

Reajuste contratual, disponibilidade orçamentária e ajuste verbal com a Administração Pública

Bruno Santos Cunha

Procurador do Município do Recife e Advogado .
Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP).
Ex-professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Professor de Direito Administrativo da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).
Coautor do Livro “Súmulas do TCU – Comentadas, anotadas e organizadas por assunto”, pela Editora Juspodivm (2012).

Thiago Mesquita Teles de Carvalho

Juiz Federal Substituto (TRF 5ª Região).
Ex-Procurador do Município do Recife.
Ex-professor de Direito Administrativo da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).
Coautor do Livro “Súmulas do TCU – Comentadas, anotadas e organizadas por assunto”, pela Editora Juspodivm (2012).

Resumo: O presente artigo pretende analisar as decorrências e peculiaridades de ajustes verbais entabulados entre a Administração Pública, por seus prepostos, e contratados, no bojo da discussão acerca de reajustes em contratos administrativos (sobretudo os relativos a obras e serviços de engenharia). Entre outros pontos, o que se pretende é discutir tal temática à luz da questão da disponibilidade financeira e orçamentária da Administração Pública para o cumprimento daquilo que foi ajustado, com o objetivo de fazer face à despesa correspondente ao reajuste devido.

Palavras-chave: contrato administrativo; reajuste; disponibilidade orçamentária e financeira; ajuste verbal.

Introdução

Os estudiosos do Direito Administrativo – mais especificamente, das licitações e contratos administrativos –, de regra, dedicam sua atenção ao desenvolvimento de trabalhos que buscam explicitar e orientar os procedimentos

a serem adotados pelos órgãos e entes administrativos, a fim de não descumprirem os preceitos legislativos pertinentes.

No entanto, sucede que, não raro, a praxe administrativa se distancia do comportamento previsto em abstrato pela norma. Tais situações, por casuísticas, não recebem a mesma atenção dos estudiosos, dificultando sobremodo a atividade dos agentes públicos responsáveis não só pelas licitações e contratações administrativas, mas também, sobretudo, pela gestão de tais contratos.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho. Objetiva-se, aqui, investigar uma situação casuística determinada – menos incomum na atividade administrativa do que recomendam as boas práticas de gestão – na qual, no bojo de contrato administrativo de obras e serviços de engenharia, órgão da Administração Pública, verificando a insuficiência financeira para fazer face à despesa correspondente ao reajuste devido, ajusta verbalmente com a empresa contratada a postergação do adimplemento de tal obrigação para o exercício seguinte, no qual haverá disponibilidade orçamentário-financeira suficiente.

Com o presente estudo, além de estimular a investigação de temas afeitos aos problemas concretos vislumbrados pelos operadores e gestores de licitações e contratos, buscar-se-á contribuir com a solução jurídica do caso acima aludido, enfrentando as consequências advindas das irregularidades perpetradas, bem como propondo a solução jurídica correspondente.

1. As contratações administrativas e as finanças públicas: a responsabilidade no trato do dinheiro público

É fato que já há algum tempo, o legislador, constituinte e ordinário, vem consagrando especial atenção ao zelo pelas contas públicas e pela responsabilidade fiscal. Nesse rumo, a Constituição da República de 1988, que dedicou todo um capítulo ao trato das finanças públicas (Título VI – Da Tributação e do Orçamento – Capítulo II – Das Finanças Públicas – Arts. 163 a 169), destacando deste uma seção somente aos orçamentos (Seção II – Dos Orçamentos – Arts. 165 a 169), e a Lei Complementar n. 101/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que versa especialmente sobre normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, são exemplos dessa preocupação.

Os diplomas citados, somados a outros de igual importância – a exemplo da Lei n. 4.320/1964 –, constituem um sistema jurídico tendente a regular e resguardar as contas públicas, abrangendo da previsão da receita à geração e efetiva execução da despesa pública.

