

Administração Contratada

JOÃO LYRA FILHO

JOÃO LYRA FILHO é mestre comprovado na prática e doutrina da administração. Voltado, desde cedo, aos temas econômicos, acumulou, na experiência da vida pública e na meditação do gabinete, o conhecimento objetivo e profundo de nossos problemas administrativos.

Diretor da Caixa Econômica Federal no Rio de Janeiro, Secretário de Finanças da Prefeitura do Distrito Federal, publicista consagrado em obras de variado teor, o atual Ministro do Tribunal de Contas da Municipalidade associa à lucidez e penetração do espírito um agudo senso da realidade.

O seu estudo, que a seguir publicamos, versa um tema de real interesse e oportunidade, no tocante à realização dos serviços públicos, trazendo à exegese dos textos legais aquele roteiro do interesse público que é essencial à hermenêutica administrativa. Sem desmerecer da moralidade e seleção idônea dos executores de obras públicas, a adoção do processo de administração contratada faculta ao Estado um instrumento adequado e ílexível à concretização de seus fins. A essas razões de conveniência, o depoimento de tão alta autoridade acrescenta a sanção de legalidade daquela forma de contrato administrativo.

* * *

SEGUNDO o douto entendimento do Tribunal de Contas da União, "concorrência é o processo legal e técnico por meio do qual a Administração Pública afere as melhores condições na prestação de serviços, na realização de fornecimentos, na execução de obras e na alienação de bens" (in "Revista de Direito Administrativo", vol. 30, págs. 298 e seguintes). O legislador assim também teria reconhecido, ante a seguinte disposição da Lei Orgânica do Distrito Federal: "as obras e serviços da Prefeitura que não forem executados pela própria administração, assim como o fornecimento de materiais e artigos destinados à municipalidade, serão contratados ou adquiridos por concorrência pública ou administrativa, na forma que a lei determinar" (art. 44), acrescentando que "os imóveis pertencentes ao Distrito Federal não poderão ser objeto de doação ou cessão a título gratuito, nem serão vendidos ou aforados senão em virtude de lei especial, e em hasta pública previamente anunciada por editais afixados em lugares públicos e publicados três vezes, pelo menos, no órgão oficial da Prefeitura, com a antecedência mínima de trinta dias" (art. 45).

A impropriedade terminológica da expressão *cessão de imóveis* sobreponho o conteúdo dos princípios fixados na legislação, para reparar as dificuldades que o rígido cumprimento das regras capituladas apresenta à prática da administração. Aquela referida Lei Orgânica, todavia, determina, nos casos omissos, a aplicação do que dispuserem as leis de contabilidade pública da União, quanto à receita e despesa (art. 18, § 3.º). Sem embargo

de não configurar-se a hipótese, eis que o art. 44 estabelece preceitos que não devem ser superados com a invocação aos casos *omissos*, a Administração Pública do Distrito Federal, com a complacência do Tribunal de Contas distrital, socorre-se, sempre, das leis de contabilidade pública da União, como variantes por onde se desvia do exato cumprimento do estatuto básico da Cidade.

A assinalada desfiguração, talvez imposta pela maior pressão das conjunturas em cujo redemoinho se perde a ordem política, possibilita aos que estudam os problemas locais, por ofício, o conhecimento direto daquela legislação contábil a miúdo versada. Tenho ousado dissentir do conceito genérico em voga na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, objetivando a prova de que a concorrência pública não é sempre o melhor processo de aferição das condições na prestação de serviços, na realização de fornecimentos, na execução de obras e na alienação de imóveis. A *forma competitiva*, que institui meio de obtenção do maior número de interessados, às vezes só aparentemente oferece substância de valia. Às vezes ela estimula o constrangimento de concorrentes publicamente acreditados, compelidos a confronto com tantos outros que não possuem cartaz autêntico e próprio, porventura vitoriosos com base nos artificios das leis, em detrimento do interesse público real.

A concorrência não define uma seleção qualitativa. Muitas vezes simboliza um arrastão em que as piabas obtêm preferência de pasto, superando, artificialmente, a vantagem da riqueza ani-

mal melhor qualificada. Por temor aos tubarões, o processo de concorrência troca por piabas muito peixe de categoria, retraído do mercado por desamor ao critério da forma competitiva. Eis como pode frustrar-se o alimento do interesse público dominante. Admitir-se-á, em princípio, que a concorrência constitua o processo recomendável à aferição das condições de contratação do serviço, da obra ou do fornecimento público, mas é certo que o predomínio ortodoxo do princípio, em inúmeros casos, compromete o fim exposto, que se oferece em termos de conveniência, utilidade ou oportunidade.

Em relação a este tema são variadas as razões que fortalecem minha extraída conclusão, conforme enunciadas em outros instantes, na escrita dos livros (*in* "Angústia Social" e "Aplicação do Direito Financeiro"). Se a concorrência é às vezes desinteressante ao comércio ou à indústria de melhor categoria, em muitas outras oportunidades ela compromete a parte substancial do interesse público, denunciando um desencontro que sacrifica, duplamente, a sorte do cometimento. A contabilidade pública formalizada tem sido feroz para os probos e generosa para os dissolutos. Enquanto cria entaves à produção dos bens que enriquecem a economia pública, estimula variantes pródigas às franquias e às fraudes que apressam a fuga do dinheiro gasto no consumo supérfluo. Às contas que registram o material de expediente e aos créditos que compensam os serviços adjudicados correspondem pagamentos expeditos cujos comprovantes estão longe de identificar a exata procedência dos gastos.

As despesas que interessam à produção dos bens, todavia, custam tanto nos escaninhos burocráticos que a demora onera o montante, com desperdício substancial de receita, dado acrescerem ao preço o juro relativo ao tempo perdido ou o valor pecuniário do risco que acompanha o vendedor descoberto dos haveres, fora o ônus da majoração do custo, sujeito a cálculo de probabilidade que alcance a margem de oscilação dos preços, dentro do longo período contado sem solução do comércio ou da indústria. A inexistência de regime processual adequado fertiliza o proveito alheio e compromete a economia pública, além de embarçar a realização do bem social. Os arames farpados da legislação intimidam os homens honestos e acorçoam os assaltos dos que se habituaram à voracidade da fortuna fácil. Daí aventurar-me à presunção de que a contabilidade destinada a disciplinar a despesa tem sido responsável pela multiplicação dos gastos.

