

Superfaturamento e os vetos à nova Lei de Licitações

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Alguns dos vetos presidenciais, conquanto se acredite que foram efetuados com retos propósitos, produzem o singular efeito de retirar da nova lei exata e precisamente certos dispositivos que representavam a eliminação de uma poderosíssima causa responsável tanto pelos chamados preços "superfaturados", quanto pela corrupção. Pessoas bem intencionadas, mas sem suficiente experiência na matéria, podem produzir resultados opostos aos que pretendiam.

Expliquemo-nos. Induvidosamente, uma causa importantíssima determinante das duas pragas referidas decorre da seguinte realidade.

O poder público, como é sabido e ressabido, atrasa seus pagamentos e o faz de modo sistemático. Isso ocorre tanto porque assume compromissos de antemão sabidos como superiores aos recursos com que poderia enfrentá-los, quanto por vicissitudes econômicas ou financeiras. Em país de economia instável e inflacionária, é claro que ditos atrasos, já antecipadamente previsíveis, implicarão significativa elevação de custos para o contratado. Acresce que, mesmo não havendo pagamento em dia ou simplesmente cessados os pagamentos durante meses, o contratado será forçado a prosseguir na obra ou fornecimento (conforme entendimento dominante), sob pena de rescisão de contrato, multas, indenizações e *declaração de inidoneidade*, com suspensão ou cassação do direito de licitar e contratar com o poder público.

Celso Antônio Bandeira de Mello é professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Se sua atividade exclusiva ou principal for a de fornecedor ou executor de obras e serviços para o poder público, como normalmente ocorre, dita sanção (declaração de inidoneidade) equivale à quebra da empresa. Assim, para não ser apenada, vê-se constrangida a custear a obra ou fornecimento, captando recursos no mercado e arcando com as elevadas taxas praticadas. Acresce que, ao tentar obter normalização dos pagamentos, correção monetária dos valores atrasados e recuperação das despesas incorridas para custeio das prestações contratuais, o contratado sabe que despenderá enormes esforços, incorrerá em novas despesas, lícitas ou não, e, ademais, corre o risco sério de não obter, ou não obter integralmente, o ressarcimento que lhe corresponderia. É que o poder público, quando lhe convém, suprime algum ou alguns meses de correção monetária (como já o fez várias vezes), adota os índices de reajuste que deseja e, sistematicamente, se recusa a considerar as despesas financeiras em que o contratado incorreu para enfrentar a mora do contratante ou, quando menos, irá subestimá-las.

O licitante e eventual contratado sabe de tudo isso. Sabe também que é inútil ou quase inútil recorrer ao Poder Judiciário, não só pela gigantesca demora da solução, como ainda porque o sistema de ressarcimento pecuniário, em caso de condenação judicial da Fazenda Pública (mediante precatórios), faz com que o recebimento se efetue entre, no mínimo dos mínimos, sete (pode chegar a dezoito) e dezoito meses (pode chegar a trinta) após a condenação. Isso porque os precatórios entrados até 1.º de julho são incluídos no orçamento do ano seguinte, e os posteriores a 1.º de julho só entram no orçamento sucessivo. Como a Fazenda pode saldar o débito até o final do exercício orçamentário para o qual estava previsto o pagamento, claro está que prefere retardá-lo ao máximo. Assim, quando o valor é recebido, a inflação ocorrida durante tal período (que, como dito, varia entre sete e trinta meses após a condenação) já corroeu praticamente tudo. É lógico que o interessado pede a correção monetária relativa a tal diferença, mas vai se repetir a mesma corrosão, de sorte que

o recebido estará sempre completamente erodido pela inflação e, assim, sucessivamente, a cada novo pedido de correção.

Se já não fora pela inutilidade do uso de tal via, o contratado também evita o recurso ao Judiciário porque não deseja litigar – e por vários anos – com quem é e vai continuar a ser o seu principal cliente. Além de não lhe convir de um ponto de vista de política comercial, expõe-se a retaliações, seja nos contratos em curso, seja nas licitações que venha a disputar ou nos contratos que, em despeito disto, venha a travar. Veja-se que ações judiciais de indenização movidas por contratantes do poder público contra este são raríssimas.

Diante desta realidade indiscutível, que poderá fazer o licitante? Desde logo, como é certo que, se não se precatar, arcará com prejuízos – e podem ser de proporções gigantescas –, trata de prevenir-se na própria cotação do que oferta.

Se subestimar os prejuízos que lhe advirão da indefectível mora do poder público, irá arcar com um contrato que, dia a dia, causar-lhe-á o oposto do que busca obter: lucro. Ou seja, terá de cumprir até o fim um contrato que só lhe acarretará prejuízos. Se superestimar os custos em que incidirá por força desses atrasos do poder público, pode até levar vantagem.

