

2 de maio de 1952 pelo Departamento Nacional de Indústria e Comércio arquivada no aludido Departamento sob o n.º 39 814 e o Coronel Malvino Reis Netto procuração lavrada em Toronto em 8 de março de 1949, devidamente traduzida e registrada no 6.º Ofício do Registro de Títulos e Documentos sob o n.º 1 363, por despacho de 6 de maio de 1949. Esses documentos ficam arquivados neste Departamento de Concessões. Rio de Janeiro, em vinte e seis de setembro de mil novecentos e cinquenta e três.

Ass/ Aldo Sant'Ana de Moura, Carlos Schwerin Filho, Ivan Pinheiro de Oliveira Lima, Roberto D'Escragnolle Taunay, Carlos Pacheco Fernandes e Malvino Reis Netto.

Testemunhas: Eduardo de Oliveira e Waldemar Pires de Lima, Alzira Martins de Lima.

LEI N.º 778, DE 12 DE SETEMBRO DE 1953

Dispõe sobre o novo contrato a ser firmado entre a Prefeitura do Distrito Federal e a Companhia Telephonica Brasileira.

O Prefeito do Distrito Federal:

Faço saber que a Câmara dos Vereadores decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Artigo único — Fica o Prefeito do Distrito Federal autorizado a celebrar novo contrato com a Companhia Telephonica Brasileira, nos termos da minuta junta, por esta lei aprovada e que entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Distrito Federal, 12 de setembro de 1953 — 65.º da República.

Dalcídio do Espírito Santo Cardoso

Nota — Os “Termos da Minuta” a que se refere a Lei acima correspondem aos termos do contrato celebrado entre a Companhia Telephonica Brasileira e a Prefeitura do Distrito Federal.

TRIBUNAL DE CONTAS DA P.D.F.

Administração contratada — Sua natureza e efeitos na doutrina nacional e estrangeira — Registro do contrato com voto vencido.

Processo:

N.º 6 032 845-52 — Ofício n.º 5 617, de 29-12-52, da S.G. — Saúde, contrato firmado entre a Prefeitura e C. e C.A. Ltda.

O Tribunal resolveu recusar registro ao contrato, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator e de acordo com o parecer da Procuradoria.

O Senhor Ministro João Lyra Filho votou pelo registro.

Voto do Senhor Ministro Olympio de Melo no Processo n.º 6 032 845, de 1952.

Trata-se do contrato celebrado entre a Prefeitura do Distrito Federal e a firma C. e C. A. Ltda. para a execução das obras de construção da Lavandaria, velório, reparos e pinturas no Asilo São Francisco de Assis.

Volta o presente da diligência interna ordenada em sessão de 10 de março findo, para que a dita Procuradoria emitisse parecer sobre a legalidade do contrato em exame, pactuado sob o regime de “administração contratada”.

Tendo sido lavrado a 9 de dezembro do ano findo, foi publicada a 13 do mesmo mês e encaminhado ao Tribunal dentro do prazo da lei.

A despesa, no valor de Cr\$ 1 290 000,00, foi devidamente empenhada à conta da dotação n.º 349.2-H, da Verba 600, do orçamento de 1952.

O prazo para a execução das obras é de 6 meses. E como garantia das obras executadas foi feita a caução em títulos da Dívida Pública, no valor de Cr\$ 100 000,00. Na cláusula Sexta, acham-se consignadas as diversas percentagens sobre o custo total dos serviços, mão de obra e outros gastos, bem como sobre o total das folhas de salários, e, ainda, sobre o total da despesa global prevista.

A respeito dessa modalidade contratual — administração contratada — já tenho ponto de vista firmado, tendo sido Relator no julgamento do contrato assinado com a Companhia Comércio e Construções, para as obras de perfuração do túnel Catumbi-Laranjeiras e serviços complementares; o Tribunal acompanhou o voto do Relator, negando registro ao dito contrato.

Em cumprimento, pois, àquela diligência, a dita Procuradoria em parecer da lavra do ilustrado Doutor Edgar de Arruda, inicialmente, apresenta os processos empregados na execução de obras e serviços públicos, a saber: a) administração; b) empreitada; c) concessão, e d) tarefa.

