

CONTRATO ADMINISTRATIVO — CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS — SUSTAÇÃO DO CONTRATO

— Na atual sistemática, os contratos administrativos se tornam perfeitos e acabados e adquirem eficácia independentemente do controle do Tribunal de Contas, que a posteriori se instaura.

— A sustação do contrato pressupõe vício de legalidade específico e comprovado que se oponha à força obrigatória do pacto, para sustar-lhe a execução.

\ PARECER

I

O Consórcio Construtor Viário, constituído pelas firmas Construtora Ferraz Cavalcanti S.A. e Empresa Melhoramentos e Construções EMEC S.A., firmou, a 20 de agosto de 1970, contrato de empreitada com o Governo do Estado de Santa Catarina, representado pela Secretaria Executiva do Plano de Metas (PLAMEG), tendo como objeto a construção das obras da ponte de ligação da Ilha de Santa Catarina ao continente.

O contrato foi precedido de concorrência, regularmente realizada, nos termos do Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, aplicável aos estados por força da Lei n.º 5.456, de 20 de junho de 1968 e na conformidade do Decreto estadual n.º 8.755, de 15 de dezembro de 1969, que dispõe sobre as licitações. Foram, ainda, assinados termos de aditamento ao contrato, respectivamente, em 21 de outubro e 13 de novembro de 1970 e 13 de janeiro e 5 de fevereiro de 1971, vinculando recursos financeiros, dis-

pensando o PLAMEG de cláusula penal antes estipulada e distinguindo, para efeito de faturamento, os serviços das firmas consorciadas.

O contrato foi anotado pela Junta de Controle, em 9 de setembro de 1970 e o início de execução das obras — que se revestiam de urgência pelo risco de desmoronamento da ponte velha existente — foi autorizado mediante Ordem de Serviço n.º 14-A/70, de 1.º de outubro de 1970, subscrita pelo Engenheiro Coordenador Geral.

Mediante Lei n.º 4.514, de 21 de setembro de 1970, o Poder Executivo estadual foi autorizado a contrair empréstimo especialmente destinado ao financiamento da construção da ponte, tendo sido igualmente autorizado, pela Resolução n.º 72, de 30 de setembro de 1970, do Senado Federal, a contratar, no exterior, operação de crédito para aquele fim, até o limite de US\$10.000.000 (dez milhões de dólares).

A Lei n.º 4.536, de 24 de novembro de 1970, incluiu o projeto da nova ponte no Orçamento Plurianual de Investimentos, imputando-lhe os recursos resultantes de auxílio concedido pelo Governo Federal, objeto de crédito suplementar aberto (Decreto estadual n.º 9.844, de 19/10/70) e do empréstimo externo de dez milhões de dólares.

Fundado na autorização do Senado, o Governo do estado realizou operação de crédito externo, no valor de *cinco milhões de dólares*, garantida pelo aval do Governo Federal, conforme contrato pactuado, em 15 de janeiro de 1971, com o Banco do Brasil S.A., obrigando-se o estado a aplicar os recursos do empréstimo exclusivamente no custeio da obra da nova ponte.

Submetido o contrato ao exame do Tribunal de Contas do Estado, para o controle *a posteriori*, como especificado na Constituição Estadual, adaptada ao sistema da Carta Federal, decidiu o colegiado, em 13 de abril de 1971, representar à Assembléia Legislativa,

com base no art. 81, § 6.º, da Constituição, propondo fosse sustada a execução do contrato. Rejeitado pedido de reconsideração do Consórcio, consumou-se a representação através do ofício n.º 1.578/71, de 29 de abril de 1971.

A Assembléia Legislativa, mediante Decreto Legislativo n.º 52, de 20 de maio de 1971, declarou subsistente a impugnação e, em consequência, sustou a execução do contrato.

