A PUBLICIDADE E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LEON FREJDA SZKLAROWSKY*

Doutrina. Jurisprudência. Legislação. Considerações gerais. Publicação dos contratos administrativos. Na imprensa oficial. Prazo para providência e publicação. Vigência dos contratos administrativos. Omissão da Administração. O que se publica. Ressalva ao artigo 26 — Significado. Omissão do legislador. Pequenas compras. Convênios e outros instrumentos. Concessões e permissões de serviços públicos.

Considerações gerais

A publicidade, com fonte no Documento Constitucional, é um princípio de fundamental importância no Direito Administrativo, calcada na moralidade administrativa, e é requisito de eficácia, eis por que, na expressão de Hely Lopes Meirelles, pela publicação, os atos irregulares não são convalidados, nem os regulares a dispensam.[1]

Em regra, todos os atos administrativos são publicados, exceto os que a lei ou o regulamento eximem dessa imposição, em razão de segurança nacional, investi-

1 Cf. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, p. 86.

* Subprocurador-geral da Fazenda Nacional, advogado, juiz arbitral da American Association's Commercial Pannel, de Nova York, membro dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do Distrito Federal, acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário, do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal, membro da International Fiscal Association, da Associação Brasileira de Distrito Financeiro e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Integra o Conselho Editorial dos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Editora Revista dos Tribunais, e o Conselho de Orientação das Publicações dos Boletins de Licitações e Contratos, de Direito Administrativo e Direito Municipal, da Editora NDJ Ltda. Entre suas obras, destacam-se: *Execução Fiscal, Responsabilidade Tributária e Medidas Provisórias*.

Apraz-me agradecer, aos eminentes Drs. Antônio Gonçalves de Mendonça e José Geraldo Lucas a extrema dedicação e assistência prestada, na área jurisprudencial, sem a qual impossível teria sido ultimar o presente trabalho.

gação criminal ou interesse público, o que exige prévia declaração e motivação em processo regular.

O Documento Maior restringe a publicidade dos atos processuais, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX); para a retificação de dados, quando não prefira o súdito fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Distingue o inciso XXXIII o direito de qualquer pessoa receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral; contudo, impede aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado ou à sociedade.

Sérgio de Andréa Ferreira também enfatiza que a Constituição não pode afastar-se da determinação do sigilo, por razões de segurança do Estado, por exigência do interesse público ou de segurança da sociedade, ou, na expressão do autor, a velha segurança nacional.[2]

No âmbito federal, o Decreto nº 79.099, de 6 de janeiro de 1977, regula a matéria. Assunto sigiloso é o que, por sua natureza, deva ser do conhecimento restrito, inacessível ao público, com medidas especiais para suą segurança.[3]

A Constituição Federal, de 1988, inscreveu esse princípio, no artigo 37, de observância obrigatória para todos os poderes do Estado e esferas de governo, compreendendo a administração pública direta e indireta ou fundacional, incluindo-se as empresas, sob seu controle — artigo 22, inciso XXVII,[4], da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aliado a outros princípios de não menor significação, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e os que vêm transcritos nos incisos respectivos, acorrentados, indubitavelmente, aos direitos e garantias fundamentais gravados, no Título II, especialmente o artigo 5º, de sorte que qualquer interpretação, que se faça, deverá levar em consideração obrigatoriamente o conteúdo consagrado pelos princípios fundamentais, conforme ensinamento de Ivo Dantas.[5]

A obrigatoriedade de publicação dos atos administrativos surgiu, pela vez primeira, com a edição do Decreto nº 572, de 12, de julho de 1890.[6]

A publicidade objetiva dar transparência aos atos da Administração e garantir seus efeitos externos, permitindo ao súdito tomar ciência dos mesmos e exercer o

2 Cf. Comentários à Constituição Federal, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1ª ed., 1991. 3ª ed., pp. 99/100.

3 Cf. art. 2º do Regulamento para salvaguarda de assuntos sigilosos, aprovado pelo citado decreto.

4 Cf. art. 6º, inciso XII: Administração — órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera concretamente. A Administração Pública compreende a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e abrange as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob controle do Poder Público, bem como as fundações (inciso XI). Consulte-se nosso A Administração Pública e a Lei nº 8.886/93, *in BLC* cit. Agosto de 1993, p. 352.

5 Cf. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1995, p. 104.

6 O Decreto nº 572, de 1890, fixa o momento em que se inicia obrigatoriedade das leis da União e dos decretos do Governo Federal. Hely Lopes Meirelles registra-o como o marco inicial da obrigatoriedade da publicação dos atos administrativos (*in* op. e pág. cits.). Consulte-se o Decreto nº 84.555, de 12.3.80.

controle ou a fiscalização, utilizando-se dos instrumentos constitucionais, indicados no artigo 5º, destacando-se: 1) o mandado de segurança[7] — inciso LXIX; 2) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e de obtenção de certidões em repartições públicas — Administração direta e indireta, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal — inciso XXXIV, *a* e *b*[8]; 3) o direito à apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de direito, sem qualquer condicionamento, fundamento do Estado de Direito, calçado no princípio da independência e harmonia dos Poderes — inciso XXXV do citado artigo 5º e art. 2º; 4) o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral — inciso XXXIII; 5) o direito ao contraditório judicial e extrajudicial e ampla defesa — inciso LV; 6) o *habeas data* — inciso LXXII; 7) a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, por improbidade administrativa — art. 37, § 4º; 8) as garantias contra provas por meios ilícitos, inovação salutar — inciso LVI; 9) a defesa do consumidor — inciso XXXII; 10) a ação popular — inciso LXXIII: 11) o mandado de injunção — inciso LXXI; 12) o princípio da legalidade, como atributo maior da democracia — inciso II; 13) o princípio da igualdade de todos perante a lei, como alicerce de todas as garantias e direitos — *caput* do art. 5º.

Essas garantias e direitos fundamentais têm aplicação imediata e não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que o Pais faça parte (§§ 1º e 2º).

Os atos administrativos e, também, os contratos administrativos, para produzirem efeitos jurídicos e regulares, devem ser dados à publicidade. Sua omissão poderá acarretar a invalidação e, por via de conseqüência, os prazos não fluem e esses atos e contratos não terão eficácia, isto é, não produzirão efeitos.[9]

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello considera a publicação ou a comunicação condição de eficácia ou validade do ato[10] e Marcelo Caetano, ao estudar, com notável precisão, os atos administrativos, assegura que estes só passam a ter eficácia, isto é, a produzir efeitos, após sua publicação, quando exigida por lei[11].

