

CADERNOS Jurídicos

68

Maio de 2017

(DES)ESPERANÇA NO
MARCO REGULATÓRIO
DE CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: VIVER O
PRESENTE E APLICAR AS
NORMAS EXISTENTES
OU IMAGINAR QUE A
SOLUÇÃO VEM COM
NOVAS NORMAS

**LUCIANO
ELIAS REIS**

Advogado inscrito na
OAB/PR sob n.º 38577

Doutorando e Mestre
em Direito Econômico
pela PUC-PR

Professor de Direito
Administrativo do
UNICURITIBA

Presidente da Comissão
de Gestão Pública,
Transparência e Controle
da Administração da
Ordem dos Advogados do
Brasil – Seção Paraná

luciano@rcl.adv.br

O contrato administrativo é um acordo de vontades, no exercício da função administrativa, que visa satisfazer a necessidade pública a partir de um objeto útil. Infelizmente, nos últimos anos, a desesperança, a safadeza e a indignação são adjetivos utilizados pelas pessoas em geral quando falam em contratação pública em rodas de amigos e almoços

de domingo. Todavia, não se pode culpar o texto normativo e muito menos o contrato administrativo pelo seu mau uso no Brasil.

Em primeiro lugar, as normas que tratam sobre contratação pública são inúmeras, não sendo mentira, nem inapropriado literalmente usar a expressão “emaranhado normativo sobre licitações e



contratos administrativos”. Vide, por exemplo, no âmbito nacional as leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, isso sem falar naquelas relacionadas com concessões de serviços públicos, e no âmbito federal as regulamentações via decretos, portarias, instruções normativas, orientações normativas, etc.. Portanto, não se pode imputar a frustração pelo uso incorreto dos “escassos” recursos públicos à falta de prescrição normativa. Não se está aqui a defender a desnecessidade de atualização ou de uma prescrição mais clara, objetiva e moderna, porém não se concorda com a culpa exclusiva ao texto normativo, o que gera a ilusão de que um novo marco regulatório simplesmente resolveria todos os problemas vivenciados na realidade brasileira.

A mudança está no agente público e privado. Gramaticalmente, agente significa aquele que age, atua e opera concretamente. Assim, os agentes públicos e privados, que laboram diariamente com licitações e contratações públicas, precisam conhecer, interpretar e aplicar de maneira percuciente as normas existentes para evitar malversações, desperdícios e fontes de corrupção. Por exemplo, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666/93, preceitua, em seu artigo 5º, *caput*, que a Administração no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços deverá obedecer a ordem cronológica das datas de suas exigibilidades. Ou seja, tal previsão determina a impossibilidade de preterição de ordem de pagamento de acordo com a natureza da despesa executada, desde que por óbvio tenha acontecido a sua devida liquidação nos termos do artigo 63 da Lei nº 4.320/64, após uma rigorosa e formal fiscalização contratual por intermédio de representante(s) designado(s) pela Administração contratante.

A dita norma posta, ineludivelmente, é de simples assimilação, contudo na prática é letra morta em diversas entidades e órgãos públicos, isso para não ser mais cético e dizer que em casos raros é cumprida. Nos tempos atuais, em que existe um avanço diário de novas tecnologias e que os portais de transparência representam uma realidade, inclusive para fins de cumprimento do disposto no artigo 48-A da Lei de Responsabilidade Fiscal, não parece ser algo ilusório ou demasiado exigir que a Administração Pública disponibilize no portal da transparência a lista de credores decorrentes dos contratos administrativos. Ou seja, concede-se a devida transparência de quando o fornecedor entregou os documentos pertinentes, após a liquidação da despesa via adimplemento de suas obrigações contratuais, para iniciar o prazo de pagamento, o qual segundo a Lei nº 8.666/93 é de até 30 dias.

Com esta medida simples, que já tem prescrição no direito posto há quase vinte e cinco anos, os fornecedores e a sociedade poderão fiscalizar o cumprimento rigoroso da ordem de pagamento e com isso evitar qualquer risco de possível corrupção por meio da preferência de um contratado em desfavor dos demais. Ademais, a transparência e o contínuo controle social para evitar a preterição de ordem do pagamento gerarão maior confiança aos fornecedores em geral, podendo inclusive refletir a médio e longo prazo nos preços praticados nas licitações. Desse modo, infere-se que os riscos de malversação ou desvios sempre existirão numa sociedade, mas é preciso que tais sejam gerenciados com o uso sábio e inteligente das normas jurídicas pelos agentes envolvidos na contratação pública para quem sabe mudar a cultura de oportunidades desonestas. Não é necessário cultivar esperanças em futuras normas jurídicas, mas sim viver o presente com o bom uso das normas e ferramentas já existentes!