Partindo da Constituição, já se afigura clara a preocupação com o equilíbrio das contas públicas pelo que dispõe o art. 167, II, onde resta vedada “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

Na mesma esteira, a Lei Complementar n. 101/01 impõe uma série de exigências para a geração ou expansão de despesas em seus arts. 16 e 17, considerando não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação sem a observância de suas normas (art. 15).

No art. 16, a referida lei complementar consigna que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de estimativa de impacto orçamentário-financeiro para o exercício em curso e para os dois subsequentes, além de declaração de adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com o Plano Plurianual.

É cediço que a observância do itinerário aludido somente se faz necessária para a geração de despesas ainda não consignadas nas leis orçamentárias. Eis que, se presente de antemão tal previsão, ter-se-ão por perfeitas as estimativas necessárias, com a demonstração da adequação com a Lei Orçamentária Anual mediante a previsão de dotação específica e suficiente nela consignada, integrando tal despesa, por conseguinte, o equilíbrio original das leis orçamentárias.

Por outro lado, caso a despesa não reste totalmente prevista nas leis orçamentárias, ou configure, de todo, novas despesas (a exemplo daquelas decorrentes de alterações orçamentárias, remanejamento, transposição ou transferência), faz-se necessário percorrer os trâmites da lei complementar, a fim de atestar a regularidade da despesa, em atenção especial ao princípio da gestão fiscal responsável e ao do equilíbrio das contas públicas¹.

¹ Nesse sentido: NASCIMENTO, Edson Ronaldo. Lei de responsabilidade fiscal comentada. 4. ed. Brasília: Vestcon, 2007, p. 89 e 90.

Tais disposições, observadas as ressalvas mencionadas, constituem condição prévia para licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras (art. 16, §4º, I, LC n. 101/2000), de forma que “a validade da futura contratação e a instauração da licitação dependem não apenas das exigências contidas na Lei n. 8.666/93, mas também das disposições da LRF²”. Em que pese a Lei n. 8.666/93 já conter disposição semelhante (art. 7º, §2º, III), é forçoso reconhecer que as exigências tornaram-se mais rígidas e amplas com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Na mesma linha, Marçal Justen Filho ensina que a adequação da despesa com a Lei Orçamentária Anual, prevista no art. 16, II, da LC n. 101/01, deve ser vista não somente do prisma orçamentário, senão também do financeiro. Nesse sentido, não é suficiente a previsão de recursos orçamentários para a satisfação da despesa a ser gerada por meio da futura contratação (adequação orçamentária). Faz-se imprescindível, outrossim, a aferição da adequação financeira da despesa e da licitação. É dizer:

[...] a instauração da licitação não depende propriamente da efetiva disponibilidade dos recursos necessários para o pagamento. Dependerá da previsão de recursos orçamentários, mas não apenas disso. Esse é requisito necessário, mas não suficiente. É indispensável verificar-se a adequação financeira da futura contratação. Isso significa exame dos recursos efetivamente disponíveis no momento da abertura da licitação e da consideração às receitas e despesas futuras – mas não apenas sob o ponto de vista das projeções realizadas por ocasião da elaboração do orçamento. Deve recorrer-se aos dados concretos, acerca da execução do orçamento. O ordenador de despesa tem o dever de manifestar-se, indicando se a realização das despesas e o ritmo das receitas permitem estimar a existência de recursos suficientes para propiciar a liquidação oportuna das despesas derivadas da contratação.

Não existindo indicações de que as receitas serão suficientes para o atendimento das despesas (ou cumprimento das metas), torna-se juridicamente inviável a licitação³.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 140.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 141-142.

Assim, a legislação não mais se contenta com a mera previsão orçamentária (adequação orçamentária), impondo, também, a adequação financeira como requisito para a realização da despesa, inclusive as decorrentes de licitação.

