

Quando e quem deve provar a economicidade da despesa pública?

27/03/2018



Élide Graziane Pinto
procuradora do Ministério
Público de Contas de SP

Gastamos mal os escassos recursos públicos da sociedade que são administrados pelo

Estado. Eis uma constatação dolorosamente óbvia, diante da qual perguntamo-nos: por quê? Essa é uma indagação de difícil resolução em face de problema antigo e complexo, para cujo enfrentamento o presente artigo busca sugerir rota de revisão interpretativa, dentre várias possíveis, no campo dos instrumentos jurídicos de controle que, ao nosso sentir, não têm sido aplicados suficiente ou adequadamente.

Aferições estáticas e formais sobre a economicidade e a integridade das despesas públicas (incluídos aqui os gastos tributários) tanto simplificam quanto fragilizam o processo de avaliação sobre a conformidade das ações governamentais realizadas em face dos seus custos verificados e resultados alcançados (ou não).

O ponto de partida a que nos propomos é o questionamento de se a avaliação sobre a consonância dos preços com a média praticada no mercado e sobre a integridade dos termos contratados se resumiria apenas ao momento do julgamento das propostas e da adjudicação do objeto ao licitante vencedor na licitação. Dito de forma mais ampla, a pergunta que nos fazemos hoje é: uma vez fixados os preços do ajuste administrativo celebrado — a partir do certame licitatório ou do chamamento público —, nenhum compromisso posterior com a comprovação atualizada de economicidade seria exigível dos contratados ou dos beneficiários de repasses no âmbito do terceiro setor (seja a que título jurídico se der a relação de parceria)?

A origem da controvérsia reside no artigo 58, parágrafo 1º da Lei Geral de Licitações e Contratos, onde foi fixado o caráter bilateral de quaisquer alterações sobre as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos. Ora, o fato de que é vedada a alteração unilateral de tais cláusulas pela administração pública não implica o direito adquirido do particular à sua imutabilidade, sobretudo porque o dever de provar a economicidade do ajuste se renova a cada ato de recebimento provisório ou definitivo do objeto para fins de liquidação da despesa e alcança necessariamente o particular contratado/conveniado/beneficiário do repasse a qualquer título.

Contratos, convênios, termos de parceria e quaisquer outras nomenclaturas de ajustes celebrados pelo Estado devem ser submetidos a avaliações periódicas de economicidade e integridade a cada etapa de aferição do seu cumprimento. Aqui o ônus da prova — no sentido propugnado pelo artigo 93 do Decreto-Lei 200/1967[1] — é, em primeiro e destacado plano, do particular contratado perante o servidor responsável pelo acompanhamento e fiscalização do ajuste.



Segundo os ditames gerais do artigo 73 da Lei 8.666/1993, a cada ato de recebimento provisório ou definitivo do contrato devem ser analisadas e atestadas a adequação do objeto aos termos contratuais nos casos de obras e serviços, bem como a qualidade e a quantidade dos materiais fornecidos nos casos de compras e locação de equipamentos.

Ou o particular comprova que executou adequada e economicamente o objeto contratado, ou não é possível aferir a sua conformidade para fins do correspondente termo circunstanciado de recebimento provisório ou definitivo, o qual deve ser assinado conjuntamente pelo Estado contratante e pelo ente contratado. Tampouco se pode passar ao ato da liquidação da despesa, considerando que é nesse momento em que se verifica “a origem e o objeto do que se deve pagar” e “a importância exata a pagar”, nos exatos termos dos incisos I e II do parágrafo 1º do artigo 63 da Lei 4.320/1964, cabendo, portanto, ao gestor público avaliar o serviço prestado e o quantum financeiro por ele devido e confrontar tais dados com os valores médios de mercado e com a prestação direta do serviço, extraindo daí a conclusão sobre a vantajosidade da aplicação.

