

Contratos com a União

PLINIO PALHANO

A TESE defendida por Duguit de que não há diferença entre o contrato civil e o contrato administrativo está, no moderno conceito, inteiramente vencida. O assunto percorreu verdadeira gama e foi-se tornando pacífico através de gradações, até depurar-se inteiramente. Já não há mais quem discuta, face ao direito positivo, a real singularidade do vínculo com o Estado.

É verdade que êsse contrato tem, como todos, raízes no direito civil e, em princípio, obedece às normas traçadas pelo Código. A capacidade para contratar com o Estado não é, por exemplo, cogitada no direito administrativo, desde que são incapazes para firmar contrato administrativo os mesmos incapazes para os atos cíveis. Mas aí já se delineia uma primeira e substancial distinção entre contratos civis e administrativos. É que, enquanto nos primeiros se exige capacidade de ambas as partes contratantes, nos segundos, sendo o Estado um dos vinculados, só se obriga à prova, como é claro, a outra pessoa, cuidando-se, quanto ao representante do Poder Público, apenas, de examinar a sua competência para firmá-los.

Em direito civil admite-se o contrato verbal e o por instrumento particular. Na esfera administrativa tais contratos não podem existir.

Os contratos administrativos são flexíveis, podem ser modificados em qualquer tempo de sua execução, por termos aditivos, enquanto os contratos civis são imutáveis, pelo menos teòricamente.

A Constituição vigente subordinou os contratos "que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa", ao julgamento, quanto ao aspecto legal, do Tribunal de Contas, só sendo reputados perfeitos depois de registrados por êsse Instituto. Não tem mais razão de ser a classificação do art. 232 do Regulamento-Geral de Contabilidade Pública, dos contratos administrativos em *perfeitos e imperfeitos* (perfeitos, aquêles nos quais todos os elementos relativos ao objeto, prazo, quantidade, preço, etc. estão fixados definitivamente; e imperfeitos os em que uma ou alguma dessas condições contratuais não estejam determinados). Isto porque essas condições, variáveis, embora, em cada caso, são sempre exigíveis pelo Tribunal de Contas, não sendo exequível o contrato imperfeito, cujo registro não será feito.

Todos os contratos, portanto, com a Administração, que dizem respeito à receita ou à des-

pesa, qualquer que seja o seu tipo, sejam ajustes, acòrdos ou outros atos simplesmente obrigacionais, não têm validade senão depois da formalidade do registro pelo Tribunal. Evidencia-se, só por isto, a manifesta diversidade jurídica entre os contratos administrativos e os demais. O rito naqueles é complexo e a solenidade é de sua substância.

Senão, vejamos. Antes do registro pelo Tribunal de Contas, muitos requisitos específicos são obrigatórios, a saber:

1 — publicidade, dentro de 20 dias, contados da assinatura;

2 — remessa ao Tribunal, no prazo também de 20 dias, depois de publicado o contrato no *Diário Oficial* ou, nos Estados, no órgão que inserir os atos do Governo;

3 — juntada ao contrato de tòda a documentação própria, que, conforme a sua espécie, consta do seguinte:

processo de concorrência (contratos de execução de serviço ou fornecimento de material);

prova de personalidade jurídica (registro da firma ou contrato social);

certidão da lei dos 2/3 (empresas ou firmas empregadoras);

prova de quitação com o impòsto de renda, feita por certidão;

prova de quitação com o serviço militar do signatário;

prova de exclusividade comercial (dispensa de concorrência);

especificação do material (obras ou fornecimento);

prova de nacionalidade;

prova de registro no C.R.E.A. (contrato de construção);

prova de mandato, quando não é o próprio quem firma o contrato;

prova de capacidade técnica (admissão em cargo técnico);

fólha corrida ou atestado de conduta firmado por dois funcionários (admissão como extranumerário);

atestado de vacinação antivariòlica (idem).

Sendo ainda exigível no texto do ato, conforme, ainda, a sua natureza, a classificação orçamentária, o número do empenho respectivo, a previsão dos créditos nos exercícius seguintes, se o contrato abranger mais de um, e a fixação do início e do término da obrigação.