No particular referente ao Distrito Federal, ocorreu-me dizer, em outro momento, que a sua despesa poderia render infinitamente mais, se próprio fôsse seu regime contábil e se distinto e peculiar o processo de fiscalização da execução orçamentária que deveria ser realizado fora do sistema burocrático; longe do papelório responsável por boa parte do gasto acrescido ao custeio do pessoal e do material. A fiscalização deveria operar-se diretamente, no curso das próprias obras públicas ou em face da própria realização da despesa, para

que se pusesse em evidência o resultado, apenas retratado em comprovantes de contas cuja exata procedência não se identifica na simples leitura de documentos autuados.

A fertilização dos recursos bastardos que armam, em conluio, a solécia de interessados e responsáveis pode resultar do próprio processo da concorrência. A prática demonstra que às vezes ela se converte em regime de monopólio ou preferência escusa, tanto é certo que, em inúmeras hipóteses, não se altera o quadro dos licitantes vitoriosos. A medida que aumentam o número e a variedade das concorrências parece que se repetem, em rol concentrado e privativo, os nomes dos que logram as *melhores condições*. Quando se desloca o resultado prevenido em conluio, por qualquer evento marginal que obtenha distrair a lógica dos cálculos prevenidos, é sempre fácil retirar-se da congêrie dos textos legais a razão de nulidade que dissolve o processo de concorrência.

O princípio da *igualdade*, que teoricamente valoriza a concorrência, a que Gaston Jèze concedeu tanta relevância, não entra no jôgo marcado por critério objetivo. A especialização diversifica a índole das atividades de comércio e indústria, mesmo arroladas dentro de uma categoria rígida, determinando o entendimento prévio de que, em variados casos, só subjetivamente poderá admitir-se a preconizada igualdade geral de condições. No ramo das construções, sobretudo, conforme os projetos, o gênero do material especificado e a natureza das obras, a tendência define-se no sentido da aplicação de técnicas peculiares e inconfundíveis, que, eliminando o confronto, desmascara aquela *igualdade* de que se ufanam os hermeneutas estarrecidos. Não há quem possa igualar condições entre emprêsas que constroem escolas, ou hospitais, ou estádios, ou postos agrícolas, ou mercados, ou albergues, ou casas-fortes, ou pontes, ou usinas, ou estradas, ou edifícios públicos, ou moradias e apartamentos. E' possível, ademais, diferenciar-se condição entre os próprios construtores especializados.

Quando não prevaleçam aquêles recursos bastardos, que forcejam a solução do pleito em benefício de interessados *tradicionais*, a vitória que coroa as condições oferecidas por um mesmo e determinado concorrente, no maior número de concorrências para construções de escolas, por exemplo, demonstra a singularidade dos requisitos que apresenta, no rol dos quais alcança valia maior o gênero da especialização a que se identificou. E' possível admitir-se a presença de concorrente de tal forma técnica e economicamente ajustado que torna excludente a probabilidade de quaisquer outros competidores. Aquêles que seguem o curso do serviço público já se habituaram ao trato da exposta conclusão.

Então, o processo de concorrência só oferece um *mérito*: a adjudicação da obra, a preço mais oneroso, àquele mesmo construtor já sabido. Não há quem deixe de majorar os preços das propostas sujeitas à concorrências cujo desfecho se aguarda a prazo incerto, quando os valores integrantes dos cálculos da obra estarão sujeitos a revisão forçada.

Em inúmeras situações concretas, o processo de concorrência é anacrônico, agora que a própria lei da oferta e da procura não assenta em fundamentos tradicionais de economia liberal. Hoje, os preços dos bens, dos serviços e das utilidades variam no repente de um dia e já não suportam cálculos condicionados a vigor que demore no tempo, salvo com a majoração antecipada, que elastece a cobertura dos riscos e do ônus das conjunturas econômicas, sociais e burocráticas, com inexoráveis perdas para o erário.

Eis o mal vigente da concorrência pública. Não pode assegurar estabilidade no valor venal das coisas, como implícita no processo de concorrência, uma União que não empresta fixidez aos impostos e que se despoja do contróle dos preços de consumo, deferindo aos Estados o direito de alterá-los, por meio da oscilação do tributo sobre vendas e consignações; uma União que desloca para o senso jurídico dos tribunais o arbitramento econômico dos salários e concentra na autoridade exclusiva do Presidente da República, independentemente de lei, o direito de graduar os próprios salários, mediante revisão periódica a seu arbitrio; afetando-se as condições gerais da produção e do consumo, determinando-se índices políticos à substância da economia e impondo-se à indústria e ao comércio a flutuação dos valores de oferta e procura.

Conservo à parte as influências dominantes do intervencionismo direto do Poder Executivo na fisionomia e substância dos valores, quer resultantes do alvedrio com que desloca a massa inflacionária do papel-moeda e do crédito, quer decorrentes da variação com que diversifica o critério de fixação dos preços de indústria, comércio e trabalho, por meio da dualidade cambial. E' evidente que tais influências políticas e fiscais atuam no mercado dos preços, como impactos, instituindo e generalizando uma insegurança que recrudescer, precisamente, na expressão processual da concorrência pública, emprestando àquelas *melhores condições* um conteúdo que está longe de exprimir as condições mais convenientes, úteis ou oportunas. A concorrência passa a significar recurso contraditório, perigoso e nocivo, com o exclusivo escopo de simular a presença de um aspecto moral inofensivo, dentro do regime abstrato da legalidade. E' uma tábua simbólica a ondular ao sabor das conjunturas, marcando a distância onde soçobra o interesse público. Em vez de ser um recurso de salvação é um instrumento de perdição.

Daí não ser infenso ao juízo da autoridade administrativa que a dispensa, guiado por fundadas razões de governo e fiado no pressuposto de moralidade dos agentes incumbidos da preservação e defesa da economia e do erário. Chego a ponto de reconhecer, em muitos casos, a conveniência do regime de administração contratada, com a eliminação dos empreiteiros, sobretudo quando manifesta a importância especializada da obra ou do serviço público e quando singulares as credenciais e as aptidões do responsável incumbido da referida administração, mediante escolha subordinada a processo de seleção natural ou espon-

tânea. Ao senso de responsabilidade da autoridade administrativa empenhada na solução mais adequada do interesse público não escapa a aplicação do dever próprio, face ao bem social e à defesa do erário. A presunção de probidade se expõe ante o invocado regime com a mesma tinta com que se oferece a todos os demais. Um não é menos vulnerável do que outro; quando há precisão e vigilância, nenhum é menos suscetível de defraudação.