Em seguida pergunta o que vêm a ser administração contratada ou interessada. E responde: “É um sistema híbrido, participando da natureza de obras

ou serviços com execução, ao mesmo tempo, pela Administração e por um terceiro. Corresponde à chamada “régie intéressée” tão conhecida e praticada no Direito Administrativo francês”.

O sistema de administração contratada não tem acolhida nas leis brasileiras. E talvez isso se dê não só por ser contrário tal processo à legislação, como ainda venha a sua adoção pôr em perigo constante a seriedade, ou a moralidade necessárias à gestão dos negócios públicos.

Sobre a incompatibilidade com as nossas leis, fala aquêlê illustre Procurador, esclarecido:

“Tal regime, porém, se teve alguns raros precedentes, quer na administração federal (e isso em virtude de registros sob protestos, ordenados pelo Governo) quer também na local, contraria, no entanto, não só princípios e tradições de Direito Administrativo brasileiro, como ainda a própria legislação”.

Exemplificando a douda Procuradoria êsses raros precedentes, cita os casos da construção do Arsenal de Marinha na Ilha das Cobras e do Hospital de Clínicas, da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro.

Para essas obras, de fato, a Administração federal deu preferência ao processo de administração contratada, não tendo, porém, tais contratos merecido o beneplácito do Tribunal de Contas da União, que lhe negou registro, por considerá-los incompatíveis com a lei.

É bem verdade que mais tarde o Presidente da República mandou executá-los mediante registro sob protesto, lembra o doudo Procurador.

Continuando em seu luminoso Parecer, confirma ainda o Doutor Edgard de Arruda que o Tribunal de Contas da União sempre considerou o sistema de “administração contratada”, como não autorizado pela legislação brasileira.

Corroborando essa afirmativa chama êle a atenção para o processo referente à execução das obras complementares do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro — contrato pactuado pelo referido processo — cujo registro foi denegado por aquêlê Egrégia Côrte de Contas.

No seu parecer, o ilustrado Doutor Edgard de Arruda cita alguns trechos do erudito voto do Ministro Rubem Rosa, “que dissecou, sob todos os seus aspectos, inclusive o histórico, para chegar à conclusão de que o sistema de administração contratada é incompatível com as leis brasileiras”.

E segundo aquêlê voto, já se firmou jurisprudência, por parte do Tribunal de Contas da União, no sentido de não haver disposição de lei que autorize a celebração de contrato configurando a modalidade de “Administração contratada”.

Ainda do brilhante Parecer da douda Procuradoria destacamos essa passagem aurida nos ensinamentos de Alberto Biolchini:

“Em favor do regime de administração contratada invoca-se a alta conveniência para o Estado de confiar a execução de trabalhos de certa natureza a especialistas consumados, que não se sujeitariam talvez, à concorrência pública ou que nesta não lograriam a melhor colocação. Poderá ser uma boa razão, mas isto não sana a imoralidade do ato, graças ao qual se podem distribuir, sem percalços, os favores do Tesouro em proporções que ficam ao inteiro arbítrio do Governo e escapam, de todo, à fiscalização dos órgãos competentes.

As obras públicas ou são executadas diretamente pelo Governo, o regime de administração, ou são contratadas. Administração contratada é um produto híbrido dos dois regimens, de introdução recente entre nós, e que *merece formal condenação*, aliás implícita nos artigos 244, 737 e 765 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública”.

Justificam alguns a adoção de tal processo (administração contratada), invocando o argumento da alta competência técnica quando se trata de obras especializadas.

Mas no presente caso, como bem salienta o ilustrado Doutor Edgard de Arruda, nada disso ocorre: trata-se de obras banais, comuns, como seja a construção de uma lavanderia e de um velório e reparos e pinturas no Asilo São Francisco de Assis.

