



## Novos investimentos e o ambiente dos contratos com a administração

Os jornais do dia 31 de dezembro de 2018 noticiaram que o novo governo pretende intensificar esforços visando melhorar o ambiente de negócios e estimular o setor produtivo<sup>[1]</sup>. Evidentemente que a remoção de exigências cartorárias, como autenticação de documentos e reconhecimento de firmas, não tem o condão de reanimar o mercado, embora essa tenha sido apontada como exemplo de medida, já prevista em lei, com espírito “libertador”.

É indiscutível que em um país capitalista se procure impulsionar a atividade privada, favorecendo (ou pelo menos não atrapalhando) iniciativas que possam gerar empregos e tributos. Construir um cenário que inspire confiança é, logo, crucial, sobretudo diante da gravidade da crise econômica dos últimos anos.

Uma pluralidade de projetos que passam pela redução do custo com a máquina pública e enveredam pela discussão da reforma da previdência estão em pauta.

As relações contratuais travadas com a administração pública também merecem atenção.

No Brasil, o mercado das contratações públicas responde por 13% do PIB<sup>[2]</sup>. Logo, o aquecimento do mercado, por meio da oferta de ambiente mais promissor, passa necessariamente por revigorar a crença de que os contratos com as pessoas que compõem o aparato estatal vale a pena.

A maior pluralidade de operadores favorece a competição, o que é positivo ao interesse público não apenas no que toca ao aspecto do preço, mas para evitar que o ente público se torne “refém” de uma empresa ou de um pequeno grupo delas.

Não é recente a compreensão de que a regularidade e a qualidade do procedimento licitatório não bastam para garantir o atendimento do interesse público. Ainda que se selecione o melhor licitante, a partir de balizas corretamente expostas no ato convocatório, a gestão e fiscalização contratuais são imperiosas.

Mas exigir uma fiscalização contratual que, a depender das circunstâncias fáticas, das cláusulas contratuais e de leis ou atos normativos específicos, conduziria à rescisão do vínculo e/ou à aplicação de sanções mais severas que impediriam contratações futuras com a mesma pessoa jurídica, esbarra na dependência por parte do ente contratante, que não vislumbra outras empresas aptas a atendê-lo.

Não raras vezes, ao longo de anos atuando na administração pública, presenciei situações em que a empresa contratada descumpria o contrato, atrasando reiterada e injustificadamente, por exemplo, a entrega de um produto, ciente de que a omissão não provocaria a ruptura do contrato, diante da ausência de alternativas à disposição do ente contratante.

A equação é bem simples: menos empresas capazes de atender à administração pública, maior a dificuldade prática de exigir que a contratada cumpra o contrato.

Evidentemente que há e sempre haverá necessidades públicas que demandam uma especificidade por parte do executor. Vale dizer, há atividades mais simples, cujo exercício impõe menor “bagagem



técnica” e/ou menor investimento inicial. Portanto, não se ignora que o número de empresas dedicadas à limpeza e à manutenção predial tende a ser maior quando comparado ao número de empresas capazes de construir hidrelétricas.

De todo modo, o que hoje se percebe é um crescente desinteresse de empresas pelas contratações públicas, diante das particularidades que envolvem tais contratos.

São sobretudo empresas cujo elenco de clientes não se resume aos órgãos e entes públicos, considerando o produto/serviço/obra que oferecem, e que podem reposicionar suas peças com intuito de escapar das dificuldades diversas que circundam os contratos celebrados com a administração pública. Advogados administrativistas testemunham com certa frequência desabafos e ponderações dessa ordem.

Entre os maiores focos de reclamação está o chamado risco político.

Contratos não são celebrados com as pessoas dos agentes políticos. Todavia, trocas de chefes do Poder Executivo são frequentemente fonte de preocupação. Contratos de longo prazo são ainda mais sujeitos aos humores e considerações dos novos(a) dirigentes, que se sucederão enquanto vigente o vínculo.

Evidente que dúvidas reais sobre a licitude da licitação ou de determinada cláusula contratual podem atormentar a pessoa recém-empossada, porém questionamentos que não se relacionam à adequação à ordem jurídica, mas às escolhas adotadas pelos antecessores, também são comuns.

Ora, ao preparar o edital e seus anexos, os agentes públicos realizam opções que não podem posteriormente ser desconsideradas ao fundamento de que melhor teria sido outro caminho. Alegar que determinada opção, amparada pela ordem jurídica, não deveria ter sido adotada e com isso desestabilizar o contrato gera problemas que ultrapassam os contornos do vínculo. Incertezas, temores, tensões criam atmosfera de desconfiança e podem minar o interesse por novas contratações.

Assim, não havendo ilegalidade, inexistente espaço para descumprimento do contrato<sup>[3]</sup>.

