes preteridos. Esta prática facilita a criação de uma relação de confiança mútua entre a entidade responsável pelo concurso e todos os concorrentes na realização de processamento de concurso justo, bem como dar-lhes uma oportunidade para darem *feedback* prontamente, especialmente a uma reclamação contra a adjudicação efectuada pelos concorrentes preteridos, esperando, por aproveitamento destes, a apresentação de opiniões de aperfeiçoamento a formular pelos concorrentes à entidade responsável pelo concurso, e deixando a aquisição futura compatível com o princípio de valor agregado (*value for money*).

A entidade responsável pelo concurso deve publicar, inicialmente, o nome do concorrente preferido e a razão da negação de outros concorrentes. As informações referentes à adjudicação devem compreender o nome do adjudicatário, as características dos bens e serviços ou a natureza das obras públicas, os critérios de selecção ou de adjudicação, os fundamentos

justificativos da adjudicação, o preço adjudicado e a lista de identificação dos concorrentes preteridos. De notar que os conteúdos das propostas apresentadas por todos os concorrentes não devem ser revelados, incluindo a proposta do potencial adjudicatário, devido à confidencialidade comercial entre concorrentes e os métodos utilizados estarem contidos nas propostas, evitando que os concorrentes possam saber sobre as suas ofertas causando a conduta de concorrência desleal no futuro.

Perante a prestação de uma oportunidade aos concorrentes preteridos para apresentarem uma reclamação contra a adjudicação, a entidade responsável pelo concurso tem de disponibilizar o tempo suficiente e tomar decisão sobre a reclamação e responder antes da celebração do contrato com o concorrente preferido. Este período chama-se “período de paralisação”. Alguns países ocidentais, tais como os da União Europeia, definiram este período de paralisação entre a notificação referente à adjudicação ao concorrente e a celebração do contrato, mas a duração deste período é um assunto controverso. De qualquer modo, se um tempo bastante longo por dado aos concorrentes preteridos para apresentarem as suas eventuais reclamações contra a adjudicação, no sentido de se promover a imparcialidade no procedimento de concurso, há potencialmente um impacto negativo face ao responsável pelas decisões, se utilizar sistematicamente procedimento com carácter concorrencial para evitar reclamação a ser apresentada contra a sua decisão. Isto demonstra que é difícil chegar a um equilíbrio de tratamento entre uma justiça efectiva e de igualdade, sendo um desafio dilema a nível administrativo para a entidade responsável pelo concurso⁶.

3. Medidas e práticas que asseguram a integridade no período *ex post* do concurso

O período *ex post* do concurso respeita ao processamento administrativo interno entre a entidade responsável pelo concurso, o adjudicatário e os Serviços Públicos utilizadores, ou seja entre a Administração e o fornecedor. Os trabalhos deste período têm uma transparência relativamente mais baixa do que a do período de concurso; os trabalhos em princípio estão apenas sujeitos à regulamentação administrativa. *De jure*, este período *ex post* do concurso não está coberto pela lei ou quaisquer disposições

⁶ *Idem*, pp. 35-6.

legais pertinentes à lei de aquisição governamental, mas vinculado pelas disposições do contrato.

De facto, o conteúdo essencial do contrato está sujeito à lei relativa à aquisição governamental, compreendendo particularmente as disposições do documento referente ao concurso e o conteúdo da proposta aceite, ou seja, o conteúdo do contrato encontra-se determinado após a adjudicação. Sobretudo, o tempo que será mais prolongado após a adjudicação até à celebração do contrato, implica provavelmente negociar as condições do suborno, ou o pessoal responsável pela aquisição e o concorrente preferido ainda não terem chegado a um consenso, o qual inclui o interesse implicado no contrato ou outros interesses.

