

INFRAESTRUTURA E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: O PRINCÍPIO DA BOA FÉ

ANDRÉ STEAGALL GERTSENCHTEIN*, ROBERTO KOCHEN**

A carência de infraestrutura do Brasil é fato de conhecimento público, há muito tempo, e constitui entrave grave ao crescimento, aumentando custos das exportações para o agronegócio, reduzindo a mobilidade e impactando o saneamento ambiental nos centros urbanos.

De fato, um dos grandes impactos da falta de infraestrutura ocorre nos grandes centros urbanos: neles, a falta de mobilidade traz enormes prejuízos à qualidade de vida das pessoas, além dos prejuízos decorrentes dos congestionamentos, e a falta de saneamento adequado (não só pela deficiência na coleta e tratamento dos esgotos, mas também pelas dificuldades no abastecimento adequado de água) constituem graves entraves à qualidade de vida das pessoas e à capacidade de o Brasil crescer de forma consistente e sustentável.

Como fator agravante do quadro descrito, podemos mencionar recentes decisões do Poder Judiciário, referentes a aspectos dos contratos administrativos entre o Poder Público e empresas contratadas para executar obras de infraestrutura, que, por falta de análise mais técnica, terminam por impor à sociedade custo adicional decorrente do risco jurídico por elas introduzido.

Tome-se como exemplo o caso do asfalto, reajustado em 64% desde o início de 2018. É um insumo que tem um único fornecedor no Brasil: a Petrobras. Essa, por sua vez, adotou nova política de preços a partir de janeiro de 2018, abandonando a sistemática de correções bianuais em favor de correções mensais, tomando por base a variação cambial, a cotação internacional do petróleo e seus próprios custos de transação.

Ora, é fácil perceber que contratos formados pelo DNIT para intervenções em rodovias, cujo principal insumo é o asfalto, precisariam de ajustes que os tornassem compatíveis com a nova política de reajustamento de preços desse insumo, adotada pelo único fornecedor nacional. Sem esses ajustes, os contratos sofreriam graves desequilíbrios, com ameaças ao seu cumprimento. Trata-se de simples lógica, com a qual as autoridades do Poder Executivo concordam. Mas elas não têm a coragem de tomar as medidas necessárias, por medo de questionamentos futuros de órgãos de fiscalização e controle, com conseqüente penalização, imposta às pessoas físicas dos administradores públicos, pelo Poder Judiciário. É que as análises feitas pelos órgãos mencionados nem sempre têm a profundidade adequada, e acabam partindo do princípio que todas as medidas adotadas o são por razões ilegítimas e sem amparo técnico.

Não se discute que há inúmeros casos que merecem a atenção dos órgãos de fiscalização e controle. Mas hoje mesmo aqueles casos que possuem amparo técnico sólido acabam sendo objeto de condenação, por falta de análise técnica mais aprofundada pelos órgãos que aplicam as penalidades. Há exemplos de condenações, inclusive em casos em que existe parecer técnico favorável às decisões tomadas pelo Administrador Público, resultado do trabalho aprofundado de juntas de conciliação (Dispute Boards), ferramentas adotadas em todo o mundo.

É preciso cuidado, dos órgãos de fiscalização e controle, para separar as duas situações.

O resultado é que os administradores públicos deixam de agir

mesmo reconhecendo a necessidade e a correção das ações necessárias. Temem pelas conseqüências, que, hoje, incluem até mesmo a prisão. É o chamado “apagão das canetas”.

Muitas vezes é preciso buscar, também no Poder Judiciário, decisões que permitam ao administrador público cumprir com aquela que seria sua função natural: a de manter o equilíbrio nas condições contratuais acordadas entre as partes. E mesmo assim existem casos em que, por temor de modificações posteriores na natureza das decisões, o administrador público deixa de praticar o ato administrativo necessário, por falta de segurança jurídica.

Há situações em que questões controversas surgidas ao longo dos contratos seriam facilmente resolvidas por meio de ferramentas alternativas de resolução de disputas (ADRs), entre elas o moderno instituto dos Dispute Boards. É o caso do Rodoanel Norte, em São Paulo, no qual o Poder Judiciário não reconheceu a validade dessa moderna ferramenta de resolução de conflitos em contratos administrativos, apesar de sua adoção há mais de duas décadas por bancos internacionais de fomento ao desenvolvimento, tais como o Banco Mundial, o BID e JICA.

Cria-se, assim, uma situação insólita: se o Brasil não aceitar estes critérios internacionais, poderá continuar recebendo recursos destas instituições para financiar o desenvolvimento de sua infraestrutura? Parece-nos que não, o que traria um gargalo ainda maior para os contratos de infraestrutura no Brasil – grande parte deles financiados por instituições internacionais.

A nova Lei de Licitações, que revogará a Lei nº. 8.666, também não aborda o assunto, trazendo poucas ideias novas. Obrigar o gestor público a contratar a solução mais barata é prejudicial ao erário público, pois muitas vezes a mais barata não é a mais vantajosa – não é incomum que resulte em rescisões e que saia, na verdade, mais cara. É importante que o administrador público possa contratar com base naquilo que é mais vantajoso ao Estado, em oposição ao que (parece) ser mais barato.

É aí que entra o “princípio da boa fé”, que diz que todo contrato deve ser realizado dentro deste princípio, visando o melhor resultado possível para todas as partes envolvidas. E, no entanto, sempre que se contrata fora da alternativa de menor preço, sem que se considerem fatores como qualidade, boa técnica, e outros similares, o Ministério Público e o Poder Judiciário inevitavelmente pressupõem a ocorrência de má fé ou de ilícitos, o que trava a execução de contratos de infraestrutura, ou mesmo leva à sua paralisação, já que é comum que nesses contratos surjam situações que exijam alterações técnicas, de impossível previsibilidade a priori, cuja implementação é fundamental para que as obras tenham sua funcionalidade garantida.

A criminalização do administrador público diligente, que busca as melhores soluções, entretanto, só poderá trazer resultados ruins. Será premiado aquele que, por inação, “deixar o barco correr”, e punido o que adotar as medidas corretivas necessárias.

Urgente é resgatar o princípio da boa fé, para que a infraestrutura não sofra com a paralisação de empreendimentos por excessiva rigidez administrativa – fruto dos receios do administrador público em ser punido por fazer seu papel –, situação que, mantida, trará grande prejuízo ao desenvolvimento do nosso Brasil.

* André Steagall Gertsenchtein é engenheiro, diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia
E-mail: asg@ideac.eng.br

** Roberto Kochen é engenheiro, diretor do Departamento de Habitat e Infraestrutura do Instituto de Engenharia
E-mail: kochen@geocompany.com.br