Finalizando o seu erudito parecer, salienta ainda não esquecer que, “enquanto nas empreitadas comuns o preço da obra é previamente conhecido, sabendo a Administração o que vai pagar, na administração contratada mão de obra e materiais, pôsto sejam pagos pelo Estado, ficam, quanto ao preço, à discriminação do terceiro contratante, que só pode ter o patente interesse de elevar o custo global do trabalho a êle confiado, a fim de aumentar, proporcionalmente, a sua percentagem ou benefício”.

Nada mais é necessário acrescentar-se ao presente voto.

Assim, nos termos do Parecer da Procuradoria, que adoto integralmente, voto pela recusa do presente contrato, por ser contrário à legislação em vigor. Sala das Sessões, 17 de abril de 1953. — *Olympio de Melo*, Relator.

Parecer da Procuradoria no Processo n.º 6 032 845-52.

01 — Em diligência interna, ordenada pelo Egrégio Tribunal ao exame desta Procuradoria volta o processo do contrato acima indicado. De acôrdo com os debates da decisão determinante da diligência, o principal objetivo desta é o exame da legalidade do contrato, que foi pactuado sob o regimento ou sistema da chamada “administração contratada ou interessada”.

02 — Na espécie, antes da diligência interna ora em cumprimento, outra fôra ordenada para se aguardar a remessa da relação dos “Restos a Pagar”, (fls. 10-12). — Esta foi cumprida (fls. 13-13 v). — Mas, ao prescrevê-la, o Egrégio Tribunal o fêz de acôrdo com o voto do primeiro Relator, o Exmo. Senhor Ministro Pedro Firmesa (fls. 13), voto êsse concebido nestes termos:

“Visto.

Em pauta:

Pela diligência, preliminarmente cabendo oportunamente ao Tribunal apreciar o mérito ajustado sob o sistema de administração contratada”.

03 — Por motivos de ordem interna (férias concedidas ao 1.º Relator), o processo foi novamente distribuído, cabendo nessa segunda distribuição, a tarefa de relatá-lo ao eminente e mui digno Sr. Ministro Cônego Olympio de Melo. Êste, em face da decisão anterior do Tribunal, propôs fôsse ouvida esta Procuradoria sobre a questão suscitada pelo Exmo. Sr. Ministro Pedro Firmesa e pelo novo e mui honrado Relator posta acentuadamente em relêvo.

04 — Nesta segunda diligência, portanto, cabe à Procuradoria manifestar-se a respeito da legalidade do sistema adotado para a execução do contrato em exame.

05 — Relewa dizer que tínhamos, antes, opinado pelo seu registro (fls. 13 v.), face a alguns precedentes na jurisprudência dêsse Tribunal, mas, com a diligência ordenada e melhor apreciação da matéria, chegamos a conclusão diversa, como se passa a expor.

06 — Como todos sabemos, na execução de obras e serviços públicos, são empregados os seguintes processos: a) administração; b) empreitada; c) concessão, e d) tarefa (José Mattos de Vasconcellos, *Direito Administrativo*, vol. 1.º, pág. 115; Themistocles Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. 2.º, pág. 378).

07 — Que é, porém, *administração contratada ou interessada*? É um sistema híbrido, participando da natureza de obras ou serviços com execução, ao mesmo tempo, pela Administração e por um terceiro. Corresponde à chamada *régie intéressée* tão conhecida e praticada no Direito Administrativo francês:

08 — Eis a sua noção:

“C'est ce qui différencie essentiellement le fournisseur du régisseur dans le marché de fournitures, le fournisseur est, économiquement, l'entrepreneur, c'est-à-dire, celui qui court les risques. Dans l'exécution en régie, l'entrepreneur est la administration; c'est elle qui court les risques; elle charge des ouvriers ou un individu, le régisseur, de faire exécuter la fourniture aux risques de l'administration. Le régisseur peut être un fonctionnaire, sans autre rémunération que son traitement: c'est la régie simples; ce peut être un individu non fonctionnaire, rémunéré par un tantième sur la dépense ou par telle autre combinaison financière. La caractéristique est où il n'assume aucun risque. Les risques sont entièrement la charge de l'administration: celle-ci est l'entrepreneur, au sens économique du terme” (vide Gaston Jèsse, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 3.ª ed., pág. 328).