A publicação efetuar-se-á, obrigatoriamente, no órgão oficial da Administração, entendendo-se esse como sendo o diário oficial do ente público respectivo ou o jornal contratado para esse fim específico, devidamente autorizado por ato legal, ou, pela afixação dos atos em quadro de aviso de amplo acesso público (art. 16 da Lei nº 8.666, de 1993, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Os atos e leis municipais poderão ser afixados na sede da Prefeitura ou da Câmara Municipal, se não houver órgão oficial, de conformidade com a respectiva Lei Orgânica.

7 Examine-se, sobre a matéria, a obra de Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro citada.

8 Neste sentido, acórdão do TJSP, ag. de pet. 220.457, 5ª C.C. J., em 20.9.75.

9 Leia-se, de Antônio Carlos Cintra do Amaral, Ato Administrativo, Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 1995.

10 Cf. Princípios Gerais de Direito Administrativo, Forense, Rio de Janeiro, 1979, 2ª ed., § 51.22.

11 Cf. Princípios Fundamentais de Direito Administrativo, Forense, Rio de Janeiro, 1977, pp. 158 e 232.

Publicação dos contratos administrativos

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[12], erige como condição indispensável, para a eficácia dos contratos administrativos, a publicação resumida dos seus instrumentos ou de seus aditamentos, na imprensa oficial, como definida, no inciso XIII do artigo 6º, com a nova redação que lhe deram as medidas provisórias, sucedidas pela Lei nº 8.883, de 1994, tornando-a mais precisa e enriquecida com novas modalidades de publicidade em caráter excepcional, a afixação, em quadro de avisos de amplo acesso público, de atos que devam ser divulgados, ou a audiência pública obrigatória, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a cem vezes o limite previsto no artigo 23, alínea *a*[13].

A Carta Maior de 1967 aboliu o registro prévio de contratos nos Tribunais de Contas,[14] como condição, para torná-los perfeitos, como previa a Constituição de 1946. A Constituição de 1988 outorgou-lhes competência para representar ao Poder competente acerca de irregularidades ou abusos apurados e o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as providências cabíveis. A impugnação do contrato far-se-á, *a posteriori*.[15]

A minuta do futuro contrato, ou seja, o seu esboço, deve ser elaborada, na fase da licitação, acompanhando obrigatoriamente o instrumento convocatório, dando-se-lhe a devida publicidade.[16] Esse documento deverá ser previamente examinado e aprovado pela assessoria jurídica da Administração, o mesmo ocorrendo com as minutas de convênios, acordos ou ajustes.[17]

Na imprensa oficial

Imprensa oficial, como conceituada por essa lei, é o veículo oficial de divulgação da administração pública, sendo para a União o Diário Oficial da União e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis.

12 Esta lei institui normas gerais sobre licitações e contratos (LLCA).

13 Sobre o histórico da Lei nº 8.883/94, consulte-se nosso Licitações e Contratos Administrativos — Algumas observações em face da Lei nº 8.883/94 e da Medida Provisória nº 681/94, *in* Revista de Informação Legislativa, do Senado Federal, nº 125, janeiro a março de 1995.

14 Cf. o art. 45 da Lei nº 8.443/92, que dá competência ao TCU para velar pela legalidade do edital, do procedimento de licitação e do contrato, o qual poderá até ser sustado (§ 3º). Cf. art. 113 da LLCA, que permite a qualquer licitante, contratante ou pessoa física ou jurídica representar, aos Tribunais de Contas e aos órgãos integrantes de sistema do controle interno, contra irregularidades na aplicação da lei.

15 Cf. os arts. 71, XI e § 1º, da CF88; 77, § 1º, CF46; e 77, § 1º, da EC 7/77. Neste sentido, Hely, op. cit., p. 204. Consulte-se o comentário de Roberto Rosas à Súmula nº 7 do Supremo Tribunal Federal (*in* Direito Sumular, Malheiros Editores, 7ª ed., 1995, p. 18).

16 Cf. art. 40, § 2º, inciso III, da LLCA.

17 Cf. parágrafo único do artigo 38 da LLCA. A lei anterior apenas exigia o exame prévio, pelo órgão jurídico competente (cf. parágrafo único do artigo 38 do Dec.-Lei 2.300/86).

O Tribunal de Contas da União, pelo Pleno, referendando lúcida manifestação do Relator, Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, e acolhendo os pareceres dos eminentes Procuradores, Drs. Francisco de Salles Moura Brandão e Jatir Batista da Cunha, decidiu conhecer da Consulta formulada pela Câmara dos Deputados, para sentenciar que esse Estatuto (refere-se ao artigo 51, § 1º, do Decreto-lei nº 2.300, de 1986; este corresponde ao atual artigo 61, § 1º, não modificado, no que tange à necessária publicação no Diário Oficial da União), condiciona a validade jurídica dos atos em espécie à sua publicação no Diário Oficial da União, não admitindo, para esses fins, a utilização de outro veículo de comunicação, nem mesmo, sem embargo de sua natureza, o prestigioso Diário do Congresso Nacional, órgão oficial de divulgação do Legislativo.

Todavia, autoriza que o ônus da publicação desses instrumentos recaia tanto sobre o Poder contratante quanto sobre o contratado, dependendo das condições inscritas no edital de licitação e no respectivo contrato, cabendo sempre à Administração providenciar a publicação no prazo legal[18].

A Segunda Câmara desse Egrégio Sodalício Maior de Contas, corroborando tese esposada pelo Pleno,[19] decidiu, com o Relator, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, que a Administração deve estrita obediência aos princípios insertos na Lei de Licitações e Contratos — LLCA, notadamente quanto à publicação resumida dos contratos, devendo ela própria tomar a iniciativa da divulgação, evitando-se, porém, deixá-la a cargo do contratado[20].

Essa mesma Câmara recomendou, com acerto, à Telamazon que observe as disposições contidas no Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Telebrás, especialmente quanto à "obrigatoriedade de publicação resumida dos contratos no D.O, independentemente do valor do instrumento".[21]

O Plenário respondeu afirmativamente às lições do Relator, Ministro Adhemar Paladini Ghisi, citando os Professores Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini e o ex Consultor-Geral da República, Saulo Ramos, quanto à rigorosa observância do princípio da publicidade, e determinou que o Banco do Brasil inclua no Manual de Licitações dispositivo que mande publicar, resumidamente, no Diário Oficial da União, os contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações, referentes a sua *atividade meio*, consubstanciando judiciosos pronunciamentos do

18 Cf. TC 025410/91-1, decisão 056/72, Pres. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, DOU de 18.3.92, Seção I, pp. 3.517/20.