E, por cima, ainda dispõe o Código de Contabilidade normas sem o cumprimento das quais se invalidam os contratos, como sejam:

- a) competência da autoridade celebrante para empenhar despesa;
- b) legalidade do objeto do contrato e conformância da despesa prevista com o quantitativo e duração dos créditos;
- c) citação expressa da lei em que o ato se fundamenta e da verba ou crédito;
- d) especificação detalhada do serviço a ser feito ou do material a ser fornecido e indicação dos respectivos preços;
- e) conformidade com o resultado da concorrência prévia; e
- f) respeito às disposições do direito comum e da legislação fiscal.

O limite máximo do prazo de execução é de cinco anos, nos casos de arrendamento de prédios e execução de obras vultosas.

É, como se vê, copiosa a legislação e regulamentação com que se procura cercar dos maiores cuidados e garantias a celebração do contrato administrativo, o qual, formalmente, em nada se assemelha ao contrato ordinário, cuja simplicidade é patente, defluindo a estrutura e execução dêste do mero consenso das partes, podendo ser efetivado até por instrumento particular, sem interferência, portanto, de qualquer órgão público, quando para prevalência apenas entre os acordantes.

Não cabe aqui a discussão das desvantagens para a administração pública advindas, obviamente, dessa inevitável complexidade do contrato administrativo. Mas é forçoso reconhecer-se que enormes são as dificuldades do agente do Estado em face das delongas fatais na execução dos serviços a seu cargo, nos casos em que os contratos são necessários. Repartições industriais, como o Departamento de Imprensa Nacional, Casa da Moeda, se vêem muitas vezes em situações embaraçosas quando, necessitando de determinada máquina, cujo valor exceda a Cr\$ 500.000,00, têm que, antes de adquiri-las, preencher tôdas essas formalidades, embora, como acontece, o material esteja pronto para entrega imediata, reservado pela firma, à espera só do registro do respectivo contrato...

Temos que aceitar a realidade: os administradores evitam, de tôdas as maneiras, os contratos. Quando o material é divisível, fazem compras parceladas. Quando indivisível, sujeitam-se ao ritual forçosamente lento da obrigação formal. E é de crer-se que a maioria, não fôsse tal complexidade, preferiria disciplinar as suas despesas pelos contratos e respectivo registro do Tribunal de Contas. Assim estariam livres de qualquer suspeita, suas contas seriam limpas de erro. Mas a necessidade imperiosa do serviço, envolvendo seu nome e prestígio de administrador, transcende êsses cuidados e, ante a demora, preferem assumir

o risco. Dividem a compra. Furtam-se ao contrato.

Por outro lado, o Estado, longe de se beneficiar, prejudica-se em certos casos. Vamos exemplificar: o Departamento Federal de Compras publica um edital para fornecimento de Cr\$ 2.000.000,00 de tecidos, peças de vestuário, etc. Na apuração do resultado da concorrência, muitos são os proponentes vencedores, nos diversos itens. Alguns alcançam parcelas vultosas, outros, quantias pequenas. Convocados todos os adjudicatários para apresentação de documentação destinada à instrução do contrato, os fornecedores menos afortunados verificam que, ante a despesa com essa documentação, publicação no *Diário Oficial*, depósito de caução, etc., não é compensador o fornecimento. E desistem. No entanto, reunidos, somam importância considerável. Passa a adjudicação para as mãos do imediatamente colocado. E o preço sobe.

No contrato administrativo, a pessoa de direito privado adere à vontade do Estado, na maioria das vezes. Noutras pode estabelecer condições em seu proveito, mas sempre sujeitas não só aos regulamentos (cláusulas prefixadas), como, principalmente, ao interesse efetivo da administração pública.

E' verdade que o contratante com o Estado tem liberdade de contratar ou não, mas há, em todos os casos, de considerar-se a preeminência do interesse público, da vontade estatal, quase sempre delineada previamente.