09 — Entre nós, e do sistema, também nos dá a mesma lição o exímio publicista Themistocles Cavalcanti:

“A administração contratada é aquêl regime de execução de obras públicas em que o Estado entrega a terceiros a realização do serviço, percebendo êsses, pela administração, determinada percentagem. Todo o material e mão de obras são fornecidos pelo Estado. É aquêl regime que os franceses chamam, com muita propriedade, *régie intéressée*” (op. cit. e vol. cit., pág. 381).

10 — Tal regime, porém, se teve alguns raros precedentes, quer na administração federal (e isso em virtude de registros sob protesto ordenados pelo Governo), quer também na local, contraria, no entanto, não só princípios e tradições do Direito Administrativo brasileiro, como ainda a própria legislação.

10 — É assim que, em passado remoto, se poderiam citar os casos da construção do Arsenal de Marinha na Ilha das Cobras e do Hospital de Clínicas, da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. Preferiu-se para essas obras o processo de administração contratada, mas o Tribunal de Contas da União lhe negou o devido registro, por incompatível com a lei, embora mais tarde o Presidente da República mandasse executá-las mediante registro sob protesto, sendo o seu ato, posteriormente, aprovado pelo Congresso (vide José de Mattos Vasconcellos, op. e vol. cit., pág. 116; Alberto Biolchini, *Codificação da Contabilidade Pública Brasileira*, vol. 2.º, pág. 928 e seguintes e 1 036 e seguintes).

11 — Todavia, o Tribunal de Contas da União sempre considerou o sistema de *administração contratada* como não autorizado pela legislação brasi-

leira. Ainda recentemente, no processo n.º 254, para execução de obras complementares no Hospital de Clínicas, da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, aquela Egrégia Córte de Contas recusou registro ao contrato pactuado pelo referido processo. Prevaleceu, na hipótese, o luminoso voto do eminente e mui culto Sr. Ministro Relator, Ruben Sousa, que disseceu o assunto, sob todos os seus aspectos, inclusive o histórico, para chegar à conclusão de que o sistema de administração contratada é incompatível com as leis brasileiras.

12 — Eis alguns tópicos do seu brilhante e erudito voto, que na íntegra, se pode encontrar na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 5.º, págs. 231 e 235:

“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.

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

A execução por administração contratada (*régie intéressée*), 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; Themistocles Cavalcanti, *Instituição de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. 2.º, pág. 117 e 119, 2.ª ed. — Rio de Janeiro, 1938; Tavares de Lira Filho, *Contratos Administrativos*, pág. 150, Rio de Janeiro, 101).

V — A “administração contratada” foi justificada por Epitácio Pessôa, 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 a 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 a construção do Arsenal da Ilha das Cobras (Biolchini cit., págs. 928, 929, 1 036 a 1 048; Themistocles Cavalcanti cit., pág. 4 110; Tavares de Lira Filho, cit., págs. 150 e 151;

c) Ultimamente, nas sessões de 21 de dezembro de 1943 e 9 de maio de 1945, *firmou-se essa jurisprudência* (o grifo é nosso), *frisando não haver disposição de lei que autorize a celebração de contrato configurado a modalidade de “administração contratada”*. (Processo n.º 303-45).

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 da política financeira” incertas na lei de Contabilidade Pública (ver Rafael Bielsa, *Ciência da Administração*, 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 (Código Contabilidade, art. 51), não faculta à administração concertar normas extra-legais na adjudicação dos contratos.

Isto pôsto, preliminarmente, voto pela recusa do termo de fls., visto a modalidade contratual adotada não ter assento legal (o grifo é nosso)” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. cit., págs. 233-235).

13 — Condenado, formalmente, o sistema ora em exame, assim se exprime Alberto Biorchini:

“630 — Em favor do regime de administração contratada invoca-se a alta conveniência para o Estado de confiar a execução de trabalhos de certa natureza a especialistas consumados, que não se sujeitariam, talvez, a concorrência pública ou que nesta não lograriam a melhor colocação. Poderá ser uma boa razão, mas isto não sana a imoralidade do ato, graças ao qual se podem distribuir, sem precalços, os favores do Tesouro em proporções que ficam ao inteiro arbítrio do Governo e escapam, de todo, à fiscalização dos órgãos competentes.

