

GOVERNANÇA NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Por José Anacleto Abduch Santos¹

Introdução

Mais do que um conceito técnico ou jurídico, governança é de fato um especial modo de agir ou fazer. Numa espécie de aplicação do imperativo categórico kantiano, governança implica a adoção, por uma organização pública ou privada, de sistemas condutas que, por sua correção, todas elas poderiam ou deveriam adotar como a coisa certa a fazer.

A origem da governança

... está associada ao momento em que organizações deixaram de ser geridas diretamente por seus proprietários (p. ex. donos do capital) e passaram à administração de terceiros, a quem foi delegada autoridade e poder para administrar recursos pertencentes àqueles. Em muitos casos há divergência de interesses entre proprietários e administradores, o que, em decorrência do desequilíbrio de informação, poder e autoridade, leva a um potencial conflito de interesse entre eles, na medida em que ambos tentam maximizar seus próprios benefícios.²

Governança surge então, para superar o denominado conflito de agencia, ou seja, o potencial conflito de interesses entre os proprietários de empresas e aqueles a quem a gestão ou administração do negócio foi designada. No âmbito da governança corporativa privada se faz referência a duas figuras jurídicas elementares: um principal (proprietário do negócio ou da organização) e a um agente (terceiro a quem foi delegada a administração dos negócios pelo principal).

O propósito original da governança foi o de estimular boas práticas de gestão e dissuadir os agentes de práticas lesivas aos negócios da organização – ou seja, o de intentar a excelência na condução dos negócios por parte dos agentes – o que inclui, evidentemente, a prestação de contas e a responsabilização por ilegalidades ou erros de conduta.

No plano da Administração Pública esta concepção de governança tem plena aplicação, entendendo-se que o principal é o povo, na medida em que todo o poder dele emana e o agente são os representantes eleitos diretamente para exercer tal poder, ou qualquer agente público a quem tenha sido delegado o exercício de função estatal, como por exemplo, os titulares de cargo ou emprego público.³

Trata-se pois, a governança no setor público, de um “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.⁴

Interessante contribuição para o tema está contida na Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/16:

Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

¹ Advogado, Procurador do Estado, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR, Prof. do UNICURITIBA. Coordenador do curso de especialização em licitações e contratos administrativos do UNIBRASIL

² Referencial Básico de Governança, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2014, p. 11. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/2663788%20(1).PDF>

³ Constituição Federal, art. 1º, § 1º.

⁴ Decreto Federal nº 9.203/2017, art. 2º, I.



VIII - governança: combinação de processos e estruturas implantadas pela alta administração, para informar, dirigir, administrar e monitorar as atividades da organização, com o intuito de alcançar os seus objetivos;

IX – governança no setor público: compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade;

Governança no setor público implica, nesta linha, instituição e constituição de mecanismos destinados a fomentar a conformidade das condutas de agentes públicos com princípios e valores constitucionais e monitorar tais condutas para aferir se efetivamente se ajustam a estes parâmetros, exigindo deles resultados benéficos e vantajosos para o povo, com as devidas prestação de contas e transparência das ações.

Sob o prisma da governança pública se pode dizer que ao agente público (agente) são designadas competências (pelo principal) e dele se exigirão condutas, praticadas com transparência e mediante prestação de contas, orientadas ao cumprimento das missões que a Constituição Federal designou para o Estado, todas objetivando o interesse público e a satisfação das necessidades do povo.

O objetivo da governança no setor público é propiciar a ação pública adequada, qual seja, aquela que garante a satisfação do interesse público legítimo.

Em certa medida, parafraseando Eça de Queirós, nada de muito novo sob o sol. Governança no setor público, num sentido, é uma das formas possíveis de fazer referência ao conjunto de deveres e de poderes que a Lei ou a Constituição designam a um agente público e aos mecanismos de controle de sua atuação.

Trata-se, a governança no setor público, de uma nova roupagem para velhos institutos jurídicos que orientam a atuação da Administração Pública e dos agentes públicos, todos com o objetivo de aprimorar a conduta pública no que diz respeito aos seus compromissos com o interesse público.

