OBRA PÚBLICA — EXECUÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA — IMPEDIMENTO LEGAL

— Não é autorizada pela legislação brasileira a execução de obra pública pelo regime de administração contratada.

PROCESSO N.º 254

DECISÃO

Ofício n.º 157, de 22 do mês próximo findo, da Divisão de Obras do Ministério de Educação e Saúde, junto ao de n.º 153, de 19 anterior, da mesma Divisão, sôbre o contrato celebrado com a firma Santos, Monteiro-Engenharia-

Indústria S.A., para execução de obras complementares para conclusão do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Bahia, na cidade do Salvador (PG. 254) — O Tribunal recusou registro ao contrato, por se tratar, na hipótese, da figura de administração contratada, que não é autorizada nas leis brasileiras. Foi voto vencido o Sr. Ministro Oliveira Viana. No julgamento dêste processo, declarou-se impedido o Sr. Auditor Bueno Brandão.

O Sr. Ministro Relator proferiu o seguinte voto:

O Ministério da Educação e Saúde contratou com a firma Santos, Monteiro-Engenharia Indústria S. A. a execução de obras complementares para a conclusão do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Bahia, na cidade de Salvador.

No têrmo de 12 de março do mês findo ficou convencionado:

a) a Contratante-empreiteira obriga-se a executar... até importância de Cr$ 3.692.246,70 pelo regime de administração para as despesas que efetuar, como propôs, inteiramente de acôrdo com a sua proposta, especiicações e plantas... (cl. 1.ª).

b) O contratante-empreiteiro terá direito, como retribuição dos serviços prestados, à importância relativa a 12 % sôbre o custo das obras, entendendo-se por custo das obras as importâncias efetivamente despendidas em material, mão de obra, pessoal, ferramentas e outros suprimentos necessários às mesmas e decorrentes da sua execução, inclusive as que se referem a seguros ou indenizações relativas a acidentes do trabalho, taxas que forem devidas aos Institutos de Aposentadoria e Pensões, selos, impostos, licenças e outros exigidas pela legislação trabalhista (cl. 2.ª).

c) Os honorários, salários, jornais, quaisquer outras compensações por serviços prestados, obedecidas as leis trabalhistas, serão fixadas pelo contratante-empreiteiro, mediante aprovação prévia da fiscalização das obras (cl. 6.ª).

d) O contratante-empreiteiro apresentará ao fiscal das obras, nos primeiros dias de cada mês, as faturas relativas ao mês anterior com o pessoal, tarefeiros, material e outros gastos realizados na construção que estejam compreendidos nêste contrato e na sua proposta, inclusive a devida percentagem... (cl. 7.ª).

e) Os materiais fornecidos para as obras, diretamente pelo contratante-empreiteiro, serão escriturados pelo preço de custo, sob verificação da fiscalização, para efeito das percentagens referidas na cláusula segunda (cláusula 8.ª). Ver item *c*.

Frise-se de passagem que do expediente encaminhando a êste Tribunal não consta a proposta apresentada.

II. Lê-se na exposição de motivos do D.A.S.P.:

a) O têrmo em exame decorre do estado de fato da Cia. de Construções Civis Ltda. não ter executado as obras a que se comprometera à conta de importâncias já recebidas na cifra de Cr$ 332.820,00 (fls. 2).

b) Em conseqüência, ficaram pràticamente paralisadas as obras do Hospital, pois sem êsses acabamentos, o contratante, vinculado aos têrmos do contrato registrado na Sessão de 28 de março de 1944, não pode dar andamento da parte a seu cargo (fls. 2).

c) Para sair do impasse o Ministério entrou em entendimento com o ora contratante no sentido de apresentar uma proposta para a execução dos obras não abrangidas pelo contrato em vigor (fls. 3).

d) Essa proposta inclui, além de outros itens, os serviços que deviam ser executados pela cit. Cia. à conta de importâncias já recebidas, como a reforma da parte da obra executada pela Cia. e que se acha em mau estado em virtude de ter ficado exposta longo tempo às intempéries, sem cuidados de conservação. (fls. 3).

e) Se providências imediatas não forem tomadas no sentido de se realizarem os trabalhos a cargo da Cia... ficará o atual contratante sem possibilidades de ultimar as obras, o que representará incalculável prejuízo não só para a construção pròpriamente dita, como para a Faculdade, que tem necessidade urgente do Hospital (fls. 3).

f) Sugeriu o Ministério da Educação a aceitação da proposta, realizando-se porém, a execução das obras pelo regime de administração, admitido o limite máximo de Cr$ 3.692.246,70 para obras a efetuar (fls. 3).

g) Essa modalidade traz a vantagem de permitir a remuneração exata de *certos trabalhos mal definidos quantitativamente na proposta* (fls. 3).

h) o Exmo. Sr. Presidente da República, por despacho datado de 10 de janeiro próximo findo, autorizou a adjudicação dos serviços ao contratante (fls. 4).