19 Cf. remissão anterior.

20 Cf. TC 275303/92-6, decisão de 215/93 de 24.6.93, DOU de 12.7.93, p. 9.600. Cf., neste sentido, obrigando conste do processo cópia da publicação, no Diário Oficial, do extrato do contrato — Dec. 108/95, da 2ª Câmara, relatada pelo Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, com o Ministro Iran Saraiva, na presidência, DOU de 29.5.95, p. 7.617.

21 Cf. TC 225241/90-0, decisão nº 71/93, DOU de 31.3.93, p. 4.125. Neste sentido, voto do Relator Iran Saraiva, adotado pelo Pleno, com a presença dos Ministros Élvia L. Castelo Branco, Fernando Gonçalves, Adhemar Ghisi, Carlos Átila, Marcos Vilaça, Paulo Affonso M. de Oliveira, Olavo Drummond, Iran Saraiva e José Antônio Barreto de Macedo. Decisão nº 531/93, DOU de 3.1.95, p. 181. Idem, decisão 260, Relator, Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, DOU de 26.6.95, p. 9.351.

então Procurador-Geral, Francisco de Salles Moura Brandão e dos Ministros José Antônio Macedo e Élvio Castelo Branco, com total anuência do Pleno (Ata nº 64/88 e Decisão 356/81, respectivamente)[22]. Neste mesmo sentido, verificando falhas formais e exigindo a publicação sintética dos contratos, decidiu o Plenário, votando o processo relatado pelo Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.[23]

Como exceção, Ivan Rigolin[24] citava, quando vigente o Decreto-lei nº 2.300, a publicidade proibida e a própria licitação proibida (art. 23, § 2º), de modo que o sigilo se impunha, se, a juízo exclusivo do Presidente da República, houvesse possibilidade de comprometimento da segurança nacional, ou, na palavra desse mestre, pudesse pôr em risco a segurança nacional. Escreve, apoiado nos ensinamentos de Diógenes Gasparini, que, uma vez desautorizada pela Presidência da República, se, porém, presentes os aludidos motivos, a contratação deveria ser procedida, de conformidade com o Decreto nº 79.099/79.

Atualmente, é mero caso de dispensa (artigo 24, IX, da LLCA), ouvido o Conselho de Defesa nacional (órgão de consulta do Presidente da República, nos assuntos pertinentes à soberania nacional e à defesa do estado — artigo 91 da Constituição), nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República e não extensível aos Estados, Distrito Federal e Municípios, na opinião de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,[25] conquanto Marcus Juruena Villela Souto[26] espose opinião contrária, não sem razão, por tratar-se de norma geral, que esses entes — artigos 1º e 118 — deverão ter adaptada às suas disposições legais.

A publicidade recebeu do legislador ordinário a merecida consagração com os aplausos da doutrina.[27] O artigo 3º inscreve, entre os princípios maiores, o da

22 Cf. TC 24618/90, decisão nº 443/92, DOU de 30.9.92. Pleno. Sem embargo do julgado ser anterior à nova LLCA suas preleções continuam plenamente válidas e são extremamente valiosas.

23 Cf. TC 724052/93-3, acórdão nº 0098/37/95-P, DOU de 4.9.95, p. 13.620, Plenário. Votaram os Ministros: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (pres.). Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Homero dos Santos, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Olavo Drummond e os Ministros Substitutos Bento José Bulgarin e José Antônio Barreto de Macedo.

24 Cf. Manuel Prático das Licitações, Saraiva, 1991, p. 16; Manual Prático das Licitações, Saraiva, 1995, em co-autoria com Marco Tullio Bottino, p. 27.

25 Cf. Contratação Direta Sem Licitação, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pp. 205 a 208.

26 Cf. Licitações & Contratos Administrativos, Esplanada, ADCOAS, 1993, p. 92.

27 Leiam-se: Direito Administrativo, de Caio Tácito, Saraiva, 1975; Empresas Estatais: Responsabilidade e controles, Revista de Direito Público, 85/88, de Carlos Mário da Silva Veloso; O princípio da publicidade, de Maria Garcia, obra coletiva, Licitações e Contratos, coordenada pela autora, com a participação dos Drs. Floriano Azevedo Marques Neto, Márcia Walquiria Batista dos Santos e Sônia Yuriko Tanaka, Forense Universitária, 1ª ed., 1995, p. 16; Direitos dos Licitantes, Malheiros Editores, 4ª ed., de Lúcia Valle Figueiredo, Aspectos Jurídicos da Licitação, Saraiva, 1992, de Adilson de Abreu Dallari; Estudos sobre a Lei Paulista, 10.395/70, S.P., CEDRO-DER, 1971, de Antônio Marcelo da Silva; Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1992, e La licitación Pública. Buenos Aires, Astrea, de José Roberto Dromi; Contratos Administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1982, de Rodolfo Barra, Juan C. Cassagne, José Roberto Dromi, Augustin Gordillo, Nesto Ottonello, Enrique S. Gambino; Teoria General de los Contratos Administrativos, 2ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, de Miguel Angel Berçaitz; O edital à luz da nova lei, Juruá, 1993, de Luiz Alberto Blanchet; Direito Administrativo, Atlas, 1994, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Manual de Derecho Administrativo, tomos I e II, Buenos Aires, Astrea,

publicidade, impondo sua obediência, com destaque ao registro de preços das compras, publicado trimestralmente;[28] às compras disciplinadas no artigo 16; aos avisos de editais das concorrências e das tomadas de preços;[29] aos concursos;[30] às dispensas, às declarações de inexigibilidade e ao retardamento[31].

Prazo para providências e publicação

Trata-se, *in casu*, de formalidade essencial — condição indispensável para sua eficácia — a ser providenciada pela Administração, até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua publicação, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data.

A Lei nº 8.883, de 1994, alterou o presente dispositivo, tornando mais elástico o prazo. A redação originária, idêntica à da lei anterior, neste particular, mandava que a Administração providenciasse a publicação na mesma data de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias.