Dever de implementar sistemas de governança no setor público

Aludir à inexistência de nada de muito novo quando se trata de governança no setor público tem sua relevância. Se, como defendido, governança no setor público é uma das novas formas possíveis de fazer referência ao velho conjunto de deveres e de poderes atribuídos aos agentes públicos e à Administração Pública, tal significa dizer que não há – como nunca houve - margem de liberdade para escolher entre adotar ou não um sistema de governança pública (sistema direcionado à consecução das missões inseridas pela Constituição no núcleo de competências da Administração Pública).

Trata-se de um dever jurídico do administrador público implementar, no plano de sua organização pública, um sistema de governança.

Implicação desta afirmação, é que sempre que há um dever jurídico, que poderia e deveria ser cumprido e não o é, resta caracterizada a omissão própria (daquele que detinha o dever jurídico).

E a omissão é passível de responsabilização pessoal. Assim, caso os objetivos fixados na Lei e na Constituição para um determinado órgão ou entidade pública não sejam atendidos, ou sejam atendidos de modo insatisfatório ou insuficiente, em razão de falhas de gestão que possam ser atribuídas à inexistência de mecanismos ou sistemas de governança, pode haver a responsabilização daquele que deu causa, por omissão dolosa ou culposa, ao resultado lesivo aos interesses do povo (principal).

Governança nos contratos – compliance e gestão de riscos

O objetivo da governança na Administração Pública é assegurar que os valores e princípios constitucionais sejam efetivados quando da atuação pública na realização do interesse público. Não se trata

portanto, somente de garantir a prestação de serviços públicos de melhor qualidade. O objetivo da governança pública transcende os limites dos serviços públicos.

Parece evidente, na medida em que a prestação de serviços públicos é somente uma, das múltiplas dimensões da atuação da Administração Pública. Além dos serviços públicos, que são atividades econômicas exercidas pelo Estado, compete à Administração Pública ações de fomento, polícia administrativa, exploração de atividade econômica em sentido estrito por intermédio das empresas estatais e intervenção na propriedade privada.

Um dos instrumentos essenciais para o cumprimento da missão estatal no plano da Administração Pública são os contratos que celebra com particulares para a realização das compras, das obras, dos serviços, e das concessões de serviços públicos ou de uso de bens públicos necessárias ao atingimento de seus objetivos. Pode-se afirmar que “sem a figura do contrato administrativo não é possível existir materialmente a Administração Pública”⁵.

Os contratos administrativos tem natureza funcional e instrumental. Vale dizer, tem uma função e servem como instrumentos para bem possibilitar o Estado de exercer sua competência legal e constitucional.

Tem natureza funcional por força de constituir um meio para possibilitar a administração consensual, aquela realizada com a participação voluntária dos particulares.

Tem natureza instrumental por constituir um instrumento fundamental para a realização dos misteres que a Lei e a Constituição lhe designam. Pode-se mesmo afirmar que inexistiria a possibilidade do exercício pleno das funções estatais caso inexistisse o instituto da relação contratual administrativa.

Sua natureza instrumental leva a crer que o objetivo jurídico-contratual transcende seu objeto específico para que se conclua que o contrato administrativo se presta a garantir a segurança pública, a prestação de serviços de educação, a prestação jurisdicional e todas as outras funções típicas exercidas pelos Poderes da República. É então verdadeiro instrumento para que o Estado possa satisfazer suas necessidades ou para a satisfação das necessidades da coletividade.

Constitui ele, então (o contrato), um meio apto, eficiente e eficaz para a implementação das políticas públicas.

A natureza funcional e instrumental do contrato administrativo – meio apto para obter do mercado o necessário para implementar e executar políticas públicas – faz dele um verdadeiro mecanismo de gestão administrativa.

Esta acepção do contrato administrativo é um norte hermenêutico ou um vetor importante de interpretação. As falhas na execução contratual, ou o impedimento –seja qual for a causa- da continuidade da execução do contrato não implicam somente repercussão jurídica no plano contratual, mas operam efeitos para inclusive abalar a estrutura fundante de uma determinada política pública.

Falhas, defeitos ou sustação da execução de um contrato administrativo podem operar efeitos diretos e imediatos no tocante a direitos e garantias fundamentais das pessoas – tome-se por exemplo a interrupção de serviços de saúde, educação, ou segurança pública decorrentes de falhas ou impedimentos na execução do contrato administrativo.