NOVA LEI DAS ESTATAIS

**JOSÉ ANACLETO
ABDUCH SANTOS**

Advogado inscrito na
OAB/PR sob n.º 16177

Procurador do Estado

Mestre e Doutor em Direito
Administrativo pela UFPR

Prof. do UNICURITIBA

Está em vigor a Lei nº 13.303/16 denominada de lei de das estatais. Com alguns bons anos de atraso a lei, já que prevista na Constituição desde 1998, a nova lei traz boas novidades no plano da gestão das empresas e das suas contratações. No plano concreto, são centenas, senão milhares de empresas estatais que deverão ajustar sua formação orgânica, composição diretiva, procedimentos internos e processos de licitação e contratação, dentre outros ajustes, às novas diretrizes.

Dentre as inovações que merecem destaque, deverão as empresas elaborar Código de Conduta e Integridade, mecanismo já preconizado pela lei anticorrupção que deverá conter regras de gestão de riscos e controle interno orientadas estimular a excelência administrativa e condutas éticas e responsáveis por parte de gestores e de empregados. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretoria deverão cumprir diversos requisitos de capacidade técnica e experiência profissional, bem como passa a ser vedada a indicação para compor o Conselho de Administração e a diretoria, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo pessoa vinculada a campanhas eleitorais, parentes de gestores públicos ou pessoas que tenham sido contratadas pelas estatais em período inferior a três anos antes

da data de nomeação. Medidas que objetivam reduzir ou neutralizar a influência política na gestão das empresas e a estimular o profissionalismo da gestão. Estabelece para as estatais a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional.

No que diz respeito a licitações e contratações, há diversas alterações em relação à legislação hoje aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas estatais basicamente licitam atualmente sob o regime da Lei nº 8666/93 e sob o regime da lei do prego (Lei nº 10.520/02). A nova lei praticamente torna aplicável para as estatais o regime diferenciado de contratações (RDC), determinando inúmeros institutos que nele estão previstos, como a inversão de fases na licitação, o regime de execução por contratação integrada ou por contratação semi-integrada.

Um dos aspectos favoráveis é a previsão de que todo contrato celebrado pela estatal deve conter uma matriz de riscos, como cláusula necessária, dispendo sobre a distribuição dos riscos contratuais (a quem cabe arcar com eles) como riscos geológicos, geográficos, de projeto, de demanda, ambientais, caso fortuito, força maior, entre outros – produzindo impactos significativos no plano da alteração e da revisão



contratuais. Norma que certamente produzirá polêmica diz respeito à possibilidade de que os valores estabelecidos como limite para contratação direta, sem licitação (R\$ 100.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 para compras e outros serviços) possam ser alterados pelo Conselho de Administração da empresa para refletir variação de custos.

Ainda sob o prisma das contratações, contém salutar norma determinando que toda empresa estatal deverá publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, particularizando, especificando e tornando ajustadas as normas legais às ca-

racterísticas e especificidades concretas de cada empresa.

Por fim, disciplina que as empresas estatais são submetidas a sanções administrativas previstas na lei anticorrupção. A lei admita-se, está longe do ideal. Contém problemas importantes de sistematização de algumas normas, de redação confusa de outras. Mas no plano geral tem diretrizes que podem aperfeiçoar os mecanismos de controle interno e de “compliance” ou de integridade e gestão de riscos e, o que parece principal, normas de licitações e contratos que podem efetivamente ampliar a eficiência administrativa.

APLICAÇÃO DA MATRIZ DE RISCOS NAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS: UMA NOVA REALIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO DIRETA E PARA AS ESTATAIS

**RODRIGO
PIRONTI**

Advogado inscrito na
OAB/PR sob n.º 36363

Pós-Doutor em Direito
Público pela Universidad
Complutense de Madrid

Advogado e Parecerista

A Administração Pública brasileira vive momentos de grande crise institucional e moral. Em meu sentir, essa crise é agravada por dois fatores: a primeira diz respeito a uma completa ausência de finalidade da atuação estatal, com medidas desconcertadas dos parâmetros constitucionais de desenvolvimento e de busca por uma sociedade livre, justa e solidária; o segundo, talvez

mais pragmático, se assenta na grave dificuldade que a Administração detém de planejar, com inteligência e inovação, suas políticas e atividades. É neste contexto que se insere o tema da gestão de riscos.

Antes de tratar deste tema específico, importante definirmos o que é, ou melhor, quais são, os riscos à que se sujeita a Administração Pública.

Aqui reside nosso primeiro obstáculo. Não há planejamento pois não se sabe quais são os riscos e, ao pretexto de se “controlar” ou “atacar” todos os riscos institucionais, desorientada fica a finalidade do controle e de mitigação de riscos.

Inúmeros e multidisciplinares são os riscos da Administração, de natureza contábil, financeira, jurídica, social dentre tantos outros. É em razão disso, que não se pode pretender uma gestão de risco, sem antes, planificar e detectar quais os riscos que se pretende dirimir.