Atento a tais razões, aventurei-me ao exame dos fundamentos que têm desmerecido a *legalidade* da aceitação do regime de administração contratada, nas oportunidades recentes em que a matéria estêve sujeita à apreciação do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Minha conclusão é no sentido de que as leis de contabilidade em vigor não o desautorizam e o reforço das razões práticas acima expostas leva a capacitar-me de que, em muitos casos concretos, que se oferecem à vista das citadas conjunturas econômicas, sociais e burocráticas, tal regime merece ser alentado, quando a singularidade da obra e do serviço, sobretudo nesta hora de incremento de novos engenhos da ciência e da técnica, aponta, *a priori*, naturalmente, aqueles que mais se credenciam à contratação da obra ou de serviço público.

A ilustração do entendimento a que me aventurei, no particular relativo à legalidade de sua adoção, aflora no texto dos votos transcritos em seguida e proferidos naquele citado Tribunal de Contas distrital.

"A Procuradoria havia sido ouvida a respeito da *legalidade* do regime contratual adotado — administração contratada ou interessada — e chegou à conclusão de que êsse referido regime *é contrário à legislação em vigor, na União e no Distrito Federal*". Não se aponta, porém, o dispositivo contrário de lei. Arrima-se o nobre Procurador nas razões de voto proferido no Tribunal de Contas da União pelo douto ministro RUBEN ROSA. Será necessário recordar, primeiramente, que o indicado voto não se harmoniza com o pronunciamento do próprio Poder Legislativo Federal a respeito da matéria versada e que a decisão daquele Tribunal, com assento no mesmo voto, não reuniu a convicção de todos os seus membros, dentre os quais o saudoso OLIVEIRA VIANA, cuja conclusão em contrário suponho a mais precisa.

A nobre Procuradoria afirma que tal regime "contraria não só os princípios e tradições do direito administrativo brasileiro, como ainda a própria legislação". Peço vênica para entender que não há *tradições* contrariadas do nosso direito administrativo, nem existem princípios vulnerados do mesmo direito. O direito administrativo ainda não possui tradições nacionais e ainda é muito tenra a sua autonomia. País cuja organização constitucional e jurídica não se sedimentou em bases sociológicas estáveis, tal a congêrie dos rumos que o têm contraditoriamente orientado, ainda são imprecisos, no Brasil, os princípios do direito administrativo formalizado nas teorias dos nossos doutores.

A administração contratada é uma variante do processo de execução de obras por administração direta. Mesmo que alguns opositores possam considerá-la *inconveniente*, não lhe pesa a balda da *ilegalidade*. Empresário natural da obra pública, pode o Estado transferi-la, todavia, à administração que se apresente com melhores condições específicas, exonerando-se dos encargos de sua direção, da aquisição dos materiais e da própria contratação de operários. Neste caso, jamais o Estado se despoja do mais amplo poder de fiscalização, que o conduz à potestade de rescindir o respectivo contrato. A referida modalidade de execução das obras públicas corresponde, no direito francês, como sabido, à *execution en régie*, que se subdivide em *régie simple* e *intéressée*. As tónicas doutrinárias já foram recordadas no voto que proferi a respeito do contrato relativo à abertura do tunel Catumbi-Laranjeiras. Neste caso processado, análogo ao da *régie intéressée*, o diretor das obras, não sendo agente da Administração, é pago por uma indenização proporcional à despesa ou por uma participação nos benefícios ou lucros, não assumindo a responsabilidade dos riscos.

A verdade é que já existem exemplos de obras executadas por administração contratada, mesmo na órbita jurisdicional desta Cidade, sem que jamais tenham sido impugnados por este Tribunal, ou por qualquer dos ministros que o compõem. Agora, sem razão legal plausível, este mesmo plenário decide, de plano, em sentido oposto. Estou pretendendo ser fiel à minha própria convicção. Já que se emprestou relêvo à bibliografia arrolada no voto do ministro Ruben Rosa, devo realçar a impropriedade do novo rumo aberto à versátil jurisprudência deste Tribunal, à luz da própria história contada por um dos autores nela incluído (*in* ALBERTO BIOLCHINI, "Codificação da Contabilidade Pública Brasileira").

Apresenta-se, como típico, o caso do contrato relativo às obras e instalações do Arsenal de Marinha, celebrado já na vigência do Código de Contabilidade. O registro veio a ser negado pelo Tribunal de Contas da União, sob o fundamento de que "a administração contratada não está consagrada em nossa legislação, nem na tradição administrativa do país, não existindo lei especial que a houvesse autorizado no caso em aprêço". Mas tal fundamento foi repellido pelo próprio Poder Legislativo, que reconheceu a eficácia do contrato, conforme as razões com que o Presidente da República sustentou a inexistência de lei que impeça ou proíba a referida modalidade contratual. O Tribunal de Contas da União havia julgado ilegal um contrato em relação a cuja modalidade não existia, como não existe, lei proibitiva ou impeditiva. Tal julgamento ilegal veio a ser reparado pelo citado Poder Legislativo.

A Comissão de Tomadas de Contas da Câmara dos Deputados, em cujo parecer o Plenário se louvou, firmou este juízo:

"O que em absoluto, porém, não consta da legislação brasileira é que o Congresso Nacional, ao autorizar a execução de uma obra, simples ou complexa, de menor ou

maior importância, indicasse o sistema ou forma pelos quais elas deveriam ser contratadas ou aludisse às solemnidades de que houvessem de se revestir. Uma vez que, de qualquer modo, não se atente contra lei preexistente ou princípios gerais consagrados no direito público, a regra culminante nos contratos administrativos, como no direito civil, é a vontade concorrente dos que nêles se coobrigam. Daí ser o contrato a lei das partes, seja qual fôr a jurisdição a que se subordinem".