As obras públicas ou são executadas diretamente pelo Governo, no regime de administração, ou são contratadas. Administração contratada é um produto híbrido dos dois regimes, de introdução recente entre nós, e que merece a mais formal condenação, aliás implícita nos arts. 244, 737 e 765 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, quando exigem que à celebração de qualquer contrato, de que resultam receitas ou despesas para o Estado, preceda a concorrência Pública ou administrativa, conforme o caso” (op. e vol. cit., página 928).

14 — À sua vez, Themistocles Cavalcanti esclarece que “êste regime (o da administração contratada) tem sido muito combatido por contravir ao regulamento da contabilidade pública” (op. e vol. cit., pág. 381).

15 — Ora, se conforme jurisprudência firmada do Tribunal de Contas da União (vide transcrito voto do Exmo. Sr. Ministro Rubens Rosa), não há disposição de lei federal, autorizando os contratos por administração interessada, é evidente para celebrar tais contratos, com fundamento no art. 18, § 3.º, da vigente Lei Orgânica, que lhe autoriza fundar-se nessa legislação, nos casos omissos.

16 — Aliás, o que nos parece é que, na hipótese, não há “omissão” em face do art. 44 da referida lei que assim prescreve:

“As obras e serviços da Prefeitura que não forem executados pela própria administração, assim como o fornecimento de materiais e artigos destinados à municipalidade pública ou administrativa, na forma que a lei determinar”.

17 — Face ao preceito, a Prefeitura pode, diretamente, ela própria, executar as suas obras e serviços. Se lhe não convém fazê-lo, então só lhe é dado recorrer à realização de tais obras e serviços ou à aquisição de materiais, por meio de contratos precedidos de concorrência pública ou administrativa.

17 — Dir-se-á que a concorrência pública pode ser dispensada, na forma do art. 246 do Regulamento de Contabilidade; mas, em ocorrendo a dispensa, deve prevalecer o sistema de concorrência administrativa (Reg. cit., art. 739);

e, não sendo êste possível, o contrato é de ser adjudicado, não a um terceiro pelo processo ou modalidade de administração contratada, mas pelo sistema de empreitada ou tarefa, que são os permitidos em lei.

18 — No caso, ainda é mais de estranhar se haja preferido o ilegal sistema quando se não trata de obras especializadas, requerendo alta competência técnica, o que é o argumento invocado por alguns para justificar o regime em apreço. No caso, nada disso ocorre, trata-se de obras banais, comuns, como seja a construção de uma lavanderia e de um velório, e reparos e pinturas no Asilo São Francisco de Assis.

19 — É bom não esquecer que enquanto nas empreitadas o preço da obra é deantemão aventada, sabendo a Administração o que por ela vai pagar, na *régie interessée*, mão de obra e materiais, pôsto pagos pelo Estado, ficam, quanto ao preço à discricção do terceiro contratante, que só pode ter o patente interesse de elevar o custo global do trabalho a êle confiado, a fim de aumentar proporcionalmente, a sua percentagem ou benefício.

20 — E, concluindo, só nos parece que é caso de negar-se registro ao contrato de fls. 2-4, por contrário à legislação em vigor, na União e no Distrito Federal.

Subcensura.

Sala da Procuradoria, em 11 de abril de 1953. — *Edgard de Arruda*.

Voto do Sr. Ministro João Lyra Filho no Processo n.º 6 032 845-52 —

“Visto. Restituo à Secretaria com meu voto vencido. Rio, 18 de abril de 1953. — *João Lyra Filho*.

Voto do Sr. Ministro João Lyra Filho no Processo n.º 6 032 845-52 — Contrato entre a Prefeitura e a firma “C. C. A. Limitada”.

Li, com atenção, o parecer ilustre do Procurador Edgar de Arruda, que fundamentou a decisão ao registro do contrato entre a P e a C. A. Ltda., celebrado para a construção de lavanderia e velório no Asilo São Francisco de Assis. Meu voto é favorável, todavia, ao citado registro, à vista das razões que em seguida exponho.

