

Contratos continuados e a capacidade de aprendizado da Administração Pública

Por Lindineide Cardoso: Bacharel em Direito, Professora e Palestrante, Especialista em Licitações e Contratos e em Direito Processual Civil, Servidora de Carreira do Judiciário Federal. Perfil no Instagram @o_xdagestao

A Lei 14.133/2021, intitulada de nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, alterou significativamente a ultrapassada Lei 8.666/1993, trazendo mudanças que já estão impactando profundamente a forma de se interpretar o regime jurídico dos contratos administrativos.

Neste redesenho da tutela jurídica dos contratos administrativos encontra-se, na nova legislação, notória evolução acerca da celebração de contratos de fornecimentos contínuos de bens, aluguel de equipamentos, utilização de programas de informática e de serviços contínuos os quais, como regra, serão celebrados por um prazo mais alongado - de até 5 (cinco) anos.

Sob a égide da Lei nº 8.666/1993, adota-se como preceito, a vigência limitada ao exercício financeiro[3], sendo exceções à regra a vigência que ultrapasse esse lapso temporal, disciplina dos incisos I a IV do art. 57.

Na nova Lei de Licitações o legislador é taxativo ao dispor que, para os contratos de prestação de serviços ou fornecimento contínuos, a regra é a possibilidade de prazo inicial ampliado, desde que constatadas: (i) a vantajosidade da contratação por prazo superior ao anual; (ii) a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e vantajosidade na manutenção da contratação; e (iii) a possibilidade de extinção antecipada do contrato.

Além disso, resta assente que tais contratos podem sofrer sucessivas prorrogações, atingindo vigência máxima decenal, desde que existente previsão no edital e em cláusula contratual e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, inclusive sendo legítima a negociação com o contratado.

A questão que se pretende trazer à baila, neste breve artigo, diz respeito à duração mais alongada dos contratos de serviços e fornecimento contínuos e a capacidade de aprendizagem da Administração, por intermédio de uma atuação mais estratégica, reflexiva e apta ao alcance de resultados satisfatórios ou, ao menos, de contínua melhoria das contratações públicas.

É dizer que a manutenção do contrato dependerá de uma atitude do poder público inclinada a avaliar e reavaliar perenemente as reais condições de sua execução, isso porque os contratos administrativos com duração plurianual, ainda que patente a alocação de seus riscos, sujeitam-se a adversidades imprevistas, ou, se previstas de consequências incalculáveis, sendo socorridos pela características da mutabilidade.

Tal característica, embora permita a realização de alterações nas condições iniciais do contrato, inclusive de forma unilateral pela Administração, encontra limitação na própria

legislação e nos direitos legal e contratualmente previstos para o contratado, em especial quanto à manutenção da equação econômico-financeira do ajuste, a qual, ensina o professor Marçal Justen Filho.

“abrange todos os aspectos econômicos relevantes para a execução da prestação. Isso compreende não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir”.

Por certo, a duração maior do ajuste deve considerar a dinâmica da fase de execução contratual e os riscos circunstanciais nela envolvidos, exigindo-se um acompanhamento mais rigoroso por parte da fiscalização e uma maior comunicação entre as diversas áreas, na busca de soluções inovadoras, do aprimoramento das fases que antecedem a contratação e da implementação de estratégias favoráveis ao efetivo alcance dos objetivos estabelecidos no caput do art. 11, da Lei 14.133/2021, não dando margem para que se perpetuem contratações reputadas desvantajosas para a Administração.

Ilustrativamente, se um fiscal de contratos mantém em seus registros a ocorrência de reiterados descumprimentos das obrigações assumidas pela contratada, ou ainda, se, por meio da utilização de instrumentos eficazes (IMR, ANS, etc.), constata que o serviço, apesar de prestado, rotineiramente, não alcança o nível de qualidade mínima estabelecido no instrumento convocatório. E, não obstante, ao realizar a reavaliação anual do contrato, tal agente público assegura que a contratação permanece em condições de vantajosidade, temos um sério problema! Isso porque, resta demonstrado que a contratada não atuou de forma a alcançar a eficiência, eficácia e qualidade na prestação do serviço, situação que fatalmente compromete a análise da manutenção da condição de vantajosidade.

Tal cenário se mostra irrazoável e preocupante, pois é preciso que o agente público, ora investido na qualidade de responsável pelo acompanhamento da execução, goze de aptidão técnica para refletir, formular ideias, e, inclusive, movimentar-se em direção à efetiva correção dos rotineiros problemas ligados à fase executória da contratação. Ele tem o dever de manter registros fidedignos, atualizados e aptos a subsidiar a autoridade competente para alterar os contratos e, se preciso, aplicar as penalidades cabíveis.

De se considerar que a nova Lei traz no seu bojo dispositivos que demonstram claramente a importância do desenvolvimento da capacidade de aprendizado dos agentes públicos que desempenham as funções essenciais à sua execução, a exemplo do artigo 7º, que preceitua a necessidade de formação compatível e de observância ao princípio da segregação de funções, nos seguintes termos:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

§ 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Mais especificamente, quanto aos agentes que conduzirão a fiscalização, a Lei 14.133/2021 reputa que, desde a fase do planejamento da contratação, a Administração deve adotar providências prévias à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual.