III. Em regra a execução das obras públicas é feita sob a direção de um funcionário do quadro ; a aquisição do material necessário se faz diretamente nos mercados fornecedores e o financiamento corre por conta do Estado.

E' o regime da administração oficial (*exécution en régie*).

A execução por *administração contratada* (*régie interessée*), ao invés, é confiada a pessoas estranhas à Administração. A remuneração é representada : ou por uma participação nos benefícios ou por percentagem fixa ou proporcional ao valor das obras executadas (Alcides Cruz, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 214, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1914 ; Viveiros de Castro, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, pág. 255, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1914 ; Temístocles Cavalcânti, *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. 2, pág. 117 e 119, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1938 ; Tavares de Lira Filho, *Contratos Administrativos*, pág. 150, Rio de Janeiro, 101).

"Dans l'exécution en régie, l'entrepreneur est l'administration : c'est elle que court les risques ; elle charge des individus ou un individu, le regisseur, de faire exécuter la fornitude aux risques de l'administration. Le regisseur peut être un fonctionnaire sans autre rémuneration que son traitement : c'est la régie simple ; se peut être un individu non fonctionnaire, remuneré par un tantième sur la depense ou par telle autre combinasion financière. La caractéristique est qu'il n'assume aucun risque. Les risques sont entièrement à la charge de l'administration : celle-ci est l'entrepreneur, au sens économique du terme (Gaston Jèze, *Les Contrats Administratifs*, vol. 1, pág. 41 e 54. Paris, 1927-1934 ; Sabino Gendin, *Los Contratos Públicos*, pág. 155 ; Madrid

1934; Luigi Abello, *Appalto* (*Contratti di*) n.ºs 1, 6 e 14); Antonio Vitale, *Lavori Pubblici*, n.º 37, *in Nuovo Digesto Italiano*, vol. 1, págs. 526, 531 e 539 vol. 7, pág. 572, Roma, 1937-1939).

Gaston Jèze, fazendo apreciação crítica (do ponto de vista financeiro e econômico) da *régie*, escreve:

"Financièrement, l'entreprise passe pour préferable à la régie interessée ... dans un gouvernement démocratique, la régie est presque fatalement une source de despenses considérables... le contrôle sur les entrepreneurs et fournisseurs est tres difficile à organiser." (*Cours de Finances Publiques*, pág. 171 a 174, Paris, 1931).

IV. A legislação nacional, em casos especiais, permite:

a) adquirir mediante concorrência administrativa... à margem da linha, os combustíveis e materiais de que precisarem, assim como efetuar o pagamento das contas de gás, luz elétrica, telefone, transportes, aluguéis e despesas de pessoal, utilizando-se, mediante autorização do Ministério da Viação, *da própria renda* e podendo realizar os pagamentos onde tiveram sido feitos os fornecimentos ou os serviços (Lei n.º 4.793, de 7 de janeiro de 1924, art. 198, § 1.º).

b) *regime de tarefas*. A execução de obras por ordem de serviço, ou por ajustes a título precário, nas estradas de ferro da União inclusive, nas exceções legais (Reg. Cont. Pca., art. 246) mas obedecendo a condições gerais prescritas pelo Ministério da Viação (Lei cit., art. 227).

Essa autorização foi reproduzida no art. 22 da Lei n.º 4.911, de 12 de janeiro de 1925, com uma referência *"a outros serviços industriais da União"*.

O Ministério da Viação, pela Portaria de 22 de janeiro de 1924, baixou as "condições gerais" para a execução das obras de estradas de ferro diretamente subordinadas ao Ministério da Viação.

Resolveu-se também que o "fornecimento do material" poderia ficar a cargo dos tarefeiros.