Esta referência é central, inclusive para os órgãos de controle quando de juízos jurídico-valorativos acerca de qualquer intercorrência ou contingência na vida do contrato (modificações de execução, rescisões, aplicação de sanções, etc.).

⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos Administrativos – Formação e controle interno da execução. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015, p. 17.

Nesta medida, se pode afirmar que, diante da importância dos contratos que a Administração Pública celebra, merecem cuidado especial e concentração de esforços de governança, que se orientarão para a excelência dos resultados da contratação nos seus múltiplos enfoques possíveis.

No plano da governança dos contratos, dois aspectos podem ser inicialmente ressaltados: o relativo ao compliance e o relativo à gestão de riscos.

Programas de compliance e programas de integridade no âmbito da Administração Pública contratual são relevantes ferramentas de governança.

O termo compliance deriva do verbo inglês “to comply”, que significa agir de acordo com uma regra, uma norma, estar em conformidade com as leis ou regulamentos, internos ou externos. O objetivo de um programa de compliance é manter as condutas dos empregados ou colaboradores dentro dos limites da juridicidade e da ética.

Um programa de compliance objetiva fomentar e garantir que haverá por parte dos agentes o cumprimento de normas internas e externas e leis em geral, para evitar o cometimento de atos ilícitos e alcançar os resultados objetivados e postos como de atribuição do órgão ou entidade.

A referência a mecanismos de integridade aparece na Lei nº 12.846/13 (lei anticorrupção) como aspecto a ser considerado quando da aplicação de sanções por ato ilícito contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. O Decreto nº 8420/15, que regulamenta a Lei Anticorrupção, define programa de integridade como “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira” (art. 41).

Tanto o programa de compliance, como sua especial dimensão, o programa de integridade, devem integrar o plano de governança dos contratos com o fito de estimular o cumprimento de normas e de evitar o cometimento de atos ilícitos quando das licitações e contratações com terceiros.

O compliance e os programas de integridade no plano dos contratos podem ter uma dimensão endógena e uma dimensão exógena.

No tocante à sua dimensão endógena, o compliance ou os programas de integridade serão instituídos para aplicação em relação aos agentes públicos em geral e aos agentes públicos que atuam na área de licitações e de contratos em especial.

O plano de governança no setor público deve incorporar programa de compliance e programas de integridade voltados ao fomento do cumprimento das normas que regem a Administração Pública quando das relações contratuais com terceiros particulares, e a evitar práticas ilegais, ilegítimas ou antieconômicas nas licitações e contratações.

A primeira etapa fundamental é a instituição de um código de conduta para a definição de normas internas que devem ser cumpridas como um roteiro para orientar as condutas dos agentes públicos – a definição de quais condutas devem ser realizadas e de quais condutas devem ser evitadas, por ilegais ou ilegítimas.

Em segundo lugar, a capacitação plena dos agentes envolvidos nos processos de contratações sobre as normas que devem cumprir em geral, e sobre as normas do código de conduta em especial, e a distribuição expressa de competência para atuar.

Por fim, a instituição de um sistema de controle interno (inclusive com canal de denúncias) para aferir a compatibilidade da atuação com as normas de regência das condutas, com a adoção de medidas corretivas e de apuração de responsabilidades quando houverem indícios de cometimento de infrações às normas.

Quanto à sua dimensão exógena, o compliance nas contratações públicas é voltado para estimular condutas retas, probas e éticas por parte dos fornecedores e prestadores, de serviços, vale dizer, para formar um mercado concorrencial adequado ao interesse público.

Sob outro ângulo, voltado para desestimular condutas irregulares, como o sobrepreço ou o superfaturamento.⁶

Neste prisma, o incentivo para que as empresas privadas instituem programas de compliance ou programas de integridade é o núcleo da ação estatal de governança dos contratos.

A formação de um mercado concorrencial implica qualificação das empresas que potencialmente podem pretender travar relações contratuais com o Poder Público. Esta formação pode, à guisa de exemplo, incluir cursos, treinamentos e elaboração de manuais para distribuição entre os potenciais interessados com contratar com a Administração Pública – contendo informações sobre a atuação legítima e correta no plano das licitações e dos contratos administrativos.