Os motivos determinantes da proposta de sustação do contrato, enunciados no voto do Relator e adotados na decisão do Tribunal de Contas, que a Assembléia Legislativa acolheu, foram os seguintes:

a) a licitação não teria sido precedida de orçamento preliminar da obra que permitisse ajuizamento dos preços propostos pelos concorrentes;

b) o edital da concorrência fixou outras exigências, além das previstas na lei, importando em condições limitativas da competição;

c) o contrato, estipulando preços unitários específicos e quantidades determinadas de serviços, estabeleceu um valor global aproximado, o que representaria um preço aleatório;

d) o edital admitia a apresentação, pelos concorrentes, de projeto variante do projeto oficial;

e) os preços unitários estabelecidos no projeto variante são mais elevados do que os do projeto oficial;

f) houve, quanto a um dos itens, proposta de preço mais barato, de outro concorrente (execução de aterros);

g) não houve parecer conclusivo da Comissão da Concorrência, quanto à adoção do projeto variante;

h) não foi demonstrada a existência de crédito orçamentário suficiente para a execução da obra e a previsão desta no orçamento plurianual de investimentos.

Durante o período de execução do contrato, até ser sustado pelo ato da Assembléia Legislativa, a Construtora

Ferraz Cavalcanti S.A. realizou serviços, conforme as determinações da fiscalização, os quais foram medidos e avaliados, expedindo-se as faturas, que foram processadas, inclusive com recolhimento das taxas de expediente. Duas das faturas foram pagas, mas as restantes, no valor de Cr\$ 12.756.884,21, apesar de processadas, não foram liquidadas. Outra parcela do serviço, correspondente a Cr\$ 2.121.105,00 foi, também, medida e avaliada, elevando-se, assim, o crédito da construtora, pelos serviços prestados e reconhecidos, ao total de Cr\$ 14.877.989,21.

Diante da recusa do estado no pagamento desses serviços efetivamente executados, a construtora foi compelida a requerer concordata, com passivo bastante inferior ao do mencionado crédito.

Ilustrada a consulta com ampla documentação comprobatória dos atos e fatos acima indicados, são formuladas as seguintes indagações:

1.º) São procedentes os motivos alegados na impugnação do Tribunal de Contas e adotados no Decreto Legislativo da Assembléia Legislativa para sustar a execução do contrato?

2.º) Quais as consequências jurídicas da sustação do contrato?

3.º De que meios dispõem o consórcio, ou as firmas consorciadas, para defesa de seus direitos?

II

A Constituição Federal de 1967, reprodutiva, no particular, na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, inovou o sistema de controle financeiro dos contratos administrativos, a cargo do Tribunal de Contas. Essas normas, consubstanciando o princípio da fiscalização financeira e orçamentária, são obrigatórias para os estados, cujas Constituições a elas deviam se adaptar, considerando-se automática a incorporação, se excedido o prazo estipulado para

essa reforma (arts. 13 e 188 da Constituição de 1967).

Consistiu a inovação em que cessou o *controle prévio* instituído a partir da Constituição de 1934 (art. 101) e conservado nas Cartas de 1937 (art. 114) e 1946 (art. 77, § 1.º), segundo o qual o registro pelo Tribunal de Contas era requisito integrativo da formação dos contratos administrativos que somente se reputavam perfeitos após essa formalidade essencial.

A nova Constituição do Brasil firmou, na matéria, outro critério. Deferiu-se ao Tribunal de Contas o exame *a posteriori* de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, devendo, diante de vício de legalidade, sucessivamente, assinar prazo razoável à Administração para o saneamento jurídico do contrato e, se desatendido, solicitar ao Congresso Nacional a *sustação do contrato* (art. 73, § 5.º da Constituição de 1967; art. 72, § 2.º da Emenda n.º 1, de 1969).

O registro prévio das contratos deixou, portanto, de existir, não podendo a lei ordinária e, menos ainda, os contratos dispor em contrário, mantendo a exigência, visto que a posição constitucional das cortes de contas não se pode sujeitar a alterações legais ou consensuais.

Na atual sistemática, portanto, os contratos administrativos se tornam perfeitos e acabados e adquirem eficácia, independentemente do controle do Tribunal de Contas, que *a posteriori* se instaura.

A audiência necessária do Tribunal de Contas não tem, em suma, efeito suspensivo sobre a execução dos contratos que, de logo, se pode iniciar, a critério da Administração.