2. A licitação e contratação administrativa de obras e serviços e a adequação financeira e orçamentária

Nesse passo, a licitação de obras e serviços deve atender a todas as exigências de adequação e compatibilidade orçamentária e financeira. É preciso registrar, contudo, que a anualidade da lei orçamentária, isto é, a restrição de sua previsão de receitas e autorização de despesas ao período de um ano (exercício financeiro) não significam que a eventual execução de uma obra ou serviço que extrapole o exercício inicial dispense a observação da adequação e compatibilidade em relação aos exercícios seguintes. É que, além da estimativa de impacto para os exercícios subsequentes, que permite a programação financeira dos próximos orçamentos, de regra, tais situações encontram-se previstas no Plano Plurianual, já que configuram projetos com prazo de execução superior ao anual, o que impõe que os projetos de lei orçamentária dos anos em que ocorrerão as despesas correspondentes contenham suficiente e específica previsão de recursos, por força da exigência de compatibilidade destas leis com aquele plano (art. 5º, LC n. 101/01).

Ressalta-se, ainda, que – não só por força do Plano Plurianual – as leis orçamentárias subsequentes devem consignar dotação suficiente para fazer face às despesas decorrentes da execução de obras e serviços que extrapolem o exercício financeiro. É que, conforme o art. 8º da Lei de Licitações, a programação das obras e dos serviços deve ser realizada, salvo situações excepcionais, de maneira integral, prevendo e estimando a totalidade dos custos atuais e futuros para a execução completa do objeto. Nesse sentido, mais uma vez, a abalizada doutrina de Marçal Justen Filho, a evidenciar o planejamento financeiro como um dos móveis da atividade administrativa:

O agente administrativo tem o dever de estimar custos, encargos e prazos para a execução de obras e serviços. Não pode deixar de reconhecer o custo e a duração integral previstos para a obra ou

serviço. Deve adotar providências para estimar o custo da obra, considerando tanto as condições contemporâneas à época da decisão como prevendo as prováveis circunstâncias futuras. A Administração deve antever todos os compromissos com que arcará e lhe é vedado contratar sem perspectivas de conclusão da obra ou serviço.

A Lei impõe, como regra, a execução integral da obra ou serviço. Obra ou serviço executados parcialmente não trazem benefício ao interesse coletivo⁴.

O entendimento apresentado é consentâneo com a busca da preservação do patrimônio público, da eficiência e da moralidade administrativas, além de atender ao imperativo de vedação da atividade administrativa inútil. Ademais, todas estas precauções se alinham, em verdade, às modernas concepções de que os destinatários da atividade administrativa – em última análise, o povo – detêm verdadeiro direito fundamental à boa administração.

Na mesma senda, não é outro o objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal ao vedar a inclusão na lei orçamentária (e nas de créditos adicionais) de novos projetos, sem que aqueles que estejam em andamento já tenham sido contemplados⁵.

O objetivo das considerações acima expendidas é demonstrar que a realização de despesas – inclusive aquelas decorrentes da execução de obras e serviços licitados – deve se orientar pelas regras que regem a gestão fiscal responsável e que propiciam a manutenção do equilíbrio das contas públicas e a eficiente programação orçamentária, sendo imprescindível que todos os custos e encargos decorrentes da assunção das obrigações pactuadas, salvo situações excepcionais devidamente justificadas, possam ser satisfeitos à conta de recursos existentes no orçamento do exercício correspondente, sob pena de se promover irregularmente a transferência dos passivos de um exercício financeiro aos seguintes, comprometendo a própria execução dos programas contidos nos orçamentos que suportarão os aludidos encargos, já que tal prática termina por

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 150-151.

⁵ LC n. 101/00 – Art. 45. Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

importar em endividamento disfarçado do ente público.

Em reforço à tese defendida, a Lei de Responsabilidade Fiscal afirma que se equipara à operação de crédito e considera vedada a “assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços” (art. 37, IV).

Em que pese serem distintos os conceitos de autorização orçamentária e efetiva disponibilidade de recursos, é preciso consignar que, à luz da exigência de adequação financeira da despesa com a lei orçamentária, é imperativo que haja um acompanhamento efetivo da execução orçamentária, a fim de permitir que os compromissos já assumidos possam ser honrados. Aliás, esse entendimento ganha ainda maior relevo no caso da obrigação ser decorrente de obras e serviços; eis que, conforme já exposto, o art. 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal somente permite a criação de novos projetos após adequadamente contemplados os em andamento.