Um exemplo de ação desta natureza é aquele previsto na Lei nº 6.112/18 do Distrito Federal, que preceitua no art. 1º que

fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as pessoas jurídicas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento ou forma de avença similar, inclusive decorrente de contratação direta ou emergencial, pregão eletrônico e dispensa ou inexigibilidade de licitação, com a administração pública direta ou indireta do Distrito Federal em todas as esferas de poder, com valor global igual ou superior a R\$ 5.000.000,00.

O programa de integridade determinado pela Lei Distrital tem como objetivos: I - proteger a administração pública distrital dos atos lesivos que resultem em prejuízos materiais ou financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; II - garantir a execução dos contratos e demais instrumentos em conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; III - reduzir os riscos inerentes aos contratos e demais instrumentos, provendo maior segurança e transparência em sua consecução; IV - obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais.

Outro aspecto primordial do plano de governança dos contratos públicos é o gerenciamento dos riscos contratuais.

A norma ABNT NBR ISO 31000:2009 especifica que “organizações de todos os tipos e tamanhos enfrentam influências e fatores internos e externos que tornam incerto se e quando elas atingirão seus objetivos. O efeito que essa incerteza tem sobre os objetivos da organização é chamado risco. Todas as

⁶ A Lei nº 13.303/16 conceitua sobrepreço e superfaturamento:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

atividades de uma organização envolvem risco. As organizações gerenciam o risco, identificando-o, analisando-o e, em seguida, avaliando se o risco deve ser modificado pelo tratamento a fim de atender seus critérios de risco...”⁷.

Risco é, pois, o efeito da incerteza nos objetivos da empresa. Incerteza, diz a norma referida, “é o estado, mesmo que parcial, da deficiência das informações relacionadas a um evento, sua compreensão, seu conhecimento, sua consequência ou sua probabilidade⁸, ou, em outros termos, é a “possibilidade de ocorrência de um evento que venha a ter impacto no cumprimento dos objetivos. O risco é medido em termos de impacto e de probabilidade”⁹.

As Guidelines for Successful Public-Private Partnerships estabelecidas pela Comissão Europeia definem risco como “qualquer fator, evento ou influência que ameace a conclusão bem sucedida de um projeto, em termos de prazo, custo ou qualidade”¹⁰.

No plano das contratações, o risco implica em qualquer acontecimento ou intercorrência que possa produzir efeitos negativos na execução do contrato, impedindo que os resultados pretendidos pela Administração Pública seja plenamente alcançados, seja no que diz respeito ao planejamento da contratação, seja no plano da licitação ou no plano da execução do contrato.

De fato, toda a atividade humana ou conduta humana implica riscos. Não seria diferente no tocante à atividade licitatória e contratual do Poder Público.

Há contudo, riscos que são permitidos, ou socialmente tolerados, sendo mesmo alguns inevitáveis. Porém, há riscos que não são permitidos, e pois, são socialmente reprováveis e não aceitos. Tal se dá também no plano da gestão pública.

Fundamental, assim, no que tange à governança dos contratos, a criação de sistema de gerenciamento de riscos contratuais. Gerenciamento de riscos é o “processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização”¹¹.

Nos termos do contido na Instrução Normativa nº 05/17 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

- Art. 25. O Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades:
- I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;
 - II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;
 - III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências;
 - IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e
 - V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

Identificar, avaliar, tratar e estabelecer medidas de contingência no caso de concretização de eventos correspondentes aos riscos identificados que podem comprometer o resultado da licitação ou da execução contratual constitui uma medida indispensável de governança dos contratos.

⁷ Texto contido na introdução da norma.

⁸ ABNT NBR ISO 31000:2009, 2.1.

⁹ Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/16.

¹⁰ P. 50. No original: “A risk is defined as any factor, event or influence that threatens the successful completion of a project in terms of time, cost or quality”.

¹¹ Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/16.



Nos termos da citada norma administrativa, o gerenciamento de riscos se materializa no denominado mapa de riscos, que é o “documento elaborado para identificação dos principais riscos que permeiam o procedimento de contratação e das ações para controle, prevenção e mitigação dos impactos”.¹²

Com todos os riscos a que está sujeito o processo da contratação expressados no mapa de riscos, a Administração Pública definirá condutas e procedimentos destinados ao seu tratamento ou contingenciamento.