Ora, esse prazo era insuficiente para as providências normais e concretização

Ed. Plua Alta, 1981, de Manuel Maria Diez; Lições Preliminares de Direito, José Bushatsky, Editor, 1973, de Miguel Reale; Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3ª edição actualizada, tomos III-A e III-B, de Miguel S. Marienhoff; Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 1979, de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho; Traité Théorique e Pratique de Contrat Administratif, Paris, Lib. Gen. de Droit e Jurisprudence, tomo I, de André de Laubadere; Derecho Administrativo Aleman, Depalma, Buenos Aires, 1982, de Otto Mayer, Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 1994, de Celso Antonio Bandeira de Mello; Concorrência internacional, *in* Boletim de Licitações e Contratos, da Editora NDJ Ltda., de Yara Darcy Police Monteiro; O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, Revista dos Tribunais, 1993, de Toshio Mukai; Ato Administrativo, São Paulo, 1978, de Regis Fernandes de Oliveira; Os Contratos da Administração, *in* Revista de Direito Administrativo, de Carlos R. Pellegrino; Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas, Renovar, 1995, de Jessé Torres Pereira Júnior; Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros Editores, de Dora Maria de Oliveira, Licitações. Instrumento de Moralidade Administrativa, *in* Revista de Direito Administrativo, 186/378, de Homero Santos; Curso de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, de Eduardo Garcia de Enterria e Tomás — Ramon Fernandez, tradução de Aranaldo Setti e colaboração de Almudena Marin Lopez e Elaine Alves Rodrigues; Compêndio de Direito Tributário (Cap. XX — Interpretação das Normas Jurídicas), Forense, 2ª ed., 2º vol., 1994; de Bernardo Ribeiro de Moraes; Princípios Jurídicos Aplicados à Licitação, *in* Boletim de Licitações e Contratos, Ed. NDJ, nº 7, de 1994, de José Augusto Delgado; Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, 1994, de José Afonso da Silva; Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros Editores, 1994, de Carlos Ari Sundfeld; Parecer, *in* Revista de Direito Administrativo 142/88, de Arnoldo Wald; Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, Malheiros Editores, 1993, de Weida Zancaner; Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 1990, 7º volume, de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Controle da Constitucionalidade das Leis, Forense, 2ª edição, 1995, de Ronaldo Poletti; Efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade; Direito & Justiça, Correio Brasiliense, de 4 de março de 1996, de Hugo de Brito Machado; Legalidade Administrativa, Suplemento Direito & Justiça, Correio Brasiliense, de 3 de março de 1996, de João Rezende Almeida Oliveira, Princípios da Licitação, *in* BLC cit., 9/95, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

28 Cf. art. 15, § 2º, da LLCA.

29 Cf. art. 20 da LLCA.

30 Cf. art. 22 da LLCA.

31 Cf. art. 26 da LLCA.

de sua publicação, especialmente nos Municípios remotos ou em centros altamente movimentados. O legislador, então, houve por bem de atender as sugestões e os clamores de vastos setores da sociedade.[32]

Para contornar essa dificuldade, o citado diploma legal autorizou a Administração a providenciar a publicação (medidas burocráticas de praxe), não mais na mesma data, como absurdamente exigia, senão até o quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura do contrato.

E a publicação deverá ocorrer, no prazo de vinte dias naquela data, ou seja, do quinto dia útil do mês seguinte ao da sua assinatura. Na contagem dos prazos, exclui-se o dia do início e inclui-se o[33] do vencimento, considerando-se os dias consecutivos, a não ser que haja dispositivo legal em sentido contrário, e só se iniciam e vencem em dia de expediente na entidade ou no órgão.[34]

Assim, suponhamos que o contrato tenha sido assinado no dia 4 de março de 1996. A Administração terá o prazo, para providenciar sua publicação, até o quinto dia útil de abril, ou seja, até o dia 9 deste mês, e sua publicação deverá ocorrer, nos vinte dias desta última data.

Vigência dos contratos administrativos

A publicação do contrato torna-o eficaz, mas a vigência se dá a partir de sua assinatura e qualquer alteração só poderá ser feita, segundo os pressupostos da lei, não se admitindo atribuir efeitos financeiros retroativamente,[35] salvo as exceções legais.

Conquanto a expressa vedação de efeitos financeiros, constante do artigo 61 (antigo artigo 51, § 2º), tenha sido vetada e as razões da Advocacia-Geral da União nenhuma referência faça a esse fato[36], esta proibição decorre do sistema jurídico-financeiro, não se permitindo abranja dispêndios financeiros, de data anterior, ainda que se refiram à própria obra, compra ou serviço, ao qual esteja relacionado o contrato.

A Corte de Contas da União, interpretando, com extrema precisão, a legislação vingente, ordenou atentar-se para a obrigatoriedade legal de não ser inscrito em "restos a pagar" o saldo de empenho por estimativa" e que os contratos sejam

32 Cf. nosso Licitações e Contratos cit.

33 V, nesta lei, os prazos em sentido contrário.

34 Cf. art. 110 da LLCA.

35 Cf. nosso Parecer PGFN/CSJD/1052/87, sobre a proibição legal de atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos pelo Decreto-lei nº 2.300/86 e suas alterações, sob pena de nulidade e responsabilidade de quem lhe der causa, *in* Folha de São Paulo, de 12 de abril de 1988, e Boletim de Direito Administrativo, da Editora NDJ Ltda., de julho de 1988, pp. 475 *usque* 481. Este parecer não perdeu atualidade, em face do sistema legal vigente.

36 Cf. DOU de 21 de junho de 1993, Seção I.

elaborados, em conformidade com a legislação em vigor, especialmente no que diz respeito à vigência de seus aditamentos e ao prazo, evitando sua retroatividade[37].

Tomadas as providências legais e publicado o extrato do contrato ou de seu aditamento, no prazo legal, seus efeitos retroagem, à data da sua assinatura, como corolário do prazo que a lei concede ao administrador, para providenciar e publicar o documento.

Essa situação assemelha-se à prenotação do título, pelo oficial do registro. O artigo 534 do Código Civil assinala que a transcrição do imóvel se dará desde o dia em que aquele foi apresentado, ao oficial de registro, e este o prenotou. A Lei de Registros Públicos dispõe no mesmo sentido.

Omissão da Administração

E se a Administração omitir-se?

A omissão impede a produção de efeitos jurídicos. O ato (ou o contrato) é ineficaz. Só valerá perante as partes e terceiros, após realizar-se a condição necessária, que é a divulgação pelos meios próprios, pois, como bem alerta Hely Lopes Meirelles, é "requisito de eficácia". É a eficácia contida.

Se, porém, apesar disso, estiver sendo executado ou tiver sido executado, é fora de dúvida de que a contratada deverá ser indenizada pelo que houver realizado e pelos prejuízos regularmente comprovados, notadamente porque cabe à Administração providenciar sua publicação, não cabendo àquela responsabilidade, pela omissão ou retardamento da prática desse ato, e o servidor deverá ser responsabilizado.

O servidor, que praticar ato em desacordo com esta lei, sofrerá as sanções previstas neste diploma legal e nos regulamentos próprios, independentemente da responsabilidade civil e criminal.[38]

E, assim é porque, se a declaração de nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, desde que lhe não seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa[39]. Também na hipótese estudada, o mesmo princípio tem plena aplicação, porque se trata não de simples irregularidade, senão de frontal violação de lei.