A Procuradoria havia sido ouvida a respeito da legalidade do regime contratual adotado — administração contratada ou interessada — e chegou à conclusão de que êsse referido regime “é contrário à legislação em vigor, na União e no Distrito Federal”. Não se aponta, porém, o dispositivo contrariado de lei. Arrima-se o nobre Procurador nas razões de voto proferido no Tribunal de Contas da União pelo douto ministro Rubem Rosa.

Será necessário recordar, primeiramente, que o indicado voto não se harmoniza com o pronunciamento do próprio Poder Legislativo Federal a respeito da matéria versada e que a decisão daquele Tribunal, com os quais o saudoso Oliveira Viana, cuja conclusão em contrário suponho a mais precisa.

A nobre Procuradoria afirma que tal regime “contraria não só princípios e tradições do direito administrativo brasileiro como ainda a própria legislação”. Peço vênica para entender que não há tradições contrariadas do nosso direito administrativo, nem existem princípios vulnerados do mesmo direito. O direito administrativo ainda não possui tradições nacionais e ainda é muito tenra a sua autonomia. País cuja organização constitucional e jurídica não se sedimentou em bases sociológicas estáveis, tal a congêrie dos rumos que o

têm contraditóriamente orientado, ainda são imprecisos, no Brasil, os princípios do direito administrativo formalizado nas teorias dos nossos doutores.

A administração contratada é uma variante do processo de execução de obras por administração direta. Mesmo que alguns opositores possam considerá-la *inconveniente*, não lhe pesa a balda da *ilegalidade*. Empresário natural da obra pública, pode o Estado transferi-lo, todavia, à administração que se apresente com melhores condições específicas, exonerando-se dos encargos de sua direção, da aquisição dos materiais e da própria contratação de operários. Neste caso, jamais o Estado se despoja do mais amplo poder de fiscalização, que o conduz a potestade de rescindir o respectivo contrato.

A referida modalidade de execução das obras públicas corresponde em *régie simples intéressée*. As tónicas doutrinárias já foram recordadas no voto que proferi a respeito do contrato relativo à abertura do túnel Catumbi-Laranjeiras, no qual me referi àqueles comentaristas citados pelo ministro Rubem Rosa. Neste caso processado, análogo ao da *régie intéressée*, o diretor das obras, não sendo agente da Administração, é pago por uma indenização proporcional à despesa ou por uma participação nos benefícios ou lucros, não assumindo a responsabilidade dos riscos.

A verdade é que já existem exemplos de obras executadas por administração contratada, mesmo na órbita jurisdicional desta Cidade, sem que jamais tenham sido impugnados por este Tribunal, ou por qualquer dos ministros que o compõem. Agora, sem razão legal plausível, este mesmo plenário decide, de plano, em sentido oposto. Estou pretendendo ser fiel à minha própria convicção.

Já que se emprestou relêvo à bibliografia arrolada no voto do ministro Rubem Rosa, devo realçar a impropriedade do novo rumo aberto à versátil jurisprudência deste Tribunal, à luz da própria história contada por um dos autores nela incluído (in Alberto Biolchini, *Codificação da Contabilidade Pública Brasileira*).

Apresenta-se, como típico, o caso do contrato relativo às obras e instalações do Arsenal de Marinha, celebrado já na vigência do Código de Contabilidade. O registro veio a ser negado pelo Tribunal de Contas da União, sob fundamento de que “a administração contratada não está consagrada em nossa legislação, nem na tradição administrativa do país, não existindo lei especial que a houvesse autorizado no caso em aprêço”.

Mas tal fundamento foi repellido pelo próprio Poder Legislativo, que reconheceu a eficácia do contrato, conforme as razões com que o Presidente da República sustentou a inexistência de lei que impeça ou proíba a referida modalidade contratual. O Tribunal de Contas da União havia julgado ilegal um contrato em relação a cuja modalidade não existia, como não existe, lei proibitiva ou impeditiva. Tal julgamento ilegal veio a ser reparado pelo citado Poder Legislativo.