O tom persuasivo da réplica não aguça apenas o reparo exposto. O Tribunal de Contas da União havia articulado a irregularidade de forma, embora sem arrimo valioso. Como acentuou o referido parecer, êle sobrepôs o direito *ad constituendo* ao direito *constituto*, criando doutrina *sui-generis*, propriamente sua, que, não assentando em exigência nenhuma norma jurídica resultante de um texto explícito de lei, deixa de ter força para obrigar. Aquêlê esforço de interpretação dedutiva teve a prova de sua inanidade na repulsa do Presidente da República, ante a inexistência da lei que impeça ou proíba a modalidade do contrato. Em verdade "só os contratos feitos contra proibição de lei ou contra a ordem pública se tornam juridicamente impossíveis e como tais nulos". Descendo à minúcia doutrinária, o parecer aprovado pela Câmara dos Deputados recorda que se há, no Brasil, como na França, como em todos os países civilizados, partidários da empreitada simples, das obras por administração (*execution en régie*), há-os também da administração contratada (*régie intéressée*). Os Srs. Ministros dêste Tribunal de Contas passaram a antipatizar essa última variante, emprestando à força do sentimento pessoal o lugar privativo do sentimento da lei (*tollit justitiam, et violentia veram*).

Forçoso seria reconhecer, todavia, sobretudo nesta época tumultuada em que flutuam e variam os valores morais e materiais, que a *régie intéressée* abona a solução de graves problemas de administração pública. Quando há decência, pode ser até o preferido, escapando-se à via escusa de certas modalidades de contratos que instituem, originariamente, o chamariz dos aditivos cobiçosos. Agora, quando não há denominador comum para o cálculo dos preços e das especificações, quando os preços do dia não correspondem aos da véspera, entre imaginar-se a cavilosa *astronomia* dos excessos e das recuperações, ou preveni-la na seriação dos aditivos, é mais adequado a decência enfrentar a realidade de cada dia, na vigência da execução das obras. Ao Tribunal de Contas afigurou-se ilícita a administração contratada, por sair da generalidade. Mas, como escreveu Charles GeorGIN (*in* "Droit Administratif" — vol. 3.º, pág. 256), "pour les travaux d'importance qui exigent un matériel special au un personnel nombreux, il faut reconnaître qu'elle est inevitable en l'état actuel de l'organisation des services publics". O essencial, na regulação do contrato administrativo, não é a escolha do instrumento, mas "a consistência do trabalho e a consistência avançada pelos promittentes".

Na Comissão de Finanças do Senado, a palavra do relator veio a ser ainda mais persuasiva: "nos trabalhos públicos, o regime de administra-

ção contratada vem substituindo, com vantagem, o da administração direta por funcionários e agentes do Governo, ou das empreitadas por unidade de serviço". Acentuou-se, então, ainda uma vez, que "o fato de não haver lei que expressamente se aplique a essa modalidade de execução de obras por administração contratada não é motivo para considerar sem o necessário requisito de registro o contrato em causa, porquanto se não há lei que expressamente se refira a contrato de administração de obras, também não há lei expressa que proíba contratar essa administração". Em síntese, no plenário do Senado prevaleceu aquêlê mesmo pensamento com que a Câmara fixou a sua conclusão:

"A administração contratada é uma modalidade de obras e trabalhos públicos, feitos por administração direta do Governo, em que, não sendo dispensada a interferência dos seus agentes imediatos, como ocorre com tôdas as obras feitas por administração, não precisa de lei especial que a essa modalidade expressamente se refira e assim se enquadre nos dispositivos das leis que regem os trabalhos públicos feitos por administração direta do Governo".

A nobre Procuradoria valorizou a citação do ministro Ruben Rosa, que invocou a lição de Bielsa, segundo a qual o direito administrativo disciplina o regime jurídico da construção de obras públicas confiadas a estranhos e a ciência da administração fixa as normas de política financeira, insertas na lei de contabilidade pública. Não há quem recuse, sensatamente, tal compreensão. E' mesmo por estar capacitado pertencerem à ciência da administração as normas de política financeira originárias da lei de contabilidade pública que não me aventuro ao exame da *conveniência*, no julgamento do contrato. Mas a lição de BIELSA ainda será melhor entendida com a leitura textual de suas próprias palavras:

"Cuando la administración pública no puede construir una obra recurre al sistema de contrato de obra pública, que es substancialmente locación de obra. De sú régimen jurídico se ocupa el derecho administrativo. A la ciencia de la administración solamente le concierne el determinar cuando debe optarse por ese procedimiento y en qué condiciones. Desde luego, tanto por razones de orden técnico, especialmente de dirección y de reclutamiento de personal idóneo, como por motivo de orden económico-financiero, en no pocos casos le conviene a la administración pública encargar la construcción de la obra, total o parcialmente, a contratistas profesionales, en general a grandes empresas especializadas en las diversas clases de construcciones. Adviértase que este contrato de obra pública, aunque tiene la estructura de contrato de locación de obra de derecho privado, es contrato administrativo, lo que importa mucho senalar, pues la Administración pública está, por eso mismo, en un plano privilegiado respecto del contratista, y lo está en todo aquello que concierne ya a la determinación del objeto ya a la regularidad y continuidad de la obra, y al contralor de dirección. Aunque haya contrato, la administración pública puede — dentro de ciertos límites obligatorios para el contratista — modificar la extensión y el plano de la obra, en la misma forma que lo haría si ella a construyera directamente o por administración. El contralor de dirección asegura la eficiente y cabal ejecución. La determinación del objeto por la administración pública se explica, pues solo ella debe considerar las exigencias de los servicios públicos a los cuales las obras públicas se vinculan. La regularidad y continuidad se aseguran por ciertos poderes de substancia disciplinaria, como el de aplicar multas, el de suspender la obra, y finalmente por la atribución de rescindir el contrato".

Dentro de tal ordem de considerações gerais, Bielsa realça os poderes de substância disciplinar da autoridade administrativa, que culminam com a rescisão do próprio contrato, discorrendo, em seguida, sôbre a licitação pública, sem esquecer que, às vêzes, "*sus ventajas son más aparentes que reales*. E' que, com efeito,

"teniendo por objeto la adjudicación al que ofrece la construcción al menor precio, ella puede ser lograda por un proponente poco serio, y que luego resulta más o menos inconveniente, poco importa que contra él se ejercite el poder de aplicar multas, y aun el de rescindirle el contrato. *La mera licitación no evita siempre el favoritismo oficial si hay complicidad de los funcionarios públicos. Por ejemplo, la perspectiva de modificar la obra después de ser adjudicada aumentando los trabajos o materiales que tienen un precio unitario capaz de compensar la pérdida determinada por la reducción excesiva en otras partes de la obra, licitada originariamente, sobre trabajos de precio unitario más bajo*".