O acôrdo de vontade não tem, no contrato administrativo, a elasticidade ou flexibilidade do consenso simples dos contratos de direito comum. Não há colaboração na contextura. Num contrato de fornecimento de material, por exemplo, o contratante entra com o preço e o prazo de entrega já anteriormente escolhidos (pelo Estado) entre os demais concorrentes. Obriga-se o fornecedor a caução, sujeita-se a multas, junte-se à disciplina unilateral do contrato, sem mais direitos senão o de receber o pagamento, mediante a garantia precária do empenho, depois de entregue o material. Há inteira subordinação, e o acôrdo não passa de conformação de uma das partes. O Estado não concorda "em se submeter ao regime especial de direito público", como se entende de um dos itens da teoria de Jéze, exposta por Temístocles Cavalcanti. Quem há de concordar é a outra parte, porque a vontade do Estado já deve estar, por natureza, disposta dentro nas normas do direito público dêle emanadas.

O Estado não se obriga senão ao pagamento. Não se pode equipará-lo ao particular com êle vinculado, pois que as obrigações e os riscos dêste são em maior número. Já no contrato civil, a não ser os aleatórios, presume-se equivalência de direitos e correspondência bilateral de obrigações.

Mesmo na locação de próprios da União o Estado se avanta como parte dominante, embora seja privado o fim do arrendamento, porque, não obstante, não configurada a utilidade pública do destino do prédio, o contrato se funda não na lei comum mas em diploma especial. Dispõe o artigo 87 do Decreto-lei n.º 9.760, de 5-9-46:

“A locação de imóveis da União se fará mediante contrato, não ficando sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação.”

Contém ainda o citado Decreto-lei determinações reveladoras do *imperium* do Estado, como sejam:

“Art. 89. O contrato de locação poderá ser rescindido:

.....
 III — quando o imóvel fôr necessário a serviço público, e desde que não tenha a locação sido feita em condições especiais, aprovadas pelo Ministério da Fazenda.

§ 1.º Nos casos previstos nos itens I e II, a rescisão dar-se-á de pleno direito, imitando-se a União sumariamente na posse da coisa locada.

§ 2.º Na hipótese do item III, a rescisão poderá ser feita em qualquer tempo, por ato administrativo da União, sem que esta fique por isso obrigada a pagar ao locatário indenização de qualquer espécie, excetuada a que se refira a benfeitorias necessárias”.

E tais contratos de locação de prédios têm que ser, também, como ordena a Constituição, obrigatoriamente registrados pelo Tribunal de Contas, sob as mesmas exigências legais e regulamentares.

Como se verifica, inclusive nesses casos, o Estado fica em situação *sui generis*. Mesmo porque o fim de serviço público, conforme admitem os autores e a prática mostra, só por si não caracteriza o contrato administrativo, pois nem sempre o serviço público é o objeto do contrato e, independentemente disto, o contrato, com fim de ordem privada, sendo parte o Estado e interessando à receita ou à despesa, será obrigatoriamente celebrado sob idêntico rito ao usado nos de finalidade pública. O que predomina para a conceituação do ato é a interferência do Estado como parte. E a presença do Estado na obrigação jurídica torna-a também de direito público, seja qual fôr o fim previsto, por haver sempre um interesse público em jôgo.

Neste particular também se digladiam os autores, isto é, se o contrato administrativo é de direito público ou de direito privado, havendo os que propõem a fórmula conciliatória de que, conforme a sua natureza, pode ser uma coisa e outra. Os últimos atentam para a locação de prédios da União destinados a moradia particular e tais contratos são sempre citados. Mas, como acabamos de ver, não pode haver nenhuma confusão também neste particular.

Falece-nos autoridade, mas a tese verdadeira, a nosso ver, é a de que êsses contratos não só devem ser classificados como administrativos, to-

mando assim caarcterística bem precisa e específica (ponto já pacífico), mas igualmente devem considerar-se de direito público, porque, mesmo em alguns casos, se regendo pelas normas de direito privado, até determinado estágio, há sempre uma subordinação às leis fiscais e aos regulamentos da administração.

“Todos êles têm a marca do Estado” — diz Temístocles — “e, por isso mesmo, sofrem a influência que lhes imprime a intervenção do poder público.”