O próprio teor da norma constitucional configurando, como remédio extremo, a competência legislativa para *sustar a execução do contrato*, assegura, *a contrario sensu*, a faculdade do *início da execução*, uma vez formalizado adequadamente o contrato.

Não obstante, assim, a seródia repetição, no corpo do contrato objeto da consulta, de que a sua eficácia dependeria do prévio registro no Tribunal de Contas, nenhum efeito poderia produzir a cláusula, que, incompatível com a Constituição, é de se ter como inexistente e fruto, apenas, da continuidade de uma prática administrativa já superada.

Foi, assim, válida a Ordem de Serviço, expedida por agente capaz da Administração, determinando, com base no contrato já em vigor, o início das obras da ponte, pela urgência imposta a bem da segurança pública, pelo risco conhecido de desmoronamento da velha estrutura da ponte existente no local.

Importa, assim, qualificar, desde logo, que os serviços prestados pelos construtores, até a decisão sustatória da execução do contrato, se fundavam, validamente, na ordem administrativa regularmente emitida, com apoio na eficácia imediata do contrato. As relações creditícias constituídas, no interregno, baseadas em negócio jurídico, de efeitos bilaterais, não se extinguem, nem se nulificam pela posterior sustação do contrato. Os efeitos consumados no curso da execução temporária do contrato não são alcançados pelo Decreto Legislativo, que opera *«a nunc*, fazendo cessar o prosseguimento da execução, sem que deva o ato retroagir para liberar a Administração do nexu comutativo entre a obrigação de fazer (prestação do construtor) e a obrigação de pagar (prestação administrativa).

Admitir-se outra conclusão seria favorecer o enriquecimento sem causa do poder público, conforme a lição de doutrina (LAUBADÈRE. *Traité theorique et pratique des contrats administratifs*, v. 1, n.º 257, p. 255 e *passim*) e da jurisprudência brasileira.

Mesmo, portanto, que se abonassem, *ad argumentandum*, os fundamentos da decisão que, no caso, sustou a execução do contrato da ponte — todos, sem ex-

ceção, imputáveis a omissões ou equívocos da própria Administração — tranquilo seria, mesmo nessa hipótese, o direito dos construtores ao recebimento dos serviços efetivamente prestados e regularmente medidos e avaliados.

Nulidade do ato sustatório. O Decreto Legislativo n.º 52, de 1971, embora emanado da Assembléia Legislativa, é um *ato administrativo material*, em razão de seu conteúdo. A sustação dos contratos administrativos é um ato complexo, que se integra pela sucessão de manifestações do Tribunal de Contas e do órgão legislativo (Congresso Nacional ou Assembléia Legislativa), mas que não perde a substância administrativa que lhe é peculiar, sujeitando-se, como tal, ao controle jurisdicional adequado.

Trata-se, ademais, de *ato administrativo vinculado*, em que se extrema o controle de legalidade, mas de que se elimina qualquer parcela discricionária, de ajuizamento de conveniência ou oportunidade do contrato.

A sustação do contrato pressupõe *vício de legalidade* específico e comprovado, que se oponha à força obrigatória do pacto, para sustar-lhe a execução.

É mister, ainda, que os vícios arrolados sejam insanáveis, ou que, podendo ser supridos, a Administração não tenha acudido, no prazo assinado, à preliminar intimação do Tribunal de Contas para a convalescença do negócio jurídico que envolve interesses respeitáveis de terceiros.

Como decorrência desses princípios, a sustação do contrato será, necessariamente, um *ato administrativo motivado*, ou seja, mediante explícita enunciação dos motivos determinantes do ato.

A motivação obrigatória do ato garante o direito do outro contratante, sobre o qual vão incidir os efeitos da paralisação do contrato, fulminado, nos

seus trâmites, pela ação dos órgãos do controle sucessivo.

A legalidade do ato sustatório fica, assim, diretamente vinculada à *existência real dos motivos*, que representa, tanto na doutrina como na jurisprudência e, mesmo, na legislação brasileira, elemento essencial dos atos administrativos (ver, especialmente, nossos trabalhos sobre A inexistência dos motivos nos atos administrativos. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 36, p. 78; Controle dos motivos nos atos administrativos. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, p. 350; Poder vinculado e poder discricionário, In *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, v. 19, p. 1; Ato e fato administrativo. In *Jurídica*, v. 102, p. 485; e, sobre o conceito legal de nulidade por vício quanto aos motivos, Lei n.º 4.717, de 29/6/65, art. 2.º, alínea d).