Em comentário ao citado art. 37, IV, Edson Ronaldo Nascimento corrobora a posição defendida, lecionando que está vedada a

assunção de obrigação com fornecedor mediante pagamento posterior sem autorização orçamentária, sendo considerada prática irregular dentro da administração pública, além de inconstitucional, nos termos do art. 167, I e II, da Constituição Federal. Na prática, representa uma forma disfarçada de endividamento que foge ao controle da gestão pública responsável⁶.

3. O ajuste verbal com a Administração Pública

Afora todas as considerações de cunho orçamentário-financeiro, registra-se, ainda, que o trato com a coisa pública é infenso, salvo raras exceções, a avenças verbais, sendo de se mencionar que a Lei de Licitações (art. 60, parágrafo único) considera nulo e de nenhum efeito o contrato verbal celebrado com a Administração (salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% do limite estabelecido no art. 23,

⁶ NASCIMENTO, Edson Ronaldo. Lei de responsabilidade fiscal comentada. 4. ed. Brasília: Vestcon, 2007, p. 168-169.

inciso II, alínea "a", feitas em regime de adiantamento).

Sobre a temática, elucidativa a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

Na seara administrativa, os contratos, por regra, devem ser escritos, em obséquio ao princípio da indisponibilidade do interesse público, em vista do qual os agentes administrativos, por não disporem da coisa pública, não podem proceder em relação a ela tal qual procedem em relação aos seus assuntos particulares. Por isso, em tributo ao aludido princípio, impõe-se aos agentes administrativos uma série de formalidades para o gerenciamento da coisa pública, a fim de evitar distorções e deturpações, a fim de protegê-la.

Explicando melhor, particulares firmam contratos do jeito que quiserem, verbais ou escritos, porquanto o que vale são as suas vontades. Agentes administrativos, que gerenciam o interesse público, não gozam da liberdade de agir de acordo com as suas vontades, e, pois, decidir livremente em firmar contratos apenas verbalmente ou por escrito. Para melhor curar do interesse público, os agentes administrativos, em regra, devem firmar contratos escritos⁷.

Nesse contexto, assim como já se verificou ser irregular a realização de licitação e de contratação administrativa desprovida de suficiente lastro orçamentário-financeiro, também se mostra contrária à legislação, em regra, a celebração de ajuste verbal com a Administração, sobretudo como no caso ora em comento, isto é: ajuste verbal prevendo a postergação do pagamento de reajuste devido ao contratado para exercício seguinte, no qual haverá a disponibilidade financeira e orçamentária para tal.

Considerações finais.

Assentada a irregularidade do procedimento preambularmente descrito, cumpre informar as diretrizes a serem adotadas para o saneamento do problema.

Primeiro – e a fim de evitar eventuais repetições da irregularidade –, é

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 702.

preciso que haja um aprimoramento da programação orçamentária, do acompanhamento financeiro e da orçamentação dos processos de contratação administrativa, permitindo à Administração conhecer, previamente à realização de uma licitação ou contratação direta, sua efetiva disponibilidade de caixa para fazer face aos custos do futuro contrato, com todos os seus consectários (entre eles os reajustes, de ordem legal e contratual).

Segundo, se a Administração for surpreendida pela indisponibilidade orçamentário-financeira para fazer face à despesa correspondente ao reajuste contratual – tal qual no caso em questão –, a esta só caberá dialogar com o contratado, a fim de firmar termo aditivo ao contrato, prevendo o diferimento do pagamento do reajuste. Neste caso, a Administração estará sujeita, inclusive, ao pagamento de encargos moratórios.

Referências bibliográficas

CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. **Súmulas do Tribunal de Contas da União**: organizadas por assunto, anotadas e comentadas. Salvador: Juspodivm, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Lei de responsabilidade fiscal comentada**. 4. ed. Brasília: Vestcon, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