Em geral, a celebração e a gestão do contrato são conhecidas meramente pelos serviços contratantes, contraparte do contrato e/ou os serviços notariais. Os desafios nucleares são para garantirem a implementação do projecto de aquisição se está em conformidade com as especificações estabelecidas antes da realização do concurso, *inter alia*, sobre a qualidade e a quantidade dos bens fornecidos, o fornecimento oportuno do objecto contratado; outra questão é o valor contratado no período *ex post* do concurso, que é pago, no momento certo, total ou em prestações. Portanto, a tarefa inicial é para prestar ao pessoal responsável pela aquisição e contrapartida do contrato as orientações adequadas para implementação e para intensificar as responsabilidades de ambos os contratantes, designadamente a introdução do método referente à gestão de riscos, a restrição e o controlo perante a alteração de disposições contratuais, a supervisão precisa e oportuna da implementação do contrato, a vigilância do contrato e da situação de pagamento, a introdução da supervisão pública atinente à execução do contrato, *etc.*, a fim de prevenir, no período *ex post* do concurso, a emergência de casos que prejudiquem a integridade⁷.

IV. Sugestões para prevenção da corrupção e do suborno na aquisição governamental

A Administração tem apenas capacidade limitada directa contra a corrupção e o suborno praticados entre o pessoal responsável pela

⁷ *Idem*, pp. 41-2.

aquisição e os concorrentes, e ela não tem, adicionalmente, os recursos humanos e financeiros suficientes para actuar em todos os trabalhos de combate; ao contrário, a Administração pode actuar activa e agressivamente, estabelecendo um mecanismo com metas específicas e tomando medidas preventivas, fazendo com que os autores dificilmente cheguem à corrupção e prevenindo o agravamento desta. Indicadas na experiência internacional, as medidas contra a corrupção, que são de natureza passiva, são geralmente menos eficazes e têm um custo administrativo mais elevado do que as medidas preventivas, que são de natureza positiva. De facto, não há um único método com múltiplos propósitos para diminuir a corrupção e reduzir os riscos de suborno; deve tomar-se medidas correspondentes ao risco de tipo diversificado, e deve também rever-se regularmente a eficácia destas medidas e implementar os seus ajustamentos oportunos e apropriados. Na generalidade, o que é fundamental é a implementação e a execução de aquisição honesta e de regulamentação referente à anti-corrupção, a introdução do método adequado de verificação, a aplicação de procedimentos de concurso mais abertos e transparentes possível, e a prevenção do abuso de poder pelo pessoal responsável pela aquisição, *etc.*

1. Definição sucinta das normas de integridade

O método para reduzir ao máximo as práticas de corrupção é o de adaptar medidas com carácter positivo e dissuasor, ou seja o mesmo aumenta a responsabilidade do pessoal pela aquisição e dos fornecedores que praticam as condutas de aquisição desonestas, de modo a não realizar as práticas de corrupção e de suborno. Esta medida é a punição, incluindo a sanção administrativa por parte da Administração e a denúncia por parte de órgão judicial.

A definição de disposições claras e concretas referentes à punição adequada em diploma legal e na regulamentação pode restringir efectivamente a oportunidade de emergirem infracções. Se o órgão legislativo e a Administração puderem definir as cláusulas de penalidade severa, a Administração e o órgão judicial poderão implementá-las e aplicá-las. A última revisão da legislação relativa à aquisição governamental da RAEM foi o regime jurídico do contrato de empreitadas de obras públicas, publicado em 1999, cujo teor estabelece expressamente os procedimentos do concurso; no que diz respeito ao procedimento do concurso em relação às

compras públicas de bens e serviços, o regime foi estabelecido ainda mais cedo, em 1985, tendo já decorrido mais de 20 anos da sua aplicação até à presente data. As suas disposições nunca foram alteradas. Devido a essas disposições serem mais abstractas e bastante complicadas, algum pessoal responsável pela aquisição praticou trabalhos ilegítimamente por falta de conhecimento ou incompreensão das mesmas, ou tomou decisões favoráveis para si intencionalmente. Além disso, estes diplomas regulam principalmente os procedimentos do concurso mas não qualquer penalidade respeitante às práticas ilegítimas ou transgressoras do pessoal responsável pela aquisição e dos concorrentes, faltando a finalidade e a função de alerta e ameaça.