Face a razões tão ponderáveis, pode admitir-se a precedência na escolha, quanto a determinadas obras especializadas, sobretudo, do regime de contrato por administração — *execution en régie* ou *régie intéressée*. O assinalado regime tem as suas virtudes, quando há decência, isto é, quando há idoneidade no administrador contratado e quando sobra fidelidade no sentimento dos agentes incumbidos da fiscalização das obras públicas, por essa modalidade empreendidas. Então, o Poder Público terá coibido o mal crônico da prática vigente, que, na soma dos aditivos contratuais, institui o escoadouro dos engenhos bastardos, retirando da economia da gestão pública os lucros acrescidos aos resultados das emprêsas. O próprio ALBERTO BIOLCHINI não olvidou a corrente dos que invocam a alta *conveniência*, para o Estado, de confiar a execução de certos trabalhos a especialistas consumados, que talvez não se sujeitem ao processo da concorrência pública, ou que nesta não logrem a melhor classificação. Muita vez o malôgro deriva da própria licitação, por fôrça daquelas razões a que Bielsa se referiu e cuja alta essência moralizadora pode diluir-se nas fraudes que os têrmos aditivos venham a consagrar. A arguição pode ser boa, segundo o atestado do próprio Biolchini, "embora não sane a *imoralidade* do ato graça ao qual se podem distribuir os favores do Tesouro".

Não está provado, todavia, que a *imoralidade* inexistia nos demais regimes contratuais; sua maior fonte é a concorrência pública, que atrai licitantes diversificados no estôfo de tôdas as origens. Dentro do direito, não há pauta, nem denominador, para graduar, em medida absoluta, o senso moral dos licitantes ou dos agentes do Estado. A administração contratada pode livrar as autoridades e os agentes idôneos dos consertos irremovíveis que os empreiteiros inescrupulosos provocam, como alçapões, ante as encruzilhadas forçadas dos têrmos aditivos. E' de todo dia a prova desta verdade. A diferença que se pode acentuar entre a execução da obra pública contratada em regime de empreitada ou administração é facilmente ponderada: no primeiro, a substância moral que se imprime na correção contratual depende do empreiteiro, principalmente; no segundo, essa substância resul-

ta da proibidade das autoridades e dos agentes do Estado. Considerar a moralidade, como ponto de aferição, no julgamento da preferência, para conceder-se esta ao regime de empreitada, é tanto quanto reconhecer que os empreiteiros são mais idôneos do que as autoridades e os agentes do Estado. Eis uma conclusão que não quadra na prudência do Tribunal de Contas.

Ademais, não deixaria de ser legal o contrato, só porque se avança o juízo de não sanar a *imoralidade*. Ao Tribunal de Contas não cumpre julgar a moralidade dos atos administrativos, que não se caracteriza em direito e a favor de cuja preservação não há sanções capituladas em lei aplicável aos renegados ou infiéis. O desdobramento dêste princípio me conduziria fora dos lindes em que contendo os fundamentos dêste voto. Não há, ao menos, conceito legal de moralidade administrativa. O tema, doutrinariamente estudado, confinaria o do desvio do poder. Não sei, sequer, se a consciência jurídica é dominada por uma consciência moral irretirável. Mero juiz da legalidade de certos atos administrativos, em fóro restrito, o Tribunal de Contas jamais poderia funcionar à maneira de superior hierárquico da administração ativa, como poder incontrastável, que não é legitimamente reconhecido ao próprio Judiciário, nos regimes constitucionais de freios e contrapesos, como o nosso, onde a soberania nacional repousa na independência e harmonia dos Poderes dominantes. Como realçou o ensaísta português Antônio José Brandão, “o policiamento da legalidade é uma contrapartida do direito subjetivo público do administrado à legalidade do comportamento da administração, nunca o policiamento da oportunidade ou da moralidade das intervenções das autoridades administrativas”.

Eis por que, *data venia*, não encontro maior mérito na invocação do ministro RUBEN ROSA ao conceito do citado BIOLCHINI, transcrito no parecer da Procuradoria: “a administração contratada merece a mais *formal condenação*, aliás implícita nos arts. 244, 737 e 765 do Regulamento de Contabilidade, quando exigem que a celebração de qualquer contrato preceda a concorrência pública ou administrativa”. Além de não imprimir rigorosa e absoluta substância legal, ante as exceções prevenidas pelo próprio Regulamento invocado, a letra do conceito é contraditória: *condenação formal e implícita*. Um termo repele o outro, porque o que é formal é explícito.

Por fim, o eminente Procurador Edgar de Arruda vai ao ponto que interessa à conclusão dêste meu voto:

“Se não há disposição de lei federal, autorizando os contratos por *administração interessada*, é evidente que à legislação da União não pode o Distrito Federal recorrer para celebrar tais contratos, com fundamento no art. 18 § 3.º, da vigente Lei Orgânica, que lhe autoriza fundar-se nessa legislação, nos casos omissos.”

E em seguida:

“Aliás, o que nos parece é que, na hipótese, não há omissão, em face do art. 44 da referida Lei, que assim prescreve: “as obras e serviços da Prefeitura que não forem executados pela própria administração, assim como

o fornecimento de materiais e artigos destinados à municipalidade, serão contratados ou adquiridos por concorrência pública ou administrativa, na forma que a lei determinar”. Face ao preceito, a Prefeitura pode, *diretamente*, ela própria, executar as suas obras e serviços. Se lhe não convém fazê-lo, então só lhe é dado recorrer à realização de tais obras e serviços por meio de contratos precedidos de concorrência pública ou administrativa.”