Um exemplo interessante de que é necessário questionar a atualidade da comprovação de economicidade das despesas contratuais — sobretudo para contrastá-las com os preços referenciais do mercado — pode ser extraído das orientações emanadas pelo Tribunal de Contas da União[2] e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo[3], por ocasião da política de desoneração da folha de pagamentos para determinados setores da economia, cujos preços ao poder público deveriam ter sido proporcionalmente redimensionados, na forma do artigo 65, parágrafo 5º da Lei 8.666/1993. Reequilíbrio econômico-financeiro é via de mão dupla que deve ser tempestiva e necessariamente manejada em favor do erário, quando as condições fáticas e normativas assim o propiciarem.

Por outro lado, a necessidade de se buscar formatos jurídicos mais dinâmicos para a comprovação de economicidade e vantajosidade de forma concomitante à execução do objeto contratual fez com que a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas arrolasse dois outros exemplos absolutamente relevantes, mas ainda subutilizados em nossa realidade.

Vale lembrar, nesse sentido, que a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, estabeleceu a possibilidade de remuneração variável atrelada ao desempenho do particular, assim como previu a figura de um “contrato de eficiência” em que a administração pública espera obter maior economia, remunerando o particular conforme o percentual da economia gerada. É o que podemos ler, respectivamente, nos seus artigos 10 e 23.

Nos três exemplos acima, bem percebemos que o Estado precisa manejar os instrumentos que a legislação já lhe oferece para questionar a formação dos custos e a margem de lucratividade nos preços praticados pelos particulares que com ele contratam.

Qualquer polarização maniqueísta entre o Estado que realiza a despesa e o particular que dela se beneficia tende a limitar o alcance do dever universal de prestação de contas inscrito no artigo 70, parágrafo único da Constituição de 1988. Todos, rigorosamente todos os que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos devem prestar contas, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas.

Daí porque é ingênuo e juridicamente frágil sustentar que os problemas da má qualidade do gasto público e da própria corrupção estejam centrados exclusiva ou primordialmente no Estado e nas suas mazelas organizacionais.

Não há corrupção sem corruptores: eis uma constatação óbvia que, paradoxalmente, traz desafios colossais para o seu controle no ordenamento jurídico brasileiro. Urge assumirmos, com honestidade, que há maiores vigilância e demanda por transparência sobre as condutas dos corrompidos. Muito pouco avançamos, infelizmente, na aferição dos mecanismos de prestação de contas e de prevenção da corrupção a cargo dos particulares que se relacionam com o Estado e que, por inúmeras vezes, o corrompem.

Há quase cinco anos, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013) inaugurou uma linha interpretativa que bem situa o debate sobre a amplitude do dever de prevenir quaisquer desvios ou atos lesivos à administração pública, aos princípios que a regem, ao erário ou aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A partir de tal marco normativo, emergiu o horizonte preventivo dos sistemas de integridade e *compliance* a serem criados no âmbito das pessoas jurídicas privadas — com ou sem finalidade lucrativa —, no intuito de se tentar comprovar objetivamente a alegação de boa-fé em investigações de casos de corrupção em que as empresas e as entidades do terceiro setor se vissem, porventura, envolvidas em suas relações com o Estado. Na coluna “Contas à Vista”[4] da semana passada, Fernando Facury Scaff assim se posicionou a respeito do tema:

"[...] É como se o Estado dissesse às empresas: 'Previne o *teu pessoal* nas relações com o *meu pessoal*, a fim de evitar que caiam na tentação da corrupção, de lado a lado'. Daí por que se afirma que as empresas devem se *autorregular*, ou seja, criar as normas internas para evitar o efeito danoso combatido pela lei. E o foco da *autorregulação* é a *autocontenção*, ou seja, conter os agentes privados da tentação de burlar os procedimentos normativos, de tal forma a dificultar a obtenção de vantagens indevidas. [...] Quanto melhor for o sistema de *compliance* adotado pelas empresas, menor será o risco e menor deverá ser a pena, em caso de eventual irregularidade".