Não importa quando é que a presente legislação relativa à aquisição governamental foi promulgada; para chegar à meta do mercado da aquisição governamental moderno, é de completar os efeitos de aumentar a concorrência, obter o melhor preço, bem como garantir a qualidade, entregar pontualmente os bens e prestar serviços aos Serviços Públicos de acordo com o tempo e data determinados, *etc.* Tal como é indicado pela OCDE, o objectivo principal definido na aquisição governamental é o de prevenir, detectar e punir os fenómenos de corrupção, trazendo com isso um grande benefício ao comércio interno e transnacional.

Salientando que a legislação de anti-corrupção relativa à aquisição governamental deverá considerar a cooperação internacional, o contra-suborno internacional e as normas para aquisição deverão ser coordenados em nível avançado. As normas contra suborno comuns e a rede inter-regional da cooperação internacional fortalecerão obviamente a capacidade do governo para evitar a corrupção e o suborno, face à aquisição governamental. Para isto, a OCDE vai motivando o desenvolvimento das respectivas acções entre os seus estados membros e os países e regiões voluntárias participantes⁸.

2. Estabelecimento do regime de integridade para a aquisição governamental no sentido de intensificar o controlo e aumentar a capacidade de inspecção

Na prática, as diversas medidas de controlo podem ser estabelecidas de modo a prevenirem e investigarem as práticas de corrupção e subor-

⁸ Vide nota 1, pp 51-2.

no na aquisição governamental. Além de realizar a supervisão, deveriam avaliar os procedimentos do concurso seleccionados para a realização da aquisição governamental e criar um regime de informação.

1) Intensificar o controlo interno e externo

Em primeiro lugar, as autoridades de aquisição e de contrato devem implementar o controlo interno para assegurar a legitimidade do desempenho administrativo no pleno ciclo da aquisição, bem como o pessoal da Administração Pública deve assumir os trabalhos de controlo e utilizar efectivamente as funções de controlo. Este controlo interno deve ser ligado ao processo e à estrutura de decisão, e mesmo às diversas fases e trabalhos no pleno ciclo de aquisição, visando investigar precisa e correctamente os casos de possível manipulação. O controlo dos órgãos administrativos envolve desde o nível de direcção dos serviços públicos até ao dos serviços administrativos responsáveis pela aquisição hierarquicamente subordinados, bem como a análise de riscos realizada.

Um método para intensificar o controlo é o de utilizar um registo em modelo pré-definido para seguir e localizar as alterações dos diversos contratos de compras. Os conteúdos no modelo que devem ser registados incluem a designação do fornecedor, tipologia de bens ou serviços, preço, prazo de fornecimento e quaisquer alterações dos conteúdos contratuais, *etc.* Em virtude de se acumularem muitas vezes alterações e revisões ligeiras dos conteúdos contratuais, tal facto gera custos adicionais muito altos, podendo algumas práticas de corrupção encontrarem-se nelas escondidas. Tendo em conta serem muitos os contratos que deveriam ser controlados, um sistema electrónico de registo em modelo pré-definido será recomendado aplicar favoravelmente.

Em segundo lugar, a Administração pode contratar firmas no sector privado para implementarem o controlo externo e a auditoria. Elas podem prestar uma verificação efectiva nas diversas fases, e mesmo no último momento, de controlo e de auditoria, bem como podem revelar certos desvios respeitantes às despesas públicas. Caso se realize a auditoria forense, é capaz de reforçar a supervisão. O significado da auditoria forense é a técnica de auditoria aplicável aos casos com efeito jurídico. Ela pode ser usada pelas direcções dos serviços públicos ou pelos auditores para monitorar as actividades de alto risco, e também ser usada no sentido de investigar a fraude ou a corrupção para recolher as provas a serem

apresentadas aos tribunais. É de notar que os investigadores internos são as primeiras pessoas que descobrem os desvios das despesas públicas e tomam decisão de enviar ou não as informações em questão para os órgãos judiciais. Assim, eles são as pessoas-chave e a sua conduta correcta funciona crucialmente.