O sistema de tarefas tem sido adotado nas obras da Baixada Fluminense com a chancela dêste Tribunal (Alberto Biolchini, *Codificação da Contabilidade Pública Brasileira*, vol. 2, págs. 914 a 926, Rio de Janeiro, 1930; Tavares de Lira Filho, op. cit., págs. 152 e 153).

Em virtude de deliberação dos Ministros, essa Portaria foi aplicada em serviços a cargo das Inspetorias de Águas e Obras Públicas, e Portos, Rio e Canais.

Não é aplicável, porém, à *construção de portos*.

Através da portaria de 18 de março de 1927, foi aprovado o regime de tarefas relativo às obras de construção da *estrada de rodagem Rio-São Paulo* (Biolchini, cit., págs. 926 e 928).

c) contratar o fornecimento e a reparação do material rodante das estradas de ferro com emprêsas interessadas no transporte de seus produtos, de modo a ser a importância da respectiva despesa amortizada pela dos fretes a fazer por êsse transporte (Lei n.º 4.793, cit. 201, § 2.º, n.º XVIII).

Foi baixada então a Portaria de 18 de março de 1925 (*Diário Oficial* de 20 de março), posteriormente substituída pela de 29 de agôsto de 1928 e, mais tarde, pela de 9 de novembro de 1928 (*Diário Oficial* de 5 de dezembro). Ver Biolchini, cit. págs. 1.181 a 1.190; Eduardo Faria, *Prática do Código de Contabilidade*, vol. 1, pág. n.º 285, Rio de Janeiro, 1928.

V. A "administração contratada" foi justificada por Epitácio Pessoa, na Mensagem Presidencial de 3 de maio de 1921, para os casos especiais das obras contra as sêcas e construção de quartéis do Exército ante razões de ordem técnica — todos anteriores à vigência do Código de Contabilidade — (ver Tavares de Lira Filho cit., pág. 151).

As tentativas que se lhe seguiram à sombra das autorizações legislativas tiveram formal recusa por parte dêste Tribunal:

a) em sessão de 6 de setembro de 1926 em relação ao contrato para construção do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro;

b) na sessão de 26 de maio de 1927, no contrato para construção do Arsenal da Ilha das Cobras (Biolchini cit., pág. 928, 929, 1.086 a 1.048. Temistocles Cavalcanti, cit. pág. 4.110. Tavares de Lira Filho, cit. págs. n.ºs 150 e 151);

c) ùltimamente, nas sessões de 21 de dezembro de 1943 e 9 de maio de 1945, firmou-se essa jurisprudência frisando não haver disposição de lei que autorize a celebração de contrato configurando a modalidade de "administração contratada". (Processo n.º 308-45.)

VI. Na própria doutrina alienígena, os autores que se mostram favoráveis, por motivos técnicos, ao sistema da administração contratada, são os primeiros a reconhecer que se faz mister a permissão legal.

No hay duda que el Estado puede diretamente... ejecutar administrativamente obras públicas. Pero ello no significa que pueda recurrir a su arbitrio a la ejecución direta sino que son las leyes que estabelecen cuándo las obras deben realizarse por administración (Jacob Wainer, *Contratos Administrativos*, páginas n.ºs 204 a 214, Buenos Aires, 1939). Ver Miguel Lacreu, *Comentários a la Ley de Obras Públicas, in Museo Social Argentino*. Centro de Estudios Argentinos, 1934-1937, pág. 154 a 159, Buenos Aires, 1937.

VII. O direito administrativo disciplina o regime jurídico da construção de obras públicas confiadas a estranhos; mas a ciência da administração é que fixa as "normas de política financeira" insertas na Lei de Contabilidade Pública, (Ver Rafael Bielsa, *Ciência de Administración*, n.º 76, Rosário, 1937.)

VIII. A concorrência — com os defeitos que tem — representa o meio hábil para aferir a capacidade técnica e financeira dos licitantes. Se a lei permite a sua dispensa (Cód. Cont., art. 5), não faculta à Administração consertar normas extra-legais na adjudicação dos contratos.

Isto pôsto, preliminarmente, voto pela recusa do têrmo de fls., visto a modalidade contratual adotada não ter assento legal.

T. de C., Sala de Sessões, 2 de abril de 1946. — *Ruben Rosa*.