

Contratações públicas: não é possível escolher quem recebe primeiro



A corrupção continua na ordem do dia e, ao que tudo indica, renderá

assunto por muitas gerações: nossa administração pública foi esculpida na rígida pedra patrimonialista, afundada no pantanoso terreno de promiscuidade entre interesses públicos e privados. No que diz respeito aos contratos públicos, as patologias corruptivas têm se concentrado mais na execução dos contratos do que nas etapas preparatórias, incluindo na competição licitatória propriamente dita. Os malfeitores têm a resiliência — palavra da moda — como uma de suas “virtudes”, adaptando-se tranquilamente às pedras que os órgãos de controle tentam colocar no caminho. Como hoje o processo licitatório é mais transparente e, por essa razão, controlado, é necessário migrar o foco corruptivo para a execução contratual.

O Estado paga mais caro por suas obras, bens e serviços, e a corrupção é uma das causas. Entretanto, outra causa dessa situação é a contumaz inadimplência e o descaso estatal no cumprimento de suas obrigações contratuais. O contratado pelo Estado já conta com a real expectativa de que executará sua prestação, mas não receberá os valores devidos nos prazos ajustados. Em simples palavras, o particular já imagina que terá que se esforçar muito para que o Estado cumpra suas obrigações contratuais. Essa mora incorrigível tem um custo, que obviamente compõe o custo formado pelo particular na apresentação de sua proposta. É constrangedor admitir que o Estado, como regra, não possui credibilidade como cumpridor de contratos — essa falta de credibilidade é precificada pelo mercado.

Uma das questões essenciais que compõem esse cenário é a obediência da ordem cronológica de pagamentos. Não há dificuldade em se imaginar que os pagamentos devem ser feitos em ordem cronológica, de acordo com a execução dos contratos respectivos, por imperativo lógico e isonômico. O artigo 5º da Lei 8.666/93 contém regra nesse sentido:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações,



realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

A obediência à ordem cronológica impede a administração pública de escolher, aleatoriamente, a sequência de pagamentos. Não se coaduna com privilégios na ordem de recebimento, pois preza pelo respeito ao pactuado nos contratos. Trata-se de regra de garantia para o contratado e para o cidadão, voltada à vedação de caprichos, perseguições e favores pessoais, remunerados ou não. Pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade é crime (artigo 92 da Lei 8.666/93), sujeito à pena de detenção, de dois a quatro anos, e multa. Não é incomum a total subversão desta ordem, submetendo contratados (geralmente, claro, as pequenas empresas e empresários) ao constrangedor — e ilegal, imoral — périplo por repartições para ver seu direito respeitado.

Ao dever da administração de realizar o pagamento seguindo a ordem cronológica das exigibilidades, por fonte de recursos, corresponde direito subjetivo do contratado de exigir a satisfação do seu crédito, quando violada a respectiva ordem. A questão foi objeto de atenção recente por parte da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), que instituiu diretrizes para o controle da obediência ao disposto no artigo 5º da Lei 8.666/93. Ao reconhecer a importância de que os tribunais de Contas fiscalizem rigidamente a regra, cuja desobediência oferece oportunidade corruptiva, a Atricon recomendou aos tribunais de Contas a promoção de ações junto aos jurisdicionados, visando à edição de lei local e/ou decreto que regulamente o cumprimento da regra comentada contemplando, no mínimo:

“a. a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa;

b. as hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razão da ausência de demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado;

c. a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais; e

d. as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, caput, da Lei nº 8.666/93” (Resolução Atricon 8/2014).



No mesmo ato, foi considerada como obrigatória a implementação, por parte da administração pública, de sistema informatizado que possibilite a divulgação em tempo real, na rede mundial de computadores, das diversas ordens cronológicas e das respectivas listas de credores, com ampla acessibilidade a qualquer cidadão, em atenção ao prescrito na Lei 12.527/11 (Lei da Transparência).

A gravidade da questão não escapou da atenção de Joel Niebuhr, que propõe medida impactante: o sequestro dos valores preteridos diretamente das contas públicas. Para o autor, um dos maiores conhecedores do assunto no país:

“O sequestro é tão violento quanto o descumprimento da ordem cronológica — ou deveria ser considerado. Prescrever o sequestro não significa incitá-lo. Não quero o sequestro, quero o cumprimento da ordem cronológica. O sequestro é apenas a sanção, que precisa ser forte, porque a Administração Pública dá de ombros para a norma legal há mais de 20 anos. A Administração Pública somente irá cumprir a norma legal se houver uma sanção forte e exequível, não vejo outra, afora o sequestro. O Poder Público respeita a ordem dos precatórios porque os gestores sabem que, se não o fizerem, no dia seguinte o beneficiado com o precatório preterido sequestra-lhe os valores, simples assim”[\[1\]](#).

O autor propõe ainda o estabelecimento de prazos rígidos para que a administração pública tome providências em relação ao processamento das despesas e aos pedidos do contratado, como para a liquidação, para os pagamentos, para conceder reajuste e para analisar pedidos de aditivos. Como informa:

“Não é raro que a Administração, para não pagar o contratado, recuse-se a liquidar a despesa. Ou seja, o contratado executa o contrato, entrega à Administração Pública, porém ela se recusa a fazer as medições, a reconhecer o que foi executado. Sucede que ela precisa liquidar a despesa para o contratado emitir a nota de faturamento e, com isso, entrar na fila da ordem cronológica. A Administração Pública se recusa a liquidar a despesa porque daí parece ao controle que não há problemas de inadimplemento. Isso deve ser coibido e o mesmo vale para o pagamento e para todos os pedidos formulados pelos contratados”[\[2\]](#).

A questão deve ser objeto de acurada atenção por parte do controle externo. O foco da fiscalização do controle externo, entretanto, não deve ser a satisfação do direito individual de cada credor, mas sim a obediência à regra constante do artigo 5º da Lei 8.666/93. Cabe ao sistema de controle, em primeira análise, constatar o descumprimento da regra e sancionar o gestor.

Por outro lado, para que se imponha à administração o dever de efetuar pagamento a credor determinado, por força da desobediência à ordem cronológica, não basta constatar a existência de pagamentos de obrigações contraídas posteriormente. Como visto, a regra é clara ao assentar a necessária obediência, para cada fonte diferenciada de recursos, da estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, excetuados os casos em que presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente. Inferir violação em singelo caso isolado, relativo a singular contratação de uma única empresa, poderia importar em desprezo ao exame dos pagamentos oriundos da mesma “fonte de recursos” mencionada no dispositivo antes citado. Por essa razão, é ideal que a aferição dessas irregularidades sejam feitas no exame das contas de gestão, ou em sede de



inspeção/tomada de contas voltadas ao conjunto de todos os pagamentos oriundos daquela mesma fonte de recursos.

De qualquer maneira, a competência dos tribunais de Contas para fazer valer o respeito à regra comentada é incontestável. Mais do que isso, trata-se de importante resguardo da obediência aos princípios da impessoalidade e moralidade, impedindo a consagração de privilégios incompatíveis com o regime republicano. No que toca à prevenção e combate à corrupção, chaga brasileira, trata-se de bloquear mais uma possibilidade de aplicação do adágio “criar dificuldade, para vender facilidade”.

[1] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dez medidas de combate à insegurança jurídica e ao inadimplemento da Administração Pública em contratos administrativos*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 273, p. 1083-1089, nov. 2016.

[2] Idem.

Date Created

15/06/2017