Todas as oportunidades de emergência de riscos teriam de ser registadas cronologicamente nas diversas fases do curso de compras, esperando, mediante sinais contidos nos registos, a identificação efectiva e o alerta extraordinário dos actos ilegítimos entre os Serviços Públicos que fazem as compras e os fornecedores. Deste modo, oferece-se uma ferramenta útil aos investigadores, bem como, nas experiências obtidas, reforça-se futuramente a capacidade de combate nos trabalhos promotores de integridade.

2) Criar um regime de informação

O procedimento de informação e outros mecanismos atinentes à informação facilitam e encorajam quaisquer pessoas para se deslocarem às autoridades envolvidas com a finalidade de informar e alertar para os actos suspeitos. Estes procedimentos também são aplicáveis aos funcionários públicos, que devem reconhecer as suas obrigações de informar superiormente as irregularidades particadas conscientemente ou detectadas enquanto estão a implementar o ciclo de aquisição. O mecanismo de reclamação ou recurso relativo à aquisição governamental também é crucial e crítico, visto que os concorrentes levantam protestos quando haja violações de quaisquer tipos, apesar de os concorrentes abusarem destes mecanismos para demorar maliciosamente os procedimentos relativos ao concurso.

Trabalhos em conjunto e investigação intersectorial aumentam a oportunidade de revelar os factos e de obter as provas relevantes. A comunicação e a ligação entre o pessoal dos diversos Serviços Públicos pode ser um método em que se reforçam a compreensão mútua e a prevenção do suborno, bem como podem melhorar a capacidade de investigação e implementar efectivamente a lei relativa à anti-corrupção. Similarmente, estabelece-se apropriadamente uma sólida e excelente equipa de investigação que colabora com os especialistas não judiciais, que possui capacidade e técnica extensiva e conhecimento de economia, *i.e.* autor, investigador, autoridade fiscal, auditor, *etc.* Alguns países têm já contratado especialistas não judiciais, dotadas de técnicas peculiares relativas à aquisição ou

mesmo no sector comercial para ajudarem a avaliação de informações relevantes⁹.

3. Estabelecimento das medidas preventivas nos Serviços Públicos

O anúncio ao público e a transparência são cruciais para as actividades públicas efectivas atinentes à aquisição e podem dissuadir as práticas de corrupção. O procedimento com a devida publicidade e transparência permite que as várias partes interessadas participem no ciclo de aquisição e supervisionem os desempenhos e as decisões do pessoal responsável pela aquisição e do adjudicatário. A supervisão adicional introduzida noutros mecanismos facilita as responsabilidades do pessoal responsável pela aquisição e do adjudicatário.

A formação do pessoal responsável pela aquisição também é indispensável. A especialização do trabalho relativo à aquisição é extremamente crucial. Em primeiro lugar, o cumprimento de um regulamento relativo à aquisição e os trabalhos de controlo são garantidos; em segundo lugar, formar pessoal para que conheça o regulamento relativo à aquisição e os trabalhos de controlo; em terceiro lugar, deixar ao pessoal responsável pela aquisição uma compreensão sobre as consequências danosas causadas pela corrupção e suborno. Sendo assim, o pessoal responsável pela aquisição será capaz de ser consciente sobre os sinais de emergência da corrupção e suborno, o pessoal responsável pela aquisição da Administração estará melhor posicionado para actuar de forma íntegra nas áreas onde as irregularidades sejam mais fáceis de ocorrer.