37 Cf. TC nº 724052/93-3 cit. na remissão nº 23 supra. Cf., também, a decisão nº 644/94, do TCU, Relator Min. Lincoln M. da Rocha, *in* DOU de 7.11.94. Leia-se, também, a decisão nº 604/94, do Pleno, relatada pelo Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, em que o Tribunal reitera sua posição, no sentido de não se celebrarem termos aditivos "com retroatividade no inciso do prazo de vigência".

38 Cf. art. 82 da LLCA. O art. 84 considera servidor público quem exerce cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente e sem remuneração, não só na Administração direta, como também nas fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e nas entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.

39 Cf. art. 59 da LLCA. O STF consolidou sua jurisprudência, no sentido de que a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivado de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial (Súmulas 346 e 473, *in* Direito Sumular cit., de Roberto Rosas).

É o que ocorre, em situação semelhante, quando a rescisão do contrato se der, sem culpa do contratado, hipótese em que este terá direito ao pagamento pelo que tiver executado, até aquela data, e será ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados.[40]

Marçal Justem assegura que sua não publicação ou seu retardamento não vicia a contratação nem cinde o vínculo, mas posterga o início da contagem dos prazos contratuais e provoca a responsabilização do agente público, regularizando-se o contrato com a simples publicação.[41]

Em acórdão da 1ª Câmara publicado no DOU de 26 de março de 1991, à página 5.483, o Tribunal de Contas da União, em face da não publicação de extrato de contrato, recomendou o caneamento dessa irregularidade.

Na esfera federal, o § 3º do art. 33 do citado Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, apregoa que a falta de publicação imputável à Administração constitui omissão do dever funcional do responsável, que será punido na forma legal, se não for demonstrada justa causa. Por outro lado, se o contrato tiver dado causa ao fato, a contratante poderá rescindir o contrato unilateralmente sem direito à indenização, podendo esta optar por aplicar-lhe multa de até dez por cento do valor do contrato, que deverá obrigatoriamente ser publicado.[42]

O que se publica

O artigo 62 dispõe que o instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência, tomada de preços e nas dispensas e inexigibilidades, cujos preços se compreendem nos limites das modalidades acima mencionadas. Todavia, dispensa-o, nas demais hipóteses, em que a Administração puder substituí-lo, por outros instrumentos hábeis, tais como autorização de compra, ordem de execução de serviço, carta — contrato ou nota de empenho. Esta enumeração não é exaustiva.

A lei é clara e impositiva. A Administração Pública está obrigada a realizar prévia licitação, ao fazer contratos com terceiros, referentes a obras, locações, serviços, inclusive publicidade, permissões, concessões, compras, alienações e quaisquer outros contratos, seja qual for a denominação que se lhe dê, mas faculta não fazê-lo nos casos previstos na lei.[43]

As compras, ainda que se submetam às condições de pagamento e aquisição semelhantes às do setor privado, devem orientar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos da Administração Pública, não escapando das amarras da LLCA.

O artigo 16 foi substancialmente alterado pela Lei nº 8.883, de 1994, que aprimorou sua redação, reconhecendo o legislador sua impraticabilidade e dificul-

40 Cf. art. 79, § 2º, da LLCA.

41 Cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Aide, Editora, 1ª ed., p. 354.

42 Este artigo faz remissão à lei anterior. Sua orientação, porém, continua válida.

43 Cf. art. 2º (*caput*) da LLCA.

dades na sua aplicação, especialmente nos pequenos Municípios. Pretendeu eliminar a burocracia, os elevados e desnecessários custos e a lentidão, incompatíveis com esse tipo de contrato, especialmente a malfadada expressão *fechado o negócio*, na feliz observação de Carlo Pinto Coelho Motta.[44] A divulgação far-se-á, mensalmente.

Essa inovação tornou mais econômicos e racionais os negócios com a Administração.

A lei determina a publicação do instrumento de contrato ou de seus aditamentos, não importa o valor, mesmo que sem ônus, no entanto ressalva o disposto no artigo 26.

Surgem algumas indagações de suma relevância, que merecem estudo aprofundado.

Sempre advogamos que todo contrato, qualquer que fosse o valor, ainda que sem ônus, deveria ser publicado, incluindo aqueles cujo instrumento pudesse ser substituído por outros instrumentos hábeis, como, por exemplo, a carta-contrato, a nota de empenho, a ordem de execução de serviço, a autorização de compra, ou quaisquer outros semelhantes, com o beneplácito do Colendo Tribunal de Contas da União e da melhor doutrina.[45]

Esta opinião é compartilhada por Carlos Pinto Coelho Motta, que reproduz acórdão produzido na vigência do decreto-lei revogado, por entender que a orientação pretoriana continua válida.[46]

A Corte Maior de Contas vem decidindo, num crescendo, que a publicação resumida dos instrumentos de contrato, ou de seus aditamentos, é obrigatória não só em relação ao termo de contrato, mas também com referência aos demais instrumentos hábeis, previstos no artigo 51 do Decreto-lei nº 2.300, de 1986,[47] com inteira aplicação, atualmente, desde que se atente para a ressalva indicada no texto atual.

Esse Pretório Maior de Contas do País, pelo Pleno, em acórdão relatado pelo Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, e com a anuência dos lúcidos Procuradores Francisco de Salles e Jatir da Cunha, declarou obrigatória a publicação resumida dos termos de contrato e de seus aditamentos, como também dos demais instrumentos hábeis, qualquer que seja o valor e, ainda, sem ônus.[48]

A jurisprudência desse Tribunal, evidentemente, não se aplica aos Estados, ao distrito Federal ou aos Municípios; no entanto, servirá de roteiro seguro para essas

44 Cf. Eficácia nas Licitações e Contratos, Del Rey, Belo Horizonte, 1994, p. 109. Essa disposição normativa não se aplica à dispensa de licitação por comprometimento da segurança nacional (art. 24, IX, da LLCA).

45 Cf. nosso: Licitações e Contratos cit.; Duração do Contrato Administrativo e a Lei nº 8.666/93, *in* Boletim de Licitações e Contratos nº 10, outubro de 1993; idem, Boletim cit., de dezembro de 1988. Neste sentido, Toshio Mukai, in O Novo Estatuto cit. pp. 70/71.