A inexistência dos motivos em que se fundou a deliberação legislativa, inspirada na proposta do Tribunal de Contas, importará a nulidade do ato de sustação do contrato e, consequentemente, no direito do Consórcio a que restaure a sua execução e aos construtores consorciados o de haver os seus créditos atuais e futuros.

As irregularidades arroladas pelo Tribunal de Contas foram, em parte, supridas pelos termos aditivos e as remanescentes — reproduzidas no parecer do relator da representação na Assembleia Legislativa — não são de molde a caracterizar vício de legalidade da licitação.

A lei estadual (Decreto n.º 8.755, de 1969) não inclui entre os requisitos obrigatórios do edital da concorrência (art. 18) a publicidade do orçamento preliminar. Essa providência, de caráter interno, tal como prevista no artigo 11 do decreto citado, precede a concorrência, não integrando o processo da licitação. É mero dado informativo, visando ao ajuizamento das propostas, podendo ser suprido por quaisquer ou-

tros dados técnicos que habilitem à verificação dos preços unitários oferecidos. De igual modo, a aceitação de variantes do anteprojeto, admitida expressamente no edital (Capítulo III, n.º 1 — Observação) não altera o objeto da concorrência, possibilitando aos licitantes contribuir para o aperfeiçoamento da obra.

Também não procede a alegação de que a estipulação de condições especiais de qualificação das firmas estabeleceria condições limitativas de competição. As exigências feitas no edital são de apuração de capacidade técnica e usuais em obras de vulto e complexidade e se inscrevem entre os requisitos de idoneidade financeira, de avaliação obrigatória na fase de habilitação (artigos 19 e 20 do Decreto estadual e art. 131 do Decreto-lei n.º 200).

A análise das propostas, levando em conta os preços unitários em confronto com o volume de serviços, ditou a escolha da proposta vencedora, conforme critério razoável, fundado no parecer da Comissão Julgadora.

Os preços unitários e as quantidades de serviços estão previstos, discriminada e especificamente, na cláusula 2.1 do contrato. A referência a um valor global aproximado não torna o preço aleatório, mas apenas significa que, em obra desse porte, as medições poderão exprimir variações quantitativas, a se refletirem no custo definitivo.

Dentro do objeto do contrato, poderá a fiscalização impor, unilateralmente, ao contratante modificações técnicas do projeto, mesmo quando acrescam os preços do serviço a executar. É a conhecida regra de *mutabilidade* dos contratos administrativos, que os singulariza em relação aos contratos bilaterais privados.

O julgamento não desatendeu, tampouco, ao art. 49 do decreto estadual que *faculta*, mas não *obriga* a diligências complementares, de cuja necessidade e conveniência é juiz discricionário a autoridade que somente deverá

motivar o seu despacho quando discordar do parecer da Comissão (art. 49, § 1.º).

Todas essas nugas laboriosamente colecionadas no pronunciamento do Tribunal de Contas, ainda se configurassem irregularidades formais, todas imputáveis à Administração, não maculariam a legalidade do contrato, nem poderiam abalar os direitos do co-contratante.

O próprio voto vencedor na deliberação da Assembléia Legislativa, que se formalizou no Decreto Legislativo de sustação do contrato, admite o argumento de que seriam *irregularidades sanáveis* (item 5, no princípio).

Na motivação do ato sustatório, levanta-se, porém, como *incontornável* (é o anátema com que condena irremediavelmente o contrato) “a inexistência de crédito orçamentário apropriado e suficiente para a execução da obra” (*ibidem*).

É mister, portanto, ponderar, mais amplamente, a alegação, que é, em última análise, o único vício reputado *insanável*, nos termos da fundamentação do ato sustatório.