O risco político, além de afugentar possíveis interessados, encarece o contrato. Não nos iludamos, as empresas tentam e tentarão blindar-se dos problemas que podem advir. Se se sabem ameaçadas, cuidam, tanto quanto possível, de se proteger, o que implica quase sempre em inserir o “risco” na proposta. Assim, os reflexos da desconfiança reverberam e interferem no comportamento futuro da empresa que vivenciou a dificuldade e no comportamento das demais.

Isso sem falar no fato de que uma sinalização de “descontentamento” por parte do Executivo, quanto ao contrato ajustado em gestões passadas, pode mascarar uma postulação de propina, na lógica do criar embaraço para vender a solução.

Não nos parece faltar regra a coibir comportamentos assim. Afinal, descumprir contrato pode refletir improbidade administrativa, em especial se impuser prejuízos ao erário.

O risco político não é o único.

A administração pública brasileira é reconhecidamente mau pagadora. Atrasos são constantes. De certa forma, pode-se atribuir à Lei 8.666/93 parcela de culpa, seja por “autorizar” atrasos até 90 dias, seja



---

pela ausência de repercussões expressivas para o ente público e para os agentes públicos envolvidos.

O descumprimento da ordem cronológica de pagamentos também não é raro. Trata-se de conduta perniciosa que favorece a corrupção e/ou contribui para desestimular a permanência ou a vinda de novas empresas para o mercado das contratações públicas.

Nesse sentido, importante a última proposta de alteração da Lei 8.666/93[4][5].

Em primeiro lugar, reduz-se para um mês o atraso do pagamento “tolerado” legalmente.

Em segundo lugar, a inobservância da ordem cronológica, nos moldes do PL, deve ensejar a responsabilização do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.

Alterações na ordem cronológica, admitidas em situações taxativamente dispostas em lei, devem se condicionar à justificativa prévia pela autoridade, a quem caberá comunicar os órgãos de controle interno e externo.

Incidência de juros, diante do atraso, e divulgação mensal da ordem de pagamento, com explicações sobre eventual alteração, são regras essenciais que, se espera, constem realmente do texto da nova lei[6].

O PL aborda ainda a atuação dos tribunais de contas. O risco de interferências externas, vindas do Judiciário ou dos tribunais de contas, foi alvo central da mudança operada pela Lei 13.655/18. Apenas para tangenciar o tema, objeto de diversos artigos publicados nesta coluna, um dos aspectos nevrálgicos a desencadear a lei foram as consequências colaterais das decisões. Entre elas não se pode deixar de apontar a crescente incerteza dos operadores quanto à robustez do pactuado diante do olhar dos órgãos de controle.

Bebendo da mesma fonte, o Projeto de Lei 1.292/95 está a prescrever que, ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o Tribunal de Contas, entre outras atribuições, deverá definir objetivamente como será garantido o atendimento do interesse público, em se tratando de objetos essenciais ou de contratação por emergência[7].

Também interessante destacar no Projeto de Lei 1.292/95 a pretensão de se permitir consulta dirigida aos tribunais de contas, a ser respondida em até um mês, salvo prorrogação, destinada a obter posicionamento sobre processo de licitação ou contrato específico[8][9]. Conhecer previamente o entendimento do órgão de controle interessa aos agentes públicos e, claro, aos licitantes ou contratados.

Mesmo que o parágrafo único do artigo 139 ressalve que a consulta não traduz prejulgamento e não vincula a decisão a ser adotada pelo consulente, não parece possível que se venha a penalizar agentes públicos e terceiros por conduta realizada em consonância com a resposta dada pelo órgão de controle.

Enfim, a melhoria do ambiente das contratações públicas, que perpassa a redução da insegurança, é determinante para a retomada dos investimentos almejados pelo novo governo.

Os aspectos pontuados neste artigo exemplificam pontos que merecem atenção especial.



- [1] [https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/economia/2018/12/663552-guedes-planeja-ambiente-de-negocios-melhor.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2018/12/663552-guedes-planeja-ambiente-de-negocios-melhor.html)
- [2] <http://www.fnnde.gov.br/acoes/compras-governamentais/sobre-compras-governamentais>
- [3] E mesmo quando há ilegalidade, existem aspectos a serem considerados, como a questão temporal e os efeitos maléficos da anulação.
- [4] Substitutivo ao PL 1.292/95. Alterações de 12/11/2018, 20/11/2018 e 3/12/2018.
- [5] O projeto de lei que visa a substituição da Lei 8.666/93 está em tramitação e sobre ele já comentamos em artigos passados. Recentemente, novas alterações foram introduzidas no substitutivo ao PL 1.292/95.
- [6] Síntese da redação última do artigo 139 do PL.
- [7] Artigo 170 do PL.
- [8] Artigo 168 do PL.
- [9] A atuação preventiva é desejada, embora não se possa desconsiderar as dificuldades que o enxame de consultas possa provocar. Novas tarefas devem ser acompanhadas de recursos e estrutura.

**Date Created**

10/01/2019