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

“O que absoluto, porém, não consta da legislação brasileira é que o Congresso Nacional, ao autorizar a execução de uma obra, simples ou complexa, de menor ou maior importância, indicasse o sistema ou forma pelos quais elas deveriam ser contratadas ou aludisse às solenidades de que houvessem de se revestir. Uma vez que, de qualquer modo, não se atente contra lei preexis-

tente ou princípios gerais consagrados no direito público, a regra culminante nos contratos administrativos, como no direito civil, é a vontade concorrente dos que nêles se coobrigam. Daí ser o contrato a lei das partes, seja qual fôr a jurisdição a que se subordinem”.

O tom persuasivo da réplica não aguça apenas o reparo exposto. O Tribunal de Contas da União havia articulado a irregularidade de forma, embora sem arrimo valioso. Como acentuou o referido parecer, êle sobrepôs o direito *ad constituendo* ao direito *constituto*, criando doutrina *sui generis*, própria mente sua, que, não assentando em exigência de nenhuma norma jurídica resultante de um texto explícito de lei, deixa de ter força para obrigar.

Aquêle esforço de interpretação dedutiva teve a prova de sua imunidade na repulsa do Presidente da República, eis que não existia, como não existe, lei alguma que impeça ou proíba a modalidade do contrato. Em verdade, “só os contratos feitos contra proibição de lei ou contra a ordem pública se tornam juridicamente impossíveis e como tais nulos”.

Descendo à minúcia doutrinária, o parecer aprovado pela Câmara dos Deputados recorda que se há, no Brasil, como na França, como em todos os países civilizados, partidários da empreitada simples, das obras por administração (*exécution en régie*), há-os também da administração contratada (*régie intéressée*). Os Srs. Ministro deste Tribunal de Contas passaram a anteciper essa última variante, emprestando à força do sentimento pessoal o lugar privativo do sentimento da lei (*tollit justitiam, et violentia veram*).

Forçoso seria reconhecer, todavia, sobretudo nesta época tumultuada em que flutuam e variam os valores morais e materiais, que a *régie intéressée* abona a solução de graves problemas de administração pública. Quando há decência, pode ser até o preferido, escapando-se à via de escusa de certas modalidades de contratos que instituem, originariamente, o chamariz dos aditivos cobiçosos. Agora, quando não há denominador comum para o cálculo dos preços e das especificações, quando os preços do dia não correspondem aos da véspera, entre imaginar-se a cavilosa *astronomia* dos excessos e das recuperações, ou preveni-la na seriação dos aditivos, é mais adequado à decência enfrentar a realidade de cada dia, na vigência da execução das obras.

Ao Tribunal de Contas afigurou-se ilícita a administração contratada, por sair da generalidade. Mas, como escreveu Charles Georjin (*in Droit Administratif*, vol. 3.º, pág. 256), “pour les travaux d'importance qui exigent un material especial ou un personnel nombreux, il faut reconnaître qu'elle est inevitable en l'état actuel de l'organisation des services publics”. O essencial, na regulação do contrato administrativo, não é a escolha do instrumento, mas “a consistência do trabalho e a consistência avançada pelos comprometentes”.

Na Comissão de Finanças do Senado, a palavra do relator veio a ser ainda mais persuasiva: — “nos trabalhos públicos, o regime de administração contratada vem substituindo, com vantagem, o da administração direta por funcionários e agentes do Governo, ou das empreitadas por unidade de serviço”. Acentuou-se, então, ainda uma vez, que “o fato de não haver lei que expressamente se aplique a essa modalidade de execução de obras por administração contratada não é motivo para considerar sem o necessário requisito de registro o contrato em causa, porquanto, se não há lei que expressamente

se refira a contrato de administração de obras, também não há lei expressa que proíba contratar essa administração”.