Legitimidade do esquema financeiro do contrato. A impugnação tem assento no art. 72, § 4.º, da Constituição do estado, que é cópia fiel do art. 62, § 4.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no qual se estabelece que nenhum investimento excedente de um exercício financeiro poderá ser iniciado “sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento ou sem prévia lei que o autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento, durante o prazo de sua execução”.

Note-se que o texto constitucional imediatamente anterior — o do art. 65, § 4.º da Constituição de 1967 — subordinava a essa condição não somente o início da obra, como o próprio contrato (“ser iniciado ou contratado”) ao passo que a reforma vigente prefigura, mais apropriadamente, que a execução

do contrato, ou seja, o *início do investimento* dependerá da previsão da lei orçamentária plurianual ou em lei especial.

No caso da consulta, o Orçamento Plurianual de Investimentos em vigor na data do contrato (Lei n.º 4.242, de 9 de dezembro de 1968) previa recursos, no programa setorial de despesas de capital relativas a Transportes, totalizando, para os exercícios de 1970 e 1971, respectivamente, Cr\$ 31.165.000,00 e Cr\$ 34.355.800,00.

Assinado o contrato a 20 de agosto de 1970, o correspondente esquema financeiro foi objeto de duas leis sucessivas, que especificamente autorizaram os recursos financeiros necessários ao custeio das obras da ponte.

Mediante a Lei n.º 4.514, de 21 de setembro de 1970, o Poder Executivo estadual foi autorizado a contrair empréstimo, no país ou no exterior, até o limite de 80% do valor do contrato (Cr\$ 42.657.742,40), correndo o restante à conta dos recursos orçamentários, inclusive os créditos derivados de auxílios federais especialmente vinculados àquele projeto, sendo aberto, imediatamente, com essa finalidade, crédito suplementar no exercício de 1970, no valor de Cr\$ 5.000.000,00 (Decreto n.º SF-19-10-70/9844).

Com base nessa autorização, completada com a do Senado Federal, que autorizou a garantia da União para operação de crédito até US\$10.000.000,00 (dez milhões de dólares) o Estado de Santa Catarina negociou, desde logo, com o Westminster Foreign Bank Limited, de Londres o empréstimo de US\$5.000.000,00, tendo assinado com o Banco do Brasil contrato de outorga de aval, em que se obrigou a custear com recursos próprios, apartados das quotas do Fundo de Participação dos Estados, os 20% restantes do investimento e, ainda, a utilizar os recursos advindos do empréstimo exclusivamente na obra da ponte.

Completando essas previsões especí-

ficas de recursos financeiros, vinculados ao contrato de construção da ponte, a Lei n.º 4.536, de 24 de novembro de 1970, art. 3.º mandou, expressamente, acrescentar ao Orçamento Plurianual de Investimento, na parte referente ao Programa "Transporte", "o projeto da nova ponte de ligação da Ilha de Santa Catarina ao continente".

E no parágrafo único da mesma disposição estipulou, de forma categórica, a *previsão dos recursos suficientes e especiais* para execução do projeto, a saber:

a) auxílio de Cr\$ 5.000.000,00, concedido pelo Governo Federal (despacho de aprovação no processo número PR-7489/70, Exposição de Motivos n.º 97-B, de 24/9/70, do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, in *Diário Oficial*, 29/9/70, p. 8.414);

b) operação de financiamento de até US\$10.000.000 (dez milhões de dólares), aprovada, como já indicado, mediante lei estadual e Resolução do Senado Federal;

c) receitas próprias do Estado.

Quando, portanto, o Tribunal de Contas deliberou no sentido de indicar a sustação do contrato já em execução e a Assembléia Legislativa efetivou essa medida, estava amplamente atendido o preceito constitucional através de duas leis estaduais, uma Resolução do Senado Federal, um contrato com o Banco do Brasil, um decreto de abertura de crédito suplementar decorrente de auxílio federal.

A previsão, nos Orçamentos Plurianuais de Investimentos de recursos provenientes de financiamentos *contratados* ou *previstos* de origem externa é expressamente admitida no § 1.º do art. 5.º do Ato Complementar n.º 43, de 29 de janeiro de 1969, cujos efeitos alcançam os estados (art. 9.º).