Quanto ao primeiro termo da proposição, minha conclusão é exatamente inversa: não havendo preceito legal que impeça ou proíba a administração contratada, o Tribunal de Contas não tem competência para repelir contrato formalizado com base nessa modalidade, porque não lhe cumpre ir além do exame da legalidade dos atos administrativos, para censurá-los, quando evidente sua violação a preceito legal. Esta conclusão é idêntica à do Congresso Nacional, com base na mesma legislação em vigor no Distrito Federal, conforme acima demonstrado. Quanto à última parte da mesma proposição, fixo o entendimento de que não deve aventurar-se êste Tribunal de Contas à aceitação da tese sustentada no parecer da Procuradoria, não só porque, então, seria inaplicável o artigo 49 da Lei Federal n.º 830, a que recorre o Plenário a miúdo, para registrar adiantamentos, como também porque, vêzes sem conta, seguidamente, o mesmo Plenário tem violado o art. 44 da Lei Orgânica, inclusive para reconhecer, contra meu voto sempre reiterado, a legalidade do registro de despesas para obras e serviços a serem executados em regime de adiantamentos, até mesmo quanto a dotações orçamentárias destinadas a serviços adjudicados. A êste Tribunal de Contas falta autoridade, pois, para recusar registro ao contrato a que se refere o julgamento, com base no art. 44 da Lei Orgânica.

Tenho demonstrado, em inúmeras oportunidades, face a situações concretizadas, o procedimento hostil do Plenário ante às leis cuja boa aplicação lhe cumpre fiscalizar. São centenas as obras públicas e são centenas os serviços públicos já executados, com a expressa concordância dêste Tribunal de Contas, sem concorrência pública ou administrativa; sem contrato, sem ordem de pagamento: por simples adiantamentos indiscriminados e registrados contra os preceitos legais. Mas não julgo necessário revolver o passado, bastando-me a presença das decisões proferidas na sessão de hoje. Anoto apenas uma, dentre as muitas condições dos julgamentos dêste plenário. Uma que se refere a esta própria sessão e que se demonstra no confronto entre a decisão que negou registro ao contrato ora apreciado — recusa ilegal — e a decisão que ordenou registro a *adiantamento* de Cr\$ 750.000,00 — ordenação também ilegal — destinado à execução de obras no Teatro Municipal.

No primeiro caso, sem invocar lei proibitiva ou impeditiva, que não existe, faltando ao exame da legalidade para julgar indêbitamente a conveniência, o Tribunal recusou registro ao contrato vindo da administração anterior. No segundo caso, sobrepondo-se à lei impeditiva, que existe, ou violando o disposto na própria Lei Orgânica (art. 44), como no Regulamento de Contabilidade (art. 764),

mas erigindo a *conveniência* por princípio, o Tribunal concedeu registro ao adiantamento, que assim será aplicado em obras e serviços, independentemente de concorrência, de contrato e de ordem de pagamento; obras e serviços que passarão a depender, apenas, do arbítrio da autoridade administrativa. O contrato a que o Tribunal recusou registro, sem fundamento em lei, destinava-se à construção de um velório no Asilo São Francisco de Assis — casa de sofrimento — não se elevando a despesa a mais de Cr\$ 1.290.000,00. O adiantamento a que o Tribunal concedeu registro, com infração do art. 44 da Lei Orgânica, com infração do art. 764 do Regulamento de Contabilidade e com inobservância do art. 49 da Lei n.º 830, destina-se a obras de reparações, reforma e instalações no Teatro Municipal — casa de diversões — atingindo a soma de tais obras quase três vezes a importância recusada para a construção do velório e outras obras do Asilo (Cr\$ 3.304.635,30), dos quais já está franquiada a primeira parcela de Cr\$ 750.000,00.

O Tribunal considerou inconveniente o *contrato* celebrado para a construção de um velório no Asilo São Francisco de Assis, mas reconheceu a *conveniência* do *adiantamento* para obras livres de qualquer contrato, destinadas à suntuosidade do Teatro Municipal. Não se julgou foi a legalidade do contrato ou a ilegalidade do adiantamento. Eis como, dentro de uma mesma sessão, atende-se e recusa-se a conclusão do parecer da Procuradoria, com base no art. 44 da Lei Orgânica. O Tribunal louvou-se na conclusão do parecer, para recusar registro ao contrato de construção do velório, e desprezou a mesma conclusão, para ordenar registro do adiantamento relativo a despesas de reparações no Teatro Municipal. Eu estimaria não ter oportunidade para a formulação de reparos desta ordem. Estimaria, também, que houvesse registro adequado, no Tribunal, com o histórico das despesas sujeitas a registro. Então, talvez fôsse ainda mais deplorável, no controle dos gastos públicos, a fisionomia que se oferece à contemplação dos homens desejosos da defesa fazendária. E' que, parte do adiantamento ilegalmente registrado na sessão de hoje, concedido ao Teatro Municipal, parece destinar-se à execução de obras para cujo fim outro adiantamento já fôra registrado e aplicado no exercício passado, conforme comprovação a respeito de cujo estado ofereci reservas concludentes".

As dominantes do voto ora transcrito foram avisadas em seguida, na oportunidade aberta pelo exame de outro contrato, através de cujo texto e em função de cuja obra programada pude considerar o aspecto prático da questão, que revela quanto ao interesse administrativo pode satisfazer, em determinadas hipóteses, a preferência ao regime de administração contratada, sem que se ofereça detrimento aos princípios codificados de contabilidade pública. A hipótese estudada define a *conveniência* do citado regime, em harmonia com os preceitos da legalidade.

"Este meu voto define-se no sentido da decisão proferida. Torno expresso, todavia, que, ao

contrário dos demais Srs. Ministros, minha recusa não se funda no fato de tratar-se de obra a ser executada sob regime de administração contratada. O último entendimento da maioria deste Tribunal de Contas, em oposição ao seu próprio e constante entendimento anterior, resulta do pressuposto de que a administração contratada constitui regime ilegal. Então, com a marca dessa conclusão mais recente, forçoso é reconhecer que terão sido ilegais tôdas as anteriores ordenações de registro, relativas a contratos celebrados para a iniciação, continuação e ultimateção dessas mesmas obras a que se refere o processo.