Uma das possibilidades jurídicas em razão dos riscos identificados, é a sua alocação ou distribuição entre as partes contratantes. Esta distribuição dos riscos se expressa por intermédio da matriz de riscos.

A Lei nº 13.303/16 define matriz de riscos como:

Art. 42

X – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

A matriz de riscos é um indispensável instrumento de governança nos contratos. Em razão dela se produz a alocação dos riscos contratuais prévia o que implica eficiência e economicidade na gestão do contrato. A alocação prévia de riscos contratuais evita a discussão judicial sobre a responsabilidade por riscos e propicia a diminuição de termos aditivos para revisão dos contratos.

Boas práticas de governança no controle das contratações: o que é a coisa certa a fazer para evitar contratos mal executados?

Como antes dito, o propósito da governança nos contratos é o de buscar a excelência das contratações públicas, de modo que o interesse público almejado pela execução contratual seja plenamente satisfeito.

Em caráter específico, se pode fazer referência a algumas condutas concretas no plano da governança que impactam na gestão e na execução do contrato administrativo.

1. Planejamento da contratação

O planejamento adequado da contratação é a primeira e mais relevante tarefa dos agentes envolvidos no processo. A precisa identificação da necessidade pública que será atendida por intermédio da execução do contrato, a precisa e correta descrição do objeto da contratação e a realização também correta do orçamento estimativo¹³, bem como todas as definições necessárias (requisitos de habilitação, prazo contratual, entre outros) para a configuração da licitação e do futuro contrato constituem tarefas absolutamente relevantes para assegurar o sucesso do empreendimento contratual.

¹² IN nº 05/17, anexo I.

¹³ Denota excelência de governança a elaboração de orçamentos estimativos adequados, de modo a evitar sobrepreço quando da licitação ou da contratação.

O planejamento estratégico e o planejamento operacional da contratação, com o delineamento específico e correto de todos os aspectos relevantes para a consecução do objetivo público contratual é medida relevante de governança dos contratos.

2. Participação social no planejamento e no controle da licitação e do contrato

A participação social é mecanismo de legitimação dos procedimentos contratuais públicos. A governança nos contratos implica instituir e constituir formas de possibilitar a participação da sociedade em geral e dos potenciais interessados em contratar com o Poder Público nas definições que impactarão a configuração do contrato.

Esta participação pode se dar por diversos instrumentos jurídicos, como consultas públicas, audiências públicas, prospecção de mercado, dentre outras.

Quanto maior a participação da sociedade no processo da contratação, maior legitimidade será a ele conferida. De outra sorte, tal participação pode propiciar a coleta de informações indispensáveis para ajustar o contrato à realidade do mercado, em qualquer de suas dimensões (econômica, técnica, tecnológica, ou comercial) evitando licitações ou contratações fora dos padrões do mercado específico em que se insere o objeto pretendido.

3. Sustentabilidade ambiental no plano da governança

A Constituição Federal confere inúmeros deveres para a Administração Pública. Como antes dito, governança implica conjunto de ações orientadas para a excelência na condução e implementação de políticas públicas e na prestação de atividades de interesse da sociedade.

Uma das políticas públicas mais relevantes determinada pela Constituição Federal é respeitante ao dever jurídico em relação ao meio ambiente. Preceitua a Constituição de 1988 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.¹⁴

As contratações públicas são um meio de fomento de boas práticas ambientais, destinadas ao cumprimento do desiderato constitucional. O poder de compra estatal, em vista que o Estado gasta por volta de 10% a 15% do produto interno bruto todos os anos com suas contratações, é ferramenta de estímulo ou de desestímulo de práticas no mercado.

As contratações públicas que incorporam requisitos de sustentabilidade são denominadas de contratações públicas sustentáveis. Relevante conduta de governança nos contratos é a fixação de requisitos de sustentabilidade quando das licitações e das contratações. Estes requisitos podem ser estabelecidos na descrição do objeto, nos encargos contratuais ou nos requisitos de capacidade técnica a serem exigidos dos licitantes.