46 Cf. op. cit., p. 219. V., também acórdão do TCU, ata 29/91, DOU de 9.7.91, p. 13.399 cit.

47 Cf., entre outros, o Proc. TC 024572/90-0 cit.

48 Cf., entre outros, a decisão nº 585 do TCU, Plenário, TC 011621/93-1, DOU de 28.9.94. Seção I, p. 14.757. No mesmo sentido, Proc. TC 225241/90-0, DOU de 18.3.93 (*apud* nosso Duração de Contratos cit., *in* BLC 10/93).

esferas de Poder. Sem dúvida, porém, submetem-se às normas gerais e aos princípios catalogados na LLCA (artigos 1º, 2º e 118 da LLCA), dentre os quais se destaca o da publicidade, com majestade constitucional, por força do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição.

Ressalva ao artigo 26 — Significado

Não obstante, o atual dispositivo deve ser lido, com muita cautela, pois não se pode olvidar a ressalva feita pelo legislador, sem embargo de conter pontos obscuros e sensíveis. O legislador não foi feliz na sua redação. Perdeu a grande oportunidade de disciplinar melhor e com maior precisão essa realidade.

Carlos Maximiliano, escudado em Wigmore e Holbach, anteviu, com fina sensibilidade, as situações mais esdrúxulas, que podem ocorrer, durante as discussões de projetos de lei, nos Parlamentos, com prejuízos significativos, porque estes "deliberam às pressas, e não atendem somente aos ditames da sabedoria. Preocupam-se com tópicos; fixado o acordo sobre estes, deixam passar sem exame sério os restantes: descuram do fundo, e talvez mais da forma, que é a base da interpretação pelo processo filológico. Daí resultam deslizes que se não corrigem, nem descobrem sequer... surgem palavras sem significação própria, portanto inúteis, textos falhos, lacunosos, incompletos; outros inaplicáveis, contrários à realidade, ou prenhes de ambigüidade".[49]

É como se este pito tivesse sido preparado especialmente para ilustrar este texto, projetando a contradição entre a criação do legislador, que deveria exprimir a vontade social e a realidade oposta que criou!

A Lei nº 8.883, de 1994, adveio do Projeto de Lei de Conversão nº 10, de 1994, em que se transformou a Medida Provisória nº 472, de 15 de abril de 1994, contemplando inúmeras emendas a esta última, entre as quais se destaca a que modifica o citado parágrafo único do artigo 61.

Uma das emendas apresentadas às diversas medidas provisórias, que antecederam esta lei,[50] diz respeito à inclusão da expressão "ressalvado o disposto no artigo 26 desta lei", sob a justificativa de que a emenda visava tornar obrigatória apenas a publicação de instrumentos de contratos ou de seus aditamentos de valor superior ao limite previsto na alínea *a* do inciso II do artigo 23 (refere-se à alínea *a* a convite, para compras e serviços que não sejam a contratação de obras e serviços de engenharia), por se tratar de medida de ordem econômica e a publicação do contrato sair mais cara do que o valor do contrato.

No entanto, a emenda, tal como foi aprovada, não excluiu da publicação os

49 Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Liv. Freitas Bastos, 6ª ed., 1957, p. 157.

50 Cf. as Medidas Provisórias números 351, de 16 de setembro de 1993; 360, de 18 de outubro de 1993; 372, de 17 de novembro de 1993; 388, de 16 de dezembro de 1993; 412, de 16 de janeiro de 1994; 429, de 16 de fevereiro de 1994; e 450, de 17 de março de 1994, com a mesma ementa e com conteúdo quase idêntico (cf. Parecer número 6, de 1994 — CN, publicado no DCN, de 29 de abril de 1994).

contratos e aditamentos de valor inferior ao limite estipulado na alínea *a* do inciso II do artigo 23, como pretendia o legislador, segundo se infere da leitura da emenda e da justificativa e, obviamente, do texto aprovado. Paradoxalmente, excluiu os contratos decorrentes da dispensa ou da declaração de inexigibilidade catalogadas nos incisos III a XX do artigo 24, nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no artigo 25, respectivamente, cujos valores podem até ser altíssimos.[51]

Como interpretar essa disposição legal com a ressalva?

Terá o legislador acatado a sugestão do Tribunal de Contas da União e dos Conselhos de Contas e a súplica dos administrados dispensando a publicação de alguns tipos de contratos, como forma de economia e racionalização, especialmente os de valor reduzido, cujo custo da publicação excede o próprio valor do contrato?

Efetivamente, o Relator, Ministro Luciano Brandão, em memorável voto, acatado pelo Colendo Tribunal, sedimentou sólida e torrencial jurisprudência, ordenando a publicação de todos os contratos, mesmo os outros instrumentos, previstos no artigo 52 (artigo 62 da lei vigente), e recomendou que os órgãos competentes do Poder Executivo fizessem estudos com o objetivo de identificar a oportunidade e conveniência de adoção de providências de ordem legislativa, visando alterar o Dec.-Lei 2.300, de modo que, em nome da racionalização administrativa e da economia ou simplificação processual, o referido estatuto viesse a conter limites razoáveis de valores abaixo dos quais seria facultativa a publicação resumida, no DOU, dos instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública.[52]

A ressalva, realmente, não pode ser ignorada, na interpretação da textura legal, apesar da intenção do legislador ter sido outra.

A Lei nº 8.883/94 reformou o parágrafo único do artigo 61, idêntico ao parágrafo único do artigo 51 do diploma revogado, e ressalvou o disposto no artigo 26, ou seja, mandou publicar todos os contratos, exceto aqueles cuja licitação foi dispensada, com fulcro nos incisos III a XX do artigo 24 e nos §§ 2º e 4º do artigo 17, e declarada inexigível nos termos do artigo 25, à guisa de economia e racionalização, visto que esses atos, ou seja, a dispensa e a inexigibilidade, deverão ser ratificados pela autoridade superior e somente serão eficazes, após sua publicação na imprensa oficial.

Quer a lei que se publiquem todos os contratos ou seus aditamentos, qualquer que seja o valor ainda que desonerados; entretanto avisa que há uma ressalva, que não pode ser preterida.

Publicados que foram aqueles atos — dispensa ou inexigibilidade — em momento imediatamente anterior, obrigatoriamente justificados[53], não há razão bastante

51 Cf., entre outras, a emenda do Relator, Deputado Walter Nory, Emenda nº 00046/94, à MP 00429. Cf. a emenda nº 0039, do deputado Ariosto Holanda, à Medida Provisória nº 472, idêntica à redação aprovada e que se transformou no parágrafo único do citado artigo 61; cf., também, a emenda nº 183, do deputado Luís Roberto Pontes, que propõe, igualmente, a ressalva ao artigo 26.