A proposta e a decisão final de sustar o contrato estão, portanto, vinculadas a um *falso motivo*, o que importa, dentro da lei e da melhor doutrina, na *nulidade do ato* materialmente admi-

nistrativo emitido pela Assembléia Legislativa.

A finalidade cautelar e moralizadora da norma constitucional teve em mira prevenir a imprudência administrativa, muito própria do término de governos, do início de obras e serviços superiores às disponibilidades do erário. Daí a exigência de um esquema financeiro prévio que possibilite, pelo adequado planejamento, a garantia de continuidade das obras públicas e de solvência do erário. Tais condições foram, no caso, plenamente satisfeitas, *oportuno tempore*, não se podendo invocar, contra a eficácia do contrato, qualquer eiva de descumprimento à letra ou ao espírito do preceito constitucional.

Efeitos do ato sustatório. A medida prevista na Constituição é um ato disciplinar dos contratos administrativos. Sustar-lhe a execução não importa, necessariamente, a rescisão administrativa do contrato.

A sustação decretada pelo Congresso Nacional, ou as Assembléias Legislativas tem, em princípio, efeito suspensivo do contrato, que poderá convalescer e readquirir a eficácia interrompida, uma vez sanada a irregularidade ou o vício.

Se, porém, o vício for insanável, ou a Administração praticar outros atos que tornem irretratável a situação constituída pela suspensão do contrato, operar-se-á a rescisão *de facto* do contrato.

Na hipótese versada na consulta, o Estado de Santa Catarina praticou, a partir da sustação legislativa, atos inequívocos de rescisão contratual.

Assim é que pelo Decreto n.º 545, de 10 de agosto de 1971, constituiu Comissão Executiva para a Construção da Ponte da Travessia Continente—Ilha de Santa Catarina (CEP), atribuindo-lhe a realização de nova concorrência para o serviço.

Em petição nos autos da concordata preventiva, impugnou o crédito arrolado por uma das firmas do consórcio,

sob o fundamento de que a dívida decorreria de contrato "cujos efeitos foram sustados em definitivo".

Mais ainda, propôs ação de reintegração de posse em terreno ocupado pelo canteiro de obras da ponte, arguindo que, diante do ato da Assembléia Legislativa, "assim definitivamente rompido o contrato, por essa expressa condição resolutiva, desapareceu, automaticamente, qualquer justa causa para o R. continuar na detenção do aludido imóvel".

Manifesto é, portanto, o *animus* do estado de dar como rescindido o contrato de empreitada com o Consórcio.

Defesa dos direitos dos contratantes. Comprovada a falsidade dos motivos determinantes da sustação do contrato, caracteriza-se a *nulidade* do ato por vício intrínseco de legalidade.

O Decreto Legislativo, no caso, é ato materialmente administrativo, sujeito a controle jurisdicional.

Igualmente subordinados a exame judicial estão os atos administrativos

do Poder Executivo, no sentido da realização de nova concorrência, bem como das medidas do prosseguimento na execução do contrato.

A prova da inexistência dos motivos do ato sustatório está pré-constituída, podendo, assim, o Consórcio valer-se da via do mandado de segurança, para garantia do direito líquido e certo à execução do contrato.

Se, todavia, entenderem mais conveniente não se opor à rescisão *de facto* do contrato, poderão as firmas componentes do Consórcio, em conjunto ou separadamente, propor ação ordinária de cobrança e de indenização, para haver o pagamento das parcelas de serviço efetivamente executado até a sustação do contrato, acrescido das perdas e danos, inclusive lucros cessantes, causados pelo ato ilícito do Estado.

É o nosso parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1971. *Caio Tácito*, Professor da Faculdade de Direito do Estado da Guanabara.

Você acredita em reformas administrativas? Ou você acha que há reformas e reformas?

Em **Laboratório de Sensibilidade** de Fela Moscovici, editado pela Fundação Getúlio Vargas, o problema é analisado exaustivamente. As reformas, segundo a autora, não passam de novos arranjos de estruturas e relações, enquanto o laboratório de sensibilidade, amplamente testado nos Estados Unidos, opera dinâmica e profunda mudança na administração.