Não será necessário afastar minha vista do processo, para encontrar a prova de que, ante o novo pronunciamento da maioria dos Sr. Ministros todos os consumados pronunciamentos anteriores foram redondamente ilegais. Este Tribunal de Contas desviou-se do caminho a que vinha permanecendo fiel, para seguir rumo por uma variante nova, na realização contraditória do seu próprio destino. Limito-me à evocação dos seus atos, face à sorte das obras mencionadas no processo:

a) Contrato de locação de serviço para a execução das obras do edifício a ser construído na Rua da Misericórdia n.º 41; convertido o julgamento em diligência na sessão de 25 de fevereiro de 1949 e registrado na sessão de 12 de abril do mesmo ano (*administração contratada*).

b) Contrato de locação de serviço para o prosseguimento das obras do edifício a ser construído na Rua da Misericórdia n.º 41; convertido o julgamento em diligência na sessão de 22 de maio de 1951, "para que, em termo aditivo, se façam as correções indicadas pelo Corpo Instrutivo", e registrado na sessão de 23 de outubro do mesmo ano (*administração contratada*).

c) Contrato de locação de serviço para a execução das obras do edifício já em construção na Rua da Misericórdia n.º 41; convertido o julgamento em diligência na sessão de 8 de agosto de 1952, "de acôrdo com as informações e parecer da Procuradoria", e registrado na sessão de 19 de agosto do mesmo ano (*administração contratada*).

Agora, surpreendentemente, este mesmo Tribunal, pelo voto da maioria dos Srs. Ministros, face a novo contrato relativo à mesma construção, que vem sendo realizada e está sendo ultimada por etapas, à medida da obtenção dos créditos; contrato, como todos os anteriores, sob regime de locação de serviço — administração contratada — decidiu de modo imprevisto, perturbando interesse administrativo vital. Segundo a nova edição revista deste egrégio órgão, a administração contratada não tem assento legal, sendo contrária à legislação em vigor. Importante se torna realçar que essa legislação em vigor, agora invocada na recusa do registro, é a mesma legislação aplicada em todos os demais contratos anteriores, que foram registrados.

Já tenho opinião escrita a respeito da arguida ilegalidade do regime de obras por administração contratada e continuo coerente com meus votos proferidos a favor do registro daqueles indicados contratos anteriores, seguro de que não é ilegal o regime intempestivamente repellido. As obras públicas, quando apresentam característicos peculiares, específicos ou especializados, podem ser preferentemente executadas sob regime de administração contratada, possibilitando-se à sua adequa-

da realização o concurso de quem possa satisfazê-las com maior propriedade.

Com êste entendimento, que copia a opinião mais versada e experiente, chego a extrair, neste caso concreto, uma conclusão que arrima a substância desta minha divergência fundamental: se o Plenário houve por bem considerar legais os contratos anteriores, aos quais concedeu registro, ainda com maiores razões deveria reconhecer a legalidade dêste último, a que, entretanto, recusou registro. *E' que mais da metade da despesa empenhada para atender à execução se destina às obras especializadas de instalação da televisão oficial, que reclama técnica própria, singular, privativa de uma engenharia de que não se conhecem muitos exemplares na atividade profissional em voga no país.*

Está declarado no processo, textualmente com as tintas oficiais da escrita lavrada pela autoridade responsável, que Cr\$ 7.000.000,00, do total de Cr\$ 12.000.000,00, são destinados à referida instalação. Se o contrato tivesse sido celebrado com firma especializada, no montante restrito àquela instalação, poder-se-ia caracterizar, legitimamente, a hipótese do regime de administração contratada. Tal regime é legal e deriva da própria aplicação do Regulamento Geral de Contabilidade, bastando combinar a letra da alínea *b* do artigo 246 com a letra do art. 766. E' que a concorrência pública é dispensável "para a realização de trabalhos que puderem ser efetuados por profissionais especialistas" (art. 246, alínea *b*) e os contratos de locação de serviço, desde que observadas as demais formalidades necessárias à sua validade, consoante o disposto no art. 767 do mesmo Regulamento, sujeitam-se aos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, "no que concerne ao acôrdo de vontade e ao objeto" (art. 766).

Afora isso, tudo mais que a legislação impõe à sua celebração e eficácia diz respeito expresso ao que dentro dêles se estipula, aprova e conduz à execução. A estipulação, aprovação e execução é que se submetem às normas gerais. Não haveria de ser a natureza jurídica do próprio contrato eis que soa, com o assentimento expresso da lei, como princípio que rege os contratos de direito privado, no pertinente ao acôrdo de vontades e ao objeto. A forma contratual legalmente reconhecida no direito positivo só poderia ser repelida, ante a Administração Pública, se expressamente vedada.

Eis como me parece demonstrada a legalidade do regime de administração contratada, aliás comunicada pelo Executivo ao Legislativo, neste caso concreto, sem nutrir impugnação de nenhuma espécie. Além de legal, tal regime pode ser reconhecido conveniente, útil ou oportuno ao senso privativo do administrador responsável. Caso típico seria êste da instalação de uma televisão nos quadros de serviço público de difusão da cultura. Eis uma obra a cuja realização se recomenda o concurso preferencial dos profissionais de engenharia especializada, que, muita vez, não se sujeitam

a nivelamento, em concorrência, com profissionais ecléticos, não pelo desproveito de uma classificação secundária, quanto a preços, mas pelo dano que ao seu renome técnico poderia produzir a perda da adjudicação, determinando a inesperada valorização fictícia de concorrente desarmado das singulares condições especializadas que lhes aboam a idoneidade; condições alheias ao jôgo do confronto rigidamente regulado no processo de concorrência.

Nesse caso típico da instalação de uma televisão, não há quem possa desaconselhar, sensatamente, o regime de administração contratada, que possibilita ao serviço público a dupla vantagem de beneficiar-se com uma realização atendida nos melhores moldes de eficácia e apuro, executada por mãos de mestres, e a de perseguir melhores proveitos de economia na inversão da despesa, aplicando a administração os recursos privativos do seu poder, na aquisição do material sujeito à importação, pautada em condições mais favoráveis de preço, tanto por ajustá-lo a câmbio mais satisfatório quanto por beneficiá-lo com o direito à imunidade fiscal. Seria evidente, pois, no caso, a vantagem da administração contratada, agora fulminada, intempestivamente, pela maioria dos Srs. Ministros.