A afirmação de que êsse contrato pode ser privado, quando estiver em jôgo o interesse de uma simples pessoa jurídica, parece não deva prevalecer, visto como qualquer que seja a obrigação contraída pela administração, ou o vulto do interesse, êste é sempre público e afetará de qualquer modo a Nação.

Tanto é que a Lei n.º 830, de 23 de setembro de 1949, que reorganizou o Tribunal de Contas da União foi além: equiparou, para fins de registro, os simples ajustes e acôrdos aos próprios contratos (art. 60). Não excluiu nenhuma obrigação por sua maior ou menor importância.

E que são ajustes e acôrdos? A definição capaz de distingui-los do verdadeiro contrato não é fácil.

O Departamento Federal de Compras, até 1949, realizava ajustes com os adjudicatários das concorrências permanentes. Tais atos se destacavam da concorrência para garantir ao D.F.C. certas condições não expressas no edital, por ser em parcelas o fornecimento, durante certo período, à medida das necessidades, sujeito portanto o preço a variações da praça, o que poderia ocasionar evasivas do fornecedor súbitamente desinteressado na venda a preço fixo.

Êsses ajustes compunham-se de cláusulas referentes ao material a ser fornecido; com obrigação de manter a firma os artigos à disposição do D.F.C. no prazo convencionado; e relativas a sanções previstas em lei, com o direito de a reparição, no caso de inadimplemento por parte da firma de qualquer das obrigações, de adquirir o material em falta onde e a quem lhe aprouvesse, correndo a diferença de preço, acaso verificada, por conta da firma obrigada, mediante desconto nas faturas a serem pagas.

Em alguns casos exigia-se caução da firma, sendo que êsses ajustes eram feitos também para os fornecimentos comuns além de Cr\$ 100.000,00 até Cr\$ 500.000,00, quando, a critério do D.F.C., na dúvida da perfeita idoneidade da firma, se temia que esta fugisse mais tarde do fornecimento, por êste ou aquêle motivo.

Eram, como se verifica, instrumentos de validade apenas no D.F.C. e realizados para os fornecimentos até o limite de Cr\$ 500.000,00, além do qual se exige o contrato registrado pelo Tribunal de Contas.

Depois da Lei n.º 830, êsses ajustes também ficaram sujeitos a registro e às mesmas disposições relativas aos contratos. O interesse pequeno, a importância secundária do ajuste, o seu caráter comercial específico, de ordem quase privada, não o isentam, hoje, das formalidades legais, face ao preceito da Lei Orgânica do Tribunal. Realizado o ajuste, terá que obedecer, como legítimo contrato administrativo, ao rito estabelecido.

Com os *acôrdos* se dá o mesmo. Só que êstes geralmente se realizam entre a União e os Estados, para execução de serviços locais de interesse nacional. Por isso a documentação exigida é mínima, variando de acôrdo com a sua natureza.

O art. 60 da lei citada fala ainda em outros atos jurídicos análogos. Naturalmente o legislador previu a fuga pela sinonímia, o que seria bem possível. É de examinar-se, no caso, se os editais de concorrência são dêsses atos. Em tese, parece

que sim. São atos obrigacionais, com unilateralidade, mas perfeitos, no consenso, pela adesão da firma proponente que, escolhida, fica sujeita a penalidades pela entrega de material fora da especificação ou do prazo ali ajustado. Mas, se o Tribunal tivesse que registrar tôdas as concorrências, não faria outra coisa. Só o D.F.C. apresentaria em média 10.000 por ano! Restringe-se, assim, aquela Côrte, a examinar as concorrências e guardá-las para maior apreciação por ocasião do exame das ordens de pagamento a elas vinculadas.

O que é evidente é que a Lei n.º 830 ampliou o conceito de contrato administrativo, nivelando entre si as obrigações do Estado ou para com o Estado, ao dar-lhes o mesmo tratamento.

Pode-se, à vista disso, isolar qualquer um dêsses atos por seu menor interesse, dando-lhe feição privada? Parece-nos que não.