Mencionados artigos comprovam a importância do incentivo à criação e manutenção dos elementos autonomia, flexibilidade, participação, reflexibilidade, compartilhamento de ideias e experiências, assim como da criação de espaços internos e externos estimuladores de trocas de conhecimento.

Na atualidade, o universo das compras públicas está passando por grandes e constantes mudanças, situação que exige atualização constante dos agentes públicos e muita resiliência para se adaptar às novas condições. Isso porque, na atual conjuntura, ter conhecimento não basta, pois o diferencial é saber como utilizar esse conhecimento de forma categórica, sendo fundamental o desenvolvimento de habilidades para aprender, aceitar e implementar coisas novas.

No universo corporativo, essa capacidade de aprender continuamente e com facilidade é conhecida como *learnability* que significa estarmos abertos a aprender, a produzir conhecimento, conteúdo e habilidades permanentes. É uma predisposição ligada a um estilo de vida e de comportamento que deve ser estimulado quando se deseja progredir e evoluir. Trata-se, efetivamente, de um exercício de atualização constante do conhecimento.

De toda sorte, é irrefutável que a Administração Pública, no âmbito das Licitações e Contratos Administrativos, precisa aprender a aprender, estruturando suas rotinas de maneira inteligente, por meio de práticas rotineiras de revisão periódica dos elementos de planejamento e também dos contratos, independentemente de sua duração. Assim deve ser, porque a contratação conduzida sem o estabelecimento de um processo de trabalho padronizado está destinada a erros e omissões por parte dos diversos atores envolvidos, gerando um contrato com baixa qualidade.

Indo além, é razoável afirmar que a ausência de um ciclo de melhoria contínua produz especificações deficientes e/ou restritivas, critérios de seleção do fornecedor inadequados, modelo de gestão do contrato que, como dito, não favorece a obtenção de objeto de qualidade, resultando em soluções cujos resultados não atendem às necessidades que originaram a contratação, com o consequente desperdício de recursos públicos.

Com efeito, a Administração precisa cercar-se de novas habilidades e potencializar as já existentes, saindo de uma evidente atitude de estagnação. Para tanto, é dever da alta administração prover os papéis que atuam no processo de contratação e de fiscalização da

execução contratual com servidores em quantidade suficiente e com qualificação adequada à execução dessas atividades.

Nessa toada, o TCU há muito tem se manifestado:

Acórdão 1.610/2013-TCU-Plenário

9.3.1 institua norma geral, estabelecendo regras e critérios, obedecida a legislação aplicável, a serem observados nos processos de recrutamento e seleção dos profissionais a serem alocados no desenvolvimento das atividades dos hospitais universitários, especialmente para a área de licitações e contratos, buscando privilegiar a alocação de mão de obra capacitada;

9.3.3 institua política de capacitação (...) com o objetivo de estimular o aprimoramento dos servidores (...) na legislação e jurisprudência aplicáveis aos seus processos de trabalho, especialmente aqueles relacionados com as áreas de licitações e contratos, planejamento e execução orçamentária, acompanhamento e fiscalização contratual e outras áreas da esfera administrativa, de modo a subsidiar melhorias no desenvolvimento de atividades nas áreas de suprimentos/compras, licitações/contratos e recebimento e atesto de serviços, bem como identificação de fraudes, conluio e outros ilícitos relacionados às contratações da entidade;

Para a potencialização dos resultados ligados ao metaprocessos de aquisição indica-se o documento Riscos e Controles nas Aquisições (RCA), desenvolvido pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), do Tribunal de Contas da União, conhecido por sistematizar informações sobre legislação, jurisprudência, acórdãos, normas, padrões, estudos e pesquisas relacionados às aquisições públicas, que define os resultados pretendidos como:

“(...) benefícios diretos que o órgão almeja com a contratação da solução, em termos de economicidade, eficácia, eficiência, de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis, inclusive com respeito a impactos ambientais positivos (e.g. diminuição do consumo de papel ou de energia elétrica), bem como, se for caso, de melhoria da qualidade de produtos ou serviços, de forma a atender à necessidade da contratação”.

Portanto, é essencial que os gestores públicos infiram que a experimentação e apoio ao contínuo desenvolvimento de competências (potencialização das capacidade de aprendizado) são mecanismos promotores dos resultados pretendidos, contribuindo com a antecipação de falhas, a realização dos ajustes necessários no tempo devido, ampliando as alternativas e diminuindo os riscos do metaprocessos de aquisição.

Trata-se de um arrojado avanço que submete-se ao quão favorável está a alta administração do órgão ou entidade a envidar esforços para sair do óbvio e rechaçar antigos padrões, adaptando-se às mudanças legislativas, às novas tecnologias e desenvolvendo em seus agentes habilidades necessárias para lidar com o novo. Efetivamente, na Administração Pública, a aprendizagem deve tornar-se um hábito!