4. Controle interno da execução contratual

Controle da execução contratual é o pleno exercício do dever poder da Administração Pública de valer-se da prerrogativa de direção, supervisão, gerência e de conferir de forma racional e organizada se todos os encargos contratuais estão sendo cumpridos ou foram cumpridos pelo contratado, a depender do momento em que a aferição ocorre. No plano das relações público-contratuais, trata-se da mais importante das atribuições do Poder Público – e dos agentes públicos designados para tal. A falta ou insuficiência de controle pode ser a causa de resultados desastrosos no que tange ao interesse público que o contrato objetivava atender.

¹⁴ Art. 225.

A aferição sobre o cumprimento exato e firme dos deveres contratuais é um dever poder de exercício obrigatório por parte da Administração. Tal significa que não pode ela deixar de controlar a execução contratual, e mais, não pode ela deixar de controlar com eficiência e eficácia.

O controle da execução contratual é uma das prerrogativas exorbitantes do Estado contratante, prescrição taxativa do artigo 58, III da Lei nº 8666/93 e imperativo normativo contido no art. 66, que determina que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”.

A premissa elementar é de que inexistente qualquer margem de juízo discricionário ou faculdade – opção – quanto ao controle da execução do contrato por parte do órgão ou entidade pública: é um dever inafastável e incontornável que se descumprido ou cumprido de forma insuficiente deve implicar a responsabilização.

Como preceitua a Instrução normativa nº 05/17:

Art. 39 As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Direção e controle da execução contratual são elementos de governança dos contratos que devem ser rigorosamente realizados por intermédio da atuação dos gestores e dos fiscais dos contratos, bem como pelos demais agentes encarregados do controle interno, como aqueles vinculados às auditorias internas ou controladorias internas.

Falhas e defeitos de controle da execução contratual podem levar a resultados lesivos ao interesse público e passíveis de responsabilização, inclusive pessoal.

5. Governança e alterações contratuais – evitando termos aditivos desnecessários ou irregulares

Por vezes é inevitável, quando da execução, que se tenha que realizar adaptações e modificações em relação ao objeto originalmente contratado. Não por outra razão a Lei prevê a prerrogativa de alteração unilateral dos contratos em favor da Administração Pública.

As alterações contratuais devem ocorrer somente no estrito limite da necessidade técnica, devidamente justificada, e nos limites autorizados por lei. Contudo, não é incomum que sejam realizadas alterações contratuais extremamente lesivas ao interesse público por meio de termos aditivos ilegítimos e ilegais. Um sistema adequado de governança dos contratos possibilita evitar erros e ilegalidades quando das alterações contratuais.

6. Governança e recomposição da equação econômico-financeira dos contratos: a importância da revisão e do reajuste do contrato

A Constituição Federal preceitua no art. 37, XXI que é assegurada aos contratantes a manutenção das condições efetivas das propostas apresentadas no processo licitatório. Este preceito constitucional contém o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Quando da aceitação de uma proposta no processo da licitação forma-se a equação econômico-financeira do contrato futuro, que é a relação original entre os encargos do contratado e a remuneração a que

fará jus para se desincumbir de tais encargos. Esta relação entre encargos e remuneração deve se manter equilibrada ao longo de toda a execução contratual.

Ocorre que, no curso da execução de um contrato administrativo, diversos fatores podem produzir desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato. A inflação, as alterações contratuais, fato do príncipe, fato da administração ou eventos da economia (superinflação, supervalorização cambial, caso fortuito, força maior) podem desequilibrar a equação econômico financeira do contrato, aumentando ou diminuindo encargos ou aumentando ou diminuindo a remuneração do contratado. O desequilíbrio igualmente pode ocorrer em favor ou desfavor da própria Administração Pública.

Sempre que a equação econômico-financeira do contrato for desequilibrada de modo significativo deve haver sua recomposição, pelos instrumentos do reajuste ou da revisão.

O reajuste é instrumento de recomposição da equação econômico-financeira do contrato violada por força da inflação. Pode ocorrer com base em um índice de medição da variação inflacionária, de caráter geral (INPC, IPCA, dentre outros) ou de caráter setorial (custo unitário básico CUB da construção civil divulgado periodicamente pelo SINDUSCON, por exemplo); ou, o reajuste pode ocorrer de acordo com a variação efetiva de custos de insumos e de mão de obra, geralmente no caso de contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra. Nesta hipótese se denomina o reajuste de repactuação.