52 Cf. Proc. TC 025410/91 cit.

53 Todo ato administrativo deve ser largamente motivado, como via de acesso para a fiscalização e

para repetir aquele ato (a publicidade), onerando, sobremaneira, o contrato e sobrecarregando os serviços públicos, em homenagem aos princípios da racionalidade e economia, que devem nortear a boa administração, desde que daqueles atos constem, necessariamente, os dados essenciais do contrato, que normalmente[54] estariam inseridos no extrato que deveria ser publicado.

Se, entretanto, o contrato não for celebrado, deve-se publicar o ato que tornar insubsistente a dispensa ou a declaração de inexigibilidade.

Se assim não for, o legislador estará deserdando o princípio da publicidade, impedindo que se dê conhecimento de alguns contratos extraordinariamente elevados, embora dispensados da licitação ou declarados inexigíveis, tão-somente em virtude da péssima redação do preceito reformado e da verdadeira intenção do legislador que se não expressou corretamente.[55]

Sidney Martins disserta que os prazos descritos, no parágrafo único do artigo 61, não se aplicam à contratação direta, nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, já que, nestas hipóteses, a publicação deve ser feita no prazo de cinco dias, devido à ressalva feita no parágrafo único, *in fine*.[56]

Deve-se entender que se não publicam tais contratos, porque a dispensa e a inexigibilidade já o foram, nos cinco dias, após sua comunicação à autoridade superior, para ratificação, nos três dias seguintes à realização daqueles atos, se destes constam todos os elementos necessários à publicidade. Pensar diferentemente leva ao absurdo de que a alteração não conduziu a nada.

Ou, então, como entender a ressalva que acabou embutida nessa cláusula normativa? Com Carlos Maximiliano, apoiado em sólida e fecunda doutrina, aprendemos que as leis não contêm palavras inúteis, isto é, as palavras terão sempre alguma eficácia. E Sutherland e Trigo de Loureiro lecionam que a norma deve ser vista em todas as suas perspectivas, de modo que não fique inoperante, nula ou sem qualquer significado.[57]

Seria verdadeira burla à inteligência interpretar-se de modo diverso, desconhecendo o destino da exceção legal, nesse dispositivo, inscrita.

Se, entretanto, o referencial do contrato com os citados dados não estiverem contidos naqueles atos de dispensa e da justificativa, daí não há como furtar-se à publicação do respectivo contrato, mas no prazo referido no dispositivo, sob comento, e não no curto prazo de cinco dias. Esta interpretação estreita não se conforma com a finalidade do comando legal. Afinal, o alargamento do prazo para publicação

controle, princípio magno do direito administrativo. Neste sentido, Florivaldo Dutra de Araújo, *in* Motivação e controle do ato administrativo, Del Rey, 1992, p. 192.

54 Cf. art. 26 da LLCA.

55 A interpretação, que ora oferecemos, reformula, em parte, nosso pensamento anterior. Vide nosso Licitações e Contratos cit. Esta também é a opinião do Dr. Lucas Azevedo Moreira dos Santos, Procurador-Assessor da Coordenadoria-Geral Patrimonial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

56 Cf. Breves Anotações ao Novo Estatuto, Juruá, Curitiba, 3ª ed., 1995, p. 96.

57 Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito. O autor cita em abono de sua tese: Carlos de Carvalho, Ribas, Coelho da Rocha, Paula Batista e Borges Carneiro.

dos instrumentos de contrato e seus aditamentos não foi obra do acaso e ocorreu, para atender os entraves da Administração.

Omissão do legislador

A questão crucial, porém, remanesce e reside na omissão do legislador, quanto aos contratos, cujos instrumentos são substituídos por outros instrumentos hábeis menos formais, segundo faculdade prevista no artigo 62. Instrumento é o documento escrito, formal, no qual se inscrevem todos os elementos necessários à sua precisão e clareza, de acordo com as formalidades legais impostas pela LCCA.

Esses também são instrumentos bilaterais de contratos, conquanto simplificados e despidos de certas formalidades, ministra Hely Lopes Meirelles.[58]

A doutrina e a jurisprudência pretoriana, torrencial e iterativamente, sempre exigiram a publicação de extratos de todos os contratos, quaisquer que fossem seu valor, tendo ou não ônus, incluindo os demais instrumentos, porque onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.[59]

No âmbito federal, no entretanto, o Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, ainda em vigor no que não colidir com a LLCA e contrariando frontalmente a lei pretérita — a lei atual não foi alterada neste ponto —, obrigava a publicação em extrato, no Diário Oficial da União, dos contratos, convênios, acordos ou ajustes, cujo valor excedesse a Cz$ 2.000.000,00 (valor da época), liberando, ilegalmente, os demais. Esta anômala dispensa não encontrava amparo legal.

Também dispensava da publicação, se as despesas devessem ser feitas em caráter sigiloso, *ex vi* do artigo 44 do Decreto-lei nº 199, de 1967.

Não obstante, consolidando firme e iterativa jurisprudência, a Corte Maior do País, contando com o lúcido voto do Relator, Ministro Homero Santos, e a aquiescência do Plenário, presente o Procurador-Geral em exercício, Dr. Jatir Batista, assentou que é obrigatória a publicação dos extratos de todos os seus contratos no Diário Oficial da União, nos termos do § 1º do artigo 61 da Lei nº 8.666/93 e do artigo 33 do Regulamento de Licitações e Contratos do GEIPOT, mesmo em se tratando de outros instrumentos hábeis, como, por exemplo, nota de empenho, carta-contrato, autorização de compra, ordem de execução de serviço.[60] Neste sentido, o Plenário aprovou voto do Relator, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha[61].

O legislador de 1994, contudo, não solucionou, como devera, a questão, relacionada com a publicação de contratos, cujos termos podem ser substituídos por

58 Cf. op. cit., p. 205.

59 Carlos Maximiliano, escudado em Falcone e Berriat Saint-Prix, ordena que se cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas, ou *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

60 Cf. Decisão do TCU nº 585, Pleno, DOU de 28.9.94.

61 Cf. TC 225241/90-0 cit.

outros instrumentos, tais como a carta-contrato, a nota de empenho, enfim aqueles decorrentes da dispensa de licitação, prevista nos incisos I e II do artigo 24 e no § 4º do artigo 62, *in verbis*: 1) obras e serviços de engenharia de valor até 5% do limite previsto na alínea *a* do inciso I do artigo 23, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta ou concomitantemente;

2) outros serviços e compras de valor até 5% do limite previsto na alínea *a* do inciso II do artigo 23 e, para alienações, nos casos previstos nesta lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; e compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, se não resultarem em obrigações futuras e não for necessária assistência técnica (artigo 62, § 4º).