Nesse sentido, os incisos VII e VIII do artigo 7º da Lei 12.846/2013 pontuam como aspectos que militariam a favor da defesa das pessoas jurídicas privadas envolvidas em casos de corrupção tanto “a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” quanto “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Mas o que seria de se esperar dos órgãos de controle interno das empresas e das entidades do terceiro setor? Apenas exames protocolares de conformidade com o ordenamento a pretexto de incentivo à denúncia de irregularidades? Na conturbada quadra da história brasileira em que vivemos, ideal seria que os sistemas de integridade e *compliance* da iniciativa privada se ocupassem de prestar contas — a cada liquidação de despesa — sobre os reais custos e efetivos resultados da parceria celebrada com o Estado, em cruzamento sistêmico de riscos e em esforço de máxima transparência ativa dos dados atinentes às contratações públicas. Somente assim seriam alcançados os parâmetros dos incisos V a VIII do artigo 42 do Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamentou a Lei 12.846/2013.

É premente devolvermos às empresas e às entidades do terceiro setor a responsabilidade de atualizarem os mecanismos de comprovação tempestiva de que os preços praticados e os resultados entregues nas relações com o Estado estão consonantes com os valores de referência no mercado e com as finalidades contratadas/ajustadas.

Ao nosso sentir, a comprovação de economicidade não pode ficar adstrita somente ao momento de julgamento das propostas de preço e, por conseguinte, à adjudicação do objeto ao licitante que ofertar menor preço ou o menor preço associado à melhor técnica. Deve ela ser aferida a cada recebimento provisório do objeto e, portanto, a cada ato de liquidação da despesa.

Aliás, é também no momento da liquidação que o contratado presta contas de sua atuação, comprovando que fez o serviço de forma adequada e integral, de acordo com os princípios constitucionais e ditames legais aplicáveis — dentre os quais se destaca a demonstração da integridade e da economicidade —, afastando assim o peso da responsabilização objetiva pela prática de atos lesivos contra a administração pública previstos na Lei Anticorrupção. Sobre o assunto, manifestamos[5], juntamente com Mário Vinícius Spinelli, sobre o dever bilateral de prestação de contas que alcança todas as empresas e entidades do terceiro setor que se relacionam com o Estado:

“Não se trata, portanto, de entender a lei como mais um ônus imposto às empresas brasileiras, já sufocadas por uma enxurrada de exigências legais e tributárias. Mas de reconhecer que a luta contra a corrupção, por razões óbvias, não pode estar limitada ao setor público e que as empresas também deverão instituir procedimentos eficazes para coibir práticas irregulares.

A responsabilidade objetiva prevista na lei caso sejam apurados atos irregulares e ilícitos decorre do risco assumido pela empresa de não conseguir se desincumbir do aludido dever bilateral de prestar contas. Sem isso, ela não pode ser liberada das suas obrigações contratuais, nem tampouco pode ter atestada a sua aptidão de receber do Estado o quanto lhe é devido” (destacamos).

Ou se fomenta a noção de *compliance* durante a liquidação da despesa para fins de comprovação tempestiva de economicidade, ou se presume a irregularidade da despesa, na forma do artigo 93 do Decreto-Lei 200/1967 e do *caput* do artigo 113 da Lei 8.666/93, haja vista a falta de comprovação plena do regular emprego de recursos públicos.

Ressaltamos que o exame da economicidade não preclui, pelo contrário, se renova a cada liquidação da despesa, pois é durante a execução do contrato que se verifica a exata aplicação do dinheiro público. Se assim não fosse, em raciocínio hipotético extremado e, portanto, se tivéssemos de ficar atados à comprovação da economicidade apenas do momento da contratação, o acompanhamento da execução contratual perderia uma de suas principais razões de ser, qual seja, checar o correto e vantajoso destino do dinheiro público.