O reajuste somente pode ocorrer com periodicidade mínima de doze meses, de acordo com o disposto na Lei nº 10.192/01.¹⁵ O termo inicial da contagem do prazo de doze meses é a data limite para a apresentação da proposta no processo licitatório ou no processo de contratação direta ou do orçamento a que essa se referir.¹⁶

Já a revisão contratual é instrumento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro violado por alterações contratuais, fato do príncipe, fato da administração ou evento da álea econômica extraordinária, fatos imprevisíveis ou previsíveis com consequências incalculáveis, caso fortuito, força maior, retardadores ou impeditivos da execução do contrato. Ou seja, a revisão tem aplicação para recompor a economia do contrato em razão de qualquer causa que não seja derivada da variação inflacionária.

Tanto a revisão quanto o reajuste são condutas da maior relevância e que exigem cautelas específicas e especiais por parte dos agentes públicos responsáveis pela sua efetivação. Não se erra ao dizer que inúmeros processos de reajuste ou de revisão contratual padecem de irregularidades ou de ilegalidades, conferindo aos contratados vantagens econômicas indevidas. Tal pode e deve ser evitado mediante adoção de condutas e procedimentos regulares e legalmente adequados.

Os mecanismos que integram os sistemas de governança em muito podem contribuir para manter as condutas públicas, no que diz respeito aos reajustes e às revisões contratuais, nos limites da legalidade, da moralidade e da legitimidade, quais sejam: definição de procedimentos em manuais de conduta, capacitação de servidores e exigência de observação das normas que devem ser cumpridas quando da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

7. Governança e Lei Anticorrupção

¹⁵ Art. 20 É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 10 É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 20 Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 30 Ressalvado o disposto no § 70 do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

¹⁶ Art. 30 Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 10 A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

A Lei nº 12.846/13, denominada de Lei Anticorrupção instituiu uma nova instância da responsabilidade, qual seja, a responsabilidade por ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira. Esta responsabilidade tem natureza objetiva, vale dizer, independe de dolo ou culpa para que seja evidenciada.

No que tange a licitações e contratos, a Lei preceitua que constituem fatos típicos de corrupção: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Um plano de governança dos contratos deve incluir medidas de prevenção e de repressão, bem como de apuração de responsabilidade pelo cometimento de atos de corrupção tipificados na Lei.

Se, apesar de adotadas as medidas preventivas previstas no plano de governança, houver indício de prática de ato de corrupção, a apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

Apurada a responsabilidade, as pessoas jurídicas estão sujeitas às sanções administrativas de multa (que pode chegar até a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo) e publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora. Estão sujeitas ainda as pessoas jurídicas infratora a sanções judiciais de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A apuração de responsabilidade por infração tipificada na Lei Anticorrupção é um dever da Administração Pública, nos exatos termos do previsto no art. 12 do Decreto nº 8.420/15, que dispõe que “os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos”.

Conclusões

Instituir, manter, dirigir e controlar um plano de governança dos contratos públicos é um dever jurídico da Administração Pública.

A governança dos contratos é uma noção bastante ampla, com significado e conteúdo jurídico bastante peculiar e particular. Implica a adoção de condutas preventivas, orientativas, corretivas, de controle e sancionatórias destinadas a evitar ou a sancionar atos ilícitos, ilegítimos ou antieconômicos quando do planejamento de licitação, da etapa de seleção do contratado ou quando da execução do contrato.

Ao adotar um plano de governança eficaz e eficiente dos contratos a Administração Pública estará aprimorando a gestão administrativa para bem atingir dois objetivos elementares: a) o cumprimento do dever jurídico de obter a excelência da execução contratual, com a plena a satisfação do interesse público, consubstanciado nos valores jurídicos e objetivos materiais que a Constituição Federal atribui ao Poder Público; b) evitando ilegalidades ou irregularidades que podem, além de obstar a satisfação do interesse público, ensejar a responsabilização pessoal dos agentes envolvidos no processo da contratação.