Ultrapassada essa primeira “barreira”, terá o gestor que estruturar sua mitigação de riscos com esteio em modelos não burocratizantes de controle, é dizer, procedimentos que privilegiem a finalidade do controle ao formalismo, sob pena de se estabelecer um controle formal de riscos que, ao revés de mitiga-lo, o agrave drasticamente em razão de uma atuação inoportuna e ineficiente.

Para isso, fundamental o estabelecimento de uma matriz de risco acertada, diretiva e que conceda informação suficiente a dar resposta ao risco encontrado, fundamentada em normas internacionais de gestão de riscos como ISO 31000, COSO, Sarbanes-Oxley dentre outras.

Dito isto, fica evidente que não há nenhuma aproximação desse modelo de gestão com procedimentos de “mitigação de risco” burocrático-formais, como é o caso dos *check-lists*, por exemplo; ao contrário, uma matriz de risco eficiente predispõe e orienta suas ações sempre em razão das metas a serem alcançadas e delas não se distancia.

Elaborar uma eficiente matriz de risco exige conhecimento técnico multidisciplinar e treinamento específico, pois o tema é bastante complexo e, um pequeno deslize na formação da análise de risco e elaboração da matriz pode ensejar enorme perda à Administração e ao Interesse Público.

DIREITO AO REAJUSTE DE PREÇOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM VIGÊNCIA PRORROGADA E O INSTITUTO DA PRECLUSÃO LÓGICA

LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE

Advogado inscrito na
OAB/PR sob n.º 35267.

Mestre em Direito.

Professor da Graduação
e da Pós-Graduação
do Centro Universitário
Curitiba (Unicuritiba).

Membro da Comissão de
Gestão Pública, Transparência e
Controle da Administração
da Ordem dos Advogados
do Brasil – Seção Paraná.

Tem-se argumentado que a prorrogação da vigência de um contrato administrativo (art. 57 da Lei n. 8.666/93), sem que se tenha estabelecido expressamente o reajuste do valor do contrato, leva à perda do direito a tal reajuste. De fato, é forte o posicio-

namento no sentido de que, entender de modo diverso, implicaria comportamento contraditório da contratada, em violação do princípio da proibição do *venire contra factum proprium*, corolário da cláusula geral da boa-fé objetiva. As cortes de contas têm entendido que o aditivo de



prazo gera “preclusão do direito à retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação em relação ao período anterior à assinatura do aditivo contratual” (Processo 027.946/2007-5/TCU). É a conclusão, aliás, do famoso acórdão 1827, do TCU. Ousa-se, entretanto, discordar.

Pode-se dizer que os administrativistas acabam, de um modo geral, identificando dois institutos voltados a estabelecer uma manutenção da equação econômico-financeira dos contatos administrativos, a saber: a recomposição ou revisão dos preços, a que se refere o art. 65, II, “d” da Lei nº. 8.666/93, e o reajuste em sentido amplo, com fundamento no art. 40, XI, daquele mesmo diploma legal. Dentro do reajuste em sentido amplo pode-se inserir, primeiro, o reajuste em sentido estrito e, segundo, a repactuação.

A repactuação de preços tem como pressupostos a existência de previsão contratual e o decurso de um lapso temporal mínimo (artigo 5º, caput, do Decreto nº 2271/97), pressupostos estes também exigidos para o reajuste de preços (artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/01). A finalidade de tais institutos é a mesma: repor eventual desequilíbrio causado pelo aumento dos custos com a execução do contrato, isso em razão da desvalorização da moeda.

O reajuste consiste, justamente, na aplicação automática de índices que reflitam as alterações inflacionárias. E é especificamente esta característica da automaticidade do reajuste em sentido estrito que impede, a nosso ver, a incidência da preclusão lógica em relação a esse critério de reajustamento. Para que

o reajuste não seja concedido, portanto, seria necessário que houvesse renúncia expressa do contratado. Apenas havendo tal renúncia poderia o gestor público deixar de aplicar o reajuste expressamente previsto.

Neste exato sentido, pertinente citar o paradigmático parecer n. 02/2016/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, que concluiu “Caso o contrato venha a ser renovado, e só depois se suscite o direito da contratada ao reajuste em sentido estrito dos preços contratados, ainda assim o particular fará jus à percepção dos valores correspondentes, salvo se renunciar expressamente ao direito de reajustar os preços”.

Invoca-se, aqui, ainda, a título de reforço da argumentação, o art. 114 do Código Civil, o qual estabelece: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”. Ou seja, a renúncia deve ser interpretada restritivamente e deve ser expressa em contratos e negócios jurídicos.

Neste contexto surge a necessidade de se dar eficácia ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, enquanto princípio constitucional decorrente do contido no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal.

Assim, o acórdão 1.827/TCU deve ser interpretado com ressalvas, merecendo revisão o entendimento nele externado, de modo a buscar uma hermenêutica compatível com os objetivos esculpidos nos princípios que norteiam a atuação administrativa, em especial o princípio da vedação do enriquecimento sem justa causa pela Administração.