Para que o acompanhamento da execução dos ajustes celebrados pelo Estado com o mercado ou com o terceiro setor cumpra o seu objetivo, deve a administração, em cada liquidação de despesa, aferir a idoneidade econômico-financeira e jurídica do objeto contratual/convenial prestado porque o está a receber provisoriamente, nos termos do artigo 73, I, alínea “a” da Lei 8.666/93.

A postura do ente público nas liquidações ocorridas durante a execução do ajuste deve, pois, estar focada na observação e vistoria do objeto liquidado de forma a comprovar sua adequação aos termos pactuados. Tal observação envolve, por óbvio e especialmente, a checagem por parte do particular contratado acerca da aderência do objeto ajustado aos princípios da economicidade e finalidade, para fins de aferição de custos e resultados.

Ora, preços superfaturados e pagamento por bens não entregues, serviços não prestados ou obras não realizadas na quantidade e qualidade avençadas são dramaticamente exemplos rotineiros do quanto ainda estamos longe dos parâmetros de conformidade e integridade preconizados na Lei Anticorrupção.

Prestar contas é encargo universal de todos os que — a qualquer título — gerenciem ou manejem recursos públicos, cujo ônus somente pode ser liberado mediante a comprovação plena de que os preços praticados e os fins alcançados estão consonantes com o ordenamento. Empresas e entidades do terceiro setor são tão corresponsáveis quanto o próprio Estado pela prova tempestiva de economicidade e integridade das despesas liquidadas em seu favor. Não cabe, pois, tergiversar quanto ao dever diuturno de explicitar custos que perfazem os preços praticados e ao dever de contraste dos resultados verificados em face das metas planejadas.

[1] Que assim determina: “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprêgo na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”.

[2] Em seu Acórdão 2.859/2013 – TCU – Plenário, onde foi determinado, em síntese, que:

“9.2.1 nos termos do art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993, orientem os órgãos e entidades que lhes estão vinculados a adotarem as medidas necessárias à revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes, firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento, propiciada pelo art. 7º da Lei 12.546/2011 e pelo art. 2º do Decreto 7.828/2012, mediante alteração das planilhas de custo, atentando para os efeitos retroativos às datas de início da desoneração, mencionadas na legislação;

9.2.2 orientem os referidos órgãos e entidades a obterem administrativamente o ressarcimento dos valores pagos a maior (elisão do dano) em relação aos contratos de prestação de serviços já encerrados, que foram firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento, propiciada pelo art. 7º da Lei 12.546/2011 e pelo art. 2º do Decreto 7.828/2012, mediante alteração das planilhas de custo”.

[3] Disponível em <https://www4.tce.sp.gov.br/comunicado-sdg-no-442013> e cujo inteiro teor é o seguinte:

“O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo alerta para a necessidade de os jurisdicionados reverem, em tempo breve, os contratos firmados com empresas agora isentas da contribuição patronal de 20% sobre a folha de salários, destinada ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Fundamentada em diversos instrumentos como as Leis federais nº 12.715, de 2012 e as de nº 12.794 e 12.844, ambas de 2013, aquela renúncia fiscal beneficia 42 (quarenta e dois) setores da economia nacional, entre os quais o da construção civil, e considerando que as empresas pagam, em contrapartida, tributo de menor monta (1% a 2% do faturamento), tal cenário indica favorável renegociação para as entidades públicas, visto que os 20% do INSS sempre compunham as planilhas de custos.

Tanto é assim que o Tribunal de Contas da União (TCU), em outubro de 2013, determinou que o Ministério do Planejamento reveja, em 60 (sessenta) dias, todos os contratos firmados com as empresas alcançadas pela exoneração previdenciária, nisso exigindo a cobrança dos valores antes pagos a maior”.

[4] Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/contas-vista-articulacao-acordos-leniencia-num-sistema-controle-publico>

[5] Inteiro teor disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-08/lei-anticorrupcao-impoe-empresas-corresponsabilidade-prestar-contas>

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-mar-27/contas-vista-quando-quem-provar-economicidade-despesa-publica/>