Além disso, o pessoal e a autoridade responsável pela aquisição também devem reconhecer quais são as “boas práticas” entre outras, *i.e.* a declaração de rendimentos e interesses patrimoniais, as condutas padronizadas a substituição regular do pessoal responsável pela aquisição quem está no posto chave, *etc.*, que deveriam ser aplicadas adequadamente¹⁰.

V. Conclusão

A despesa de aquisição governamental ocupa uma posição de destaque nas despesas públicas, como é indicado nos números estatísticos da

⁹ Idem, pp. 52-3.

¹⁰ Idem, p. 54.

OMC, representando 15% do PIB dos respectivos estados membros e preenchendo uma parte crucial das actividades comerciais, que representa uma ruptura, pelo que a integridade do comércio não pode ser garantida. Sendo assim, a existência potencial de corrupção e de suborno entre a Administração e as partes interessadas na aquisição governamental faz com que decorra um grande benefício ilegítimo para alguns delinquentes. Nestes termos, a Administração tem a responsabilidade de garantir a integridade na aquisição governamental de modo a erradicar esta tão peculiar anomalia do sistema comercial.

Desde a criação do Commissariado contra a Corrupção (CCAC) no fim do ano de 1999, tem vindo o mesmo a criar mecanismos de combate activo à corrupção e a promover a integridade; o objectivo de tais medidas visa tão somente implementar em definitivo um sistema de aquisição íntegro. Por exemplo, o CCAC publicou as “Instruções sobre o Procedimento de Aquisição de Bens e Serviços” em Dezembro de 2003, representando as mesmas formalmente uma orientação padronizada para os Serviços Públicos do governo da RAEM, sugerindo a todos os Serviços Públicos a tomada de algumas medidas a fim de assegurarem a imparcialidade e a legitimidade no ciclo de aquisição, de modo a reduzirem o eventual surgimento de potenciais conflitos de interesses. Entretanto, o CCAC concluiu também um estudo relativo ao regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas, nele indicando os pontos fracos desse regime e levantando algumas sugestões para o aperfeiçoar, por forma a diminuir a possibilidade de emergência, na Administração da RAEM, de fenómenos de corrupção e suborno. Por sua vez, o Gabinete do Secretário para os Transportes e Obras Públicas elaborou e divulgou em Março de 2008 as “Instruções para a Realização de Despesas com Aquisição de Bens, Serviços e Obras”, de aplicação a todos os Serviços Públicos tutelados por este Secretário, no sentido de uniformizar e padronizar as actividades de aquisição governamental, possibilitando assim que os trabalhos envolvidos não sofram desvios relativamente às condutas e às directrizes legalmente permitidas.

Apesar de o governo da RAEM ter elaborado algumas instruções e estabelecido algumas sugestões concretas para o enquadramento e controlo dos trabalhos de aquisição governamental, as questões relativas à aquisição existentes no ciclo de aquisição actualmente em vigor não se encontram expressa e concretamente fixadas. Foi sobre este prisma que o presente texto se desenvolveu, analisando as diversas fases e trabalhos rele-

vantes dos procedimentos de concurso legalmente definidos, salientando alguns sinais aparentes relativos à corrupção e suborno, recomendando às entidades responsáveis pelo concurso e pela aquisição o aumento da sua vigilância e os níveis de alerta, finalizando com os efeitos da prevenção da corrupção e do suborno. O texto enumera geralmente algumas práticas que garantem a integridade nos trabalhos realizados ao longo das diversas fases da aquisição. Embora estas práticas não preencham porventura completa e concretamente os trabalhos praticados pelos Serviços Públicos, disponibilizam-se, pelos menos, alguns pontos de vista às entidades responsáveis pela aquisição, deixando-lhes uma referência no sentido de facilitarem a garantia de integridade nos trabalhos práticos de acordo com a sua própria natureza, evitando desse modo danos para a Administração Pública e não tolerando aos comerciantes/potenciais adjudicatários que utilizam meios ilegítimos para participarem no mercado da aquisição governamental.