Isto porque o artigo 26, objeto da ressalva, no parágrafo único do artigo 61, não contempla os incisos I e II do artigo 24, nem o § 4º do artigo 62, com o que, paradoxalmente, contratos de vultosos valores, porque tiveram a licitação dispensada ou declarada inexigível e publicados estes atos, com a indispensável justificativa e com os elementos identificadores do próprio contrato, mas foram expressamente ressalvados no artigo 26, não terão que ser publicados, enquanto que os menos expressivos deverão sê-lo, sem dúvida, em face do expresso comando da lei.

O intérprete deve, porém, encontrar a melhor solução que se conforme com o Direito, mas não destoe da realidade.

A lei deve ser interpretada, inteligentemente, de modo que não conduza ao absurdo ou a conclusões vulneráveis ou impossíveis. A lacuna legislativa deve ser preenchida sem ferir princípios constitucionais.[62]

Aplicando-se o artigo 16, que disciplina as compras feitas, pela Administração direta ou indireta, os contratos, não enclausurados, no citado artigo 26, poderão ser publicados, da mesma forma, ou seja, dar-se-lhes-á a publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso.

Publicada a relação desses contratos ou afixada nos quadros de aviso de amplo acesso, à semelhança daquelas compras (art. 16), estará sendo cumprido o *desideratum* constitucional, sem demasiado sacrifício financeiro e da burocracia estatal.

Pequenas compras

Hipótese interessante diz respeito às pequenas compras, disciplinadas no parágrafo único do artigo 60, que podem, excepcionalmente, ser objeto de contrato verbal, desde que não ultrapassem a cinco por cento do limite estabelecido no artigo 23, inciso II, alínea *a*, pagas imediatamente e em regime de adiantamento.

Todo contrato administrativo é escrito e formal, submetendo-se às formalidades obrigatórias, exceto aqueles cujos instrumentos podem ser substituídos pelos outros

62 Cf. Carlos Maximiliano, op. e p. cit. Examine-se, também, Hermenêutica Jurídica, Brasiliense Coleções, 2ª edição, 3 volumes.

instrumentos, menos formais, e os referidos nesse dispositivo. Estes, porém, não necessitarão ser publicados, visto que, se verbais são, não dependem de comprovação documental.[63]

Convênios e outros instrumentos congêneres

Os convênios,[64] os ajustes, acordos e quaisquer outros instrumentos congêneres, celebrados por órgãos e entidades da Administração, também devem ser publicados, porque se lhes aplicam as disposições da LLCA, no que couber.[65]

A publicidade é incontestavelmente norma geral e a esse princípio estão sujeitos todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como as entidades da Administração indireta, as controladas, direta e indiretamente pelo Poder Público e, ainda, os fundos especiais, como inovação desta lei. Essas últimas deverão editar seus regulamentos, sujeitos às disposições da LLCA, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão adaptar, se já o não fizeram, suas regas ao disposto nesta lei, admitindo-se, efetivamente, o princípio da recepção e convivência harmônica das normas jurídicas, alicerçada no princípio maior da autonomia dos entes federativos (artigo 18 da CF), esculpida nos artigos 25, 29 e 32 da Constituição Federal.

Concessões e permissões de serviços públicos

As concessões e permissões de serviços públicos, quando contratadas com terceiros, deverão ser necessariamente precedidas de licitação, excepcionadas as hipóteses legais, aplicando-se-lhes as normas gerais da LLCA,[66] que convivem perfeitamente com a legislação específica, da qual não se afasta a publicidade.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe que as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos se regem pelo disposto no artigo 175 da Constituição Federal, por esta lei e pelas normas legais pertinentes, entre as quais se sobressai a Lei nº 8.666/93, devendo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promover a revisão e a adaptação necessária de

63 O contrato verbal é categoricamente fulminado pela jurisprudência pretoriana, por encontrar vedação na lei, admitida apenas excepcionalmente (artigo 60, parágrafo único). Vide, neste sentido, a decisão do TCU nº 644/94, DOU 7.11.94, Relator Ministro Lincoln M. da Rocha.

64 Cf. nossos Convênios Administrativos, BLC cit., de março de 1990, 3/90; idem, na Revista dos Tribunais 669/39; Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados 76/39.

65 Cf. art. 55 do Decreto nº 93.872/86, aplicável apenas à esfera federal, no que não colidir com a LLCA.

66 Cf. acórdão do STF, no RE 140.989, Rel. Octávio Gallotti, Pres. Ministro Moreira Alves, julgado em 16.3.93 Ementa: "Necessidade de prévia licitação, para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a forma de concessão."

seus diplomas legislativos às disposições desta lei, atendendo às peculiaridades das variadas modalidades de seus serviços.[67]

O Tribunal de Contas da União, pelo Pleno, adotou as conclusões do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, em processo de interesse da INFRAERO, ao analisar a concessão do direito de uso de sala VIP, em aeroporto, e determinou a essa entidade que adeque seu Regulamento de Licitações às normas da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94. De se notar, ainda, a manifestação desta Corte proibindo, terminantemente, " a retroação da eficácia do contrato" , por agredir a lei, e vedando, ainda, qualquer acordo verbal, que só excepcionalmente é admitida, no âmbito da Administração Pública.[68]

E, ainda, como proposição fundamental, consigna os princípios da legalidade, moralidade, *publicidade*, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.[69]

A divulgação do contrato de concessão e da permissão é ato obrigatório, devendo-se observar, entre outros, o princípio da publicidade.[70]

67 Sobre o tema, consulte-se Concessão do Serviço Público, obra coordenada por Odete Medauar, com a participação de Marcos José do Amaral Filho, Fernando de Menezes Almeida, Helly Alves de Oliveira, Márcio Walkiria dos Santos, Marcos Maurício Toba, Hamilton Rangel Toba, João Carlos Lopes de Souza e Marcelo Pereira.

68 Cf. TC 014948/94-0, decisão nº 644/94, *in* DOU de 7.11.94, *apud* BLC cit. 3/138. Conquanto a decisão, ao tratar da retroação da eficácia do contrato, refira-se ao § 2º do art. 51 do revogado Dec.-Lei 2.300/86, aquela não perdeu atualidade, pois se lhe aplicam os mesmos princípios, sem qualquer trauma.

69 Sobre infrações penais da LLCA, consulte-se Dos Crimes da Lei de Licitações, Saraiva, 1994, de Vicente Greco Filho.

70 Cf. arts. 14 e 40 da Lei nº 8.897, de 13 de fevereiro de 1995.