Minha oposição aos termos do contrato ora em julgamento não resulta da natureza jurídica do instrumento formalizado, mas da convicção de não configurar a hipótese legal e jurídica do regime que se pretendeu adotar. A administração contratada funda-se na confiança que o contratante porventura mereça da autoridade responsável, face àquelas razões de ordem excepcional a que acima me referi. Entretanto, o contrato estipula o direito de subempreitar o contratante as obras diretamente ajustadas, desfigurando aquela referida natureza jurídica e fazendo admitir que a subempreitada se destina, exatamente, a atender ao objeto precípua do caso em que se torna justificável a preferência ao próprio regime. E' certo que não pode cuidar de subempreitada o contrato que não caracteriza empreitada.

A subempreitada seria uma delegação com que se transfere do poder público, para o exercício do particular, o direito de administrar o interesse da Cidade, com força para removê-lo à diligência de terceiros, fora do quadro das relações entre os contratantes que participam da execução do ato administrativo. E' evidente que, na hipótese, não se configura a existência de uma administração contratada, mas de um contrato de empreitada desobediante aos preceitos de direito impostos à sua sujeição, com a agravante de permitir a descaracterização da própria responsabilidade dos executantes das obras, longe do contrôlo dêste Tribunal de Contas, quanto às ordens de pagamento, e fora do ciclo em que a fiscalização administrativa deverá exercer-se.

Ademais, em inúmeros outros pontos, a desfiguração jurídica e legal se mantém acentuada, inclusive em relação à soma de poderes conferidos ao Engenheiro Fiscal, cujas atribuições se confundem com as do próprio responsável pela direção

central da Administração Pública da Cidade, as quais, por serem privativas, não poderiam ter sido delegadas. Vindo assinado por um servidor que não representa, legalmente, essa referida administração, o contrato permite ao Engenheiro Fiscal alterar os próprios projetos de construção, independentemente de aprovação da autoridade superior. A cláusula 3.^a deveria ter sido revista, antes de adotada.

Adiante, na cláusula 4.^a, o contrato alude* a especificação de obras que o integram. Tais especificações, presumo, teriam sido aprovadas por aquela referida autoridade. Mas, já na cláusula 6.^a, denuncia a inexistência dessas mesmas especificações, eis que autoriza ao próprio contratante organizá-las, com poderes para fixar as condições de compra do material. Assim, a obra destina-se a ter desenvoltura, independentemente da própria administração, observando-se que êsse contrato a que ela se refere consubstancia cláusulas que se repelem em pontos fundamentais.

A cláusula 9.^a admite a plena liberdade de ação e administração da contratante, reduzindo a coisa alguma o poder administrativo da autoridade pública responsável. A cláusula anterior (8.^a) admite contratos de subempreitada, celebrados e rescindidos mediante atos de aprovação da Prefeitura, sem referência alguma ao exame de tais instrumentos, se êles fôssem admissíveis na espécie, por êste próprio Tribunal de Contas. Êstes e outros pontos eivam, mortalmente, a sorte do contrato inteiro e recomendam a integral revisão do seu texto, para que se ajuste aos princípios do direito e aos preceitos da legislação.

Como em algum caso anterior, a cláusula 13.^a admite, concorrentemente, além do pagamento da percentagem fixada pela prestação do serviço locado, que a contratante faça jus a determinado prêmio de economia. Em verdade, uma forma de remuneração deveria excluir a outra, não me parecendo que essa dívida possa quadrar naquela hipótese do regime de administração contratada, eis que desmerece, em substância, a razão de ser da preferência que o interesse público lhe conceda à vista da própria fisionomia da obra a executar-se. Ademais, a previsão do indicado prêmio só poderia ser considerada com base em dotação própria de despesa ou mediante autorização legal.

Mas o ponto que se apresenta com baldas extremas é marcado na cláusula 20.^a. Êle denuncia o contraditório estado de petição com que o poder público se oferece ao contratante, insinuando a subversão dos princípios que vitalizam o direito administrativo. Relega-se a fórmulas de *arbitramento* tôda questão que surgir entre a Prefeitura

e a referida contratante. Ambas aparecem em plano nivelado, renunciando o poder público ao inerente à sua própria qualidade, ou cedendo-o, por metade, à pessoa de direito privado com que celebrou o contrato. Aquelas prerrogativas que são intransferíveis do Estado e que atribuem às suas autoridades administrativas potestade que se extrema no recurso à própria rescisão do contrato são amplamente subestimadas, desapreçadas e sacrificadas. A maneira pactuada para o *arbitramento* não poderia ser mais desairosa ante as referidas prerrogativas.

As razões expostas bastam à fixação do entendimento conclusivo: o instrumento formalizado descaracteriza a hipótese de execução de obras públicas sob o regime de administração contratada, demonstrando em pontos variados do texto, alguns dos quais diretamente referidos acima, a ilegalidade do ato administrativo trazido ao exame do Tribunal de Contas. Cinjo-me à apuração da referida ilegalidade, para não descer ao estudo da própria existência jurídica do ato, bastante duvidosa à luz dos requisitos de direito que deveriam revesti-lo. Limito-me a esta declaração de voto".

* * *

Vai muito extenso êste escrito, que não tem outro mérito senão o de avivar o estudo de um tema sem dúvida merecedor de maiores estímulos eis que interessa à solução de variados problemas de administração fazendária: — rigidez de princípios e flexibilidade de meios são corolários da ordem em cujo teor floresce o bem público. A par de uma legislação avisada, que caracterize tôdas as formas de malversação; que defina, discriminadamente, a responsabilidade das autoridades administrativas; que objetive os abusos ou desvios do poder, face à Fazenda; que capitule as sanções relativas aos responsáveis e infratores e que institua regime processual peculiar, é flagrante o imperativo de uma legislação contábil que favoreça, em vez de embaraçar, a salutar atividade administrativa do Estado.

A legislação contábil em vigor parece feita para comprometer e não para disciplinar e alentar a dinâmica da vida funcional dos órgãos públicos, logrando êste resultado contraditório: — deixar livres os que conluíam com a alicantina e amarrar os que se deixam atrair à defesa do interesse público. Forçoso é reconhecer a urgência de uma nova ordem que liberte o administrador probo e capaz, ao sol, sem que seus movimentos se esterilizem ou dissolvam à sombra em que o acóita o temor da denúncia fundida na ferrugem do arame que aferra as farpas da legislação fanada.