É óbvio que buscará a margem de segurança mais ampla possível, e, com isso, inevitavelmente, os preços subirão muito em relação ao mercado disponível para os particulares, isto é, para os contratantes confiáveis, pontuais ou que podem ser judicialmente compelidos a sê-lo, ainda que não o desejem. Ademais, nos contratos comuns (não administrativos), vigora o princípio de que, se uma das partes não efetua a prestação que lhe competia, a contraparte pode cessar a que lhe correspondia. Logo, se um lesa a outro, tal lesão é limitada, pois o lesado não está obrigado a continuar incorrendo nos custos de sucessivas prestações sem contrapartida.

Seria um engano supor que a disputa na licitação deveria evitar tal elevação de preços. Com efeito, todos os licitantes sabem dos problemas referidos e, obviamente, pre-

ferem perder uma licitação, a obter um contrato que, ao invés de proporcionar ganhos, acarrete perdas. Logo, todos se vêem na contingência de ofertar preços altos.

Não é preciso dizer que o sistema aludido, no qual uma das partes tudo pode e a outra não tem meios jurídicos para conter-lhe os eventuais abusos, é um poderoso estímulo para a corrupção. Quem dispõe de muitos poderes pode usá-los de formas muito persuasivas. Quem dispõe de poucos ou de quase nenhum direito eficaz trata de suprir tal carência com a conquista de muita "boa vontade".

O direito não tem como superar essas conseqüências, salvo se eliminar as *causas jurídicas* que as condicionam.

Foi precisamente o que a nova Lei de Licitações e Contratos aprovada no Congresso tratou de fazer, embora, ainda, com certa timidez. E foi, precisamente o que alguns vetos presidenciais trataram de desfazer. Querendo evitar desmandos, querendo, certamente, coibir práticas danosas aos cofres públicos, fizeram o seu inverso. Estimularam – e ainda mais do que na lei anterior – esses resultados negativos.

Aclaremos o que acaba de ser dito. O texto, tal como aprovado pelo Congresso, impedia a administração pública de retardar pagamentos além de noventa dias, sob pena de o contratado ficar autorizado a pedir a rescisão do contrato ou, se preferisse, a paralisar, até normalização dos pagamentos, a execução da obra, do fornecimento ou do serviço, sendo-lhe assegurado o ressarcimento de todos os prejuízos decorrentes do atraso do poder público (inciso IV do art. 79 e § 4.º). Com isso, evidentemente, a administração não teria interesse em atrasar, ou não se abalancharia a assumir compromissos econômicos superiores a suas forças (o que já seria benéfico, por antiinflacionário). Segue-se que o contratado também não estaria sob o acicate, quando da disputa da licitação, de prever e incluir, na estimativa do preço, os custos adicionais que lhe adviriam de uma mora certa e irresponsável, pois inconseqüente para o poder público. Graças a isso, desapareceria uma causa certa – e de outro modo inevitável – geradora de preços altos.

Pois bem: o Presidente vetou tais dispositivos.

Além disso, o texto aprovado no Congresso incluía a regra, já existente no diploma anterior, pela qual o contrato poderia ser alterado para restabelecer o equilíbrio inicial, isto é, o que as partes haviam pactuado quando da celebração do ajuste (art. 65, II, *d*). Ademais, se fatores supervenientes gerassem tal desequilíbrio, passava a ser reconhecida como direito do contratado a celebração de aditivo para restaurar o equilíbrio original, uma vez feitas e atuadas as demonstrações e justificativas, bem como sua aprovação pela autoridade competente (§ 7.º do art. 65). Pelas mesmas razões já mencionadas, o contratado, seguro de tal direito e garantido na esfera administrativa, também poderia cotar preços menores, por não temer ficar a descoberto no caso de desequilíbrios econômicos (tão comuns no País), que se refletissem na equação contratual.

Pois bem: o Presidente vetou tais dispositivos.

Nem se diga que o veto se justificava para impedir eventual uso desmandado de tais reajustes. Se isso poderia ocorrer antes da nova lei, dificilmente se repetiria sob sua vigência, pois nela foi previsto que proporcionar modificação contratual ou vantagem indevidas configura crime e sujeita, tanto o agente público responsável quanto o beneficiário, a uma pena de dois a quatro anos de detenção e multa (art. 92 e parágrafo único). É certo, ainda, que qualquer pessoa pode provocar a iniciativa do Ministério Público para propositura da ação penal em razão dos crimes previstos na referida lei, e, se este não a promover no prazo legal, o interessado poderá fazê-lo (arts. 101 e 103). Assim, já estão ali estabelecidos todos os possíveis cuidados capazes de desestimular o uso indevido dos dispositivos que foram vetados.

Em suma: se se quer moralizar as licitações e contratos e suprimir uma causa que acarretará sempre e sempre o chamado superfaturamento, não se pode mais conferir ao contratante poderes ilimitados, deixando o contratado sem proteção *jurídica* alguma para seus interesses legítimos. Tal atitude é ingênua e irrealista, pois aqueles a quem se

negue direitos inerentes à sua razão de contratar irão inexoravelmente buscar vias ilegítimas para defendê-los e até mesmo para ir além dos que lhes corresponde-

riam em uma relação honesta e equilibrada.

Foi essa coisa simples que os responsáveis pelos vetos presidenciais não compreenderam.