Em síntese, no plenário do Senado prevaleceu aquêle mesmo pensamento com que a Câmara fixou a sua conclusão:

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

A nobre Procuradoria valorizou a citação do ministro Rubem Rosa, que invocou a lição de Bielsa, segundo o qual o direito administrativo disciplina o regime jurídico da construção de obras públicas confiadas a estranhos e a ciência da administração fixa as normas de política financeira, insertas na lei de contabilidade pública. Não há quem recuse, sensatamente, tal compreensão. É mesmo pior estar capacitado pertencerem à ciência da administração, as normas de política financeira originária da lei de contabilidade pública que não me aventuro ao exame da *conveniência*, no julgamento do contrato.

Mas a lição de Bielsa ainda será melhor entendida com a leitura de suas próprias palavras:

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

Dentro de tal ordem de considerações gerais, Bielsa realça os poderes de substância disciplinar da autoridade administrativa, que culminam com a rescisão do próprio contrato, discorrendo em seguida, sôbre a licitação pública,

sem esquecer que, às vêzes, “*sus ventajas son más aparentes que reales*. E que, com efeito,

“teniendo por objeto la adjudicación al que ofrece la construcción al menos precio, ella puede ser lograda por un proponente poco serio, y que luego resulta más o menos inconveniente, poco importa que contra él se ejercite el poder de aplicar multas, y aun el de recindirle el contrato. *La mera licitación evita siempre el favoritismo oficial si hay cumplicidad de los funcionarios públicos. Por ejemplo, da perspectiva de modificar la obra después de ser adjudicada aumentándose los trabajos o materiales que tienen un precio unitario capaz de compenhar la pérdida determinada por la reducción excesiva en otras partes de la obra, licitada originariamente, sobre trabajos de precio unitario más bajo*”.

Face a razões tão ponderáveis, pode admitir-se a precedência na escolha, quanto a determinadas obras especializadas, sobretudo, do regime de contrato por administração: — *exécution en régie* ou *régie intéressée*. O assinalado regime tem as suas virtudes, quando há decência, isto é, quando há idoneidade no administrador contratado e quando sobra fidelidade no sentimento dos agentes incumbidos da fiscalização das obras públicas, por essa modalidade empreendidas. Então, o Poder Público terá coibido o mal crônico da prática vigente, que, na soma dos aditivos contratuais, institui o escoadouro dos engenhos bastardos, retirando da economia da gestão pública os lucros acrescidos aos resultados das emprêsas.

O próprio Alberto Biolchini não olvidou a corrente dos que invocam a alta conveniência, para o Estado, de confiar a execução de certos trabalhos a especialistas consumados, que talvez não se sujeitam ao processo da concorrência pública, ou que nesta não sobrem a melhor classificação. Muita vez o malogro deriva da própria licitação, por força daquelas razões a que Bielsa se referiu e cuja alta essência moralizadora pode diluir-se nas fraudes que os têrmos aditivos venham a consagrar. A arguição pode ser boa segundo o atestado do próprio Biolchini, “*embora não sane a imoralidade do ato graças ao qual se podem distribuir os favores do Tesouro*”.

Não está provado, todavia, que a *imoralidade* inexistente nos demais regimes contratuais; sua maior fonte é a concorrência pública, que atrai licitantes diversificados no estofo de tôdas as origens. Dentro do direito, não há pauta, nem denominador, para graduar em medida absoluta o senso moral dos licitantes ou dos agentes do Estado. A administração contratada pôde livrar as autoridades e os agentes idôneos dos conceitos irremovíveis que os empreiteiros inescrupulosos provocam como alcapões, ante as encruzilhadas forçadas dos têrmos aditivos. É de todo dia a prova desta verdade.

A diferença que se pode acentuar entre a execução da obra pública contratada em regime de empreitada ou administração é fácilmente ponderada: — no primeiro, a substância moral que se imprime na correção contratual depende do empreiteiro principalmente; no segundo, essa substância resulta da probidade das autoridades e dos agentes do Estado. Considerar a moralidade, como ponto de aferição, no julgamento da preferéncia, para conceder-se esta ao regime de empreitada, é tanto quanto reconhecer que os empreiteiros são mais idôneos do que as autoridades e os agentes do Estado. Eis uma conclusão que não quadra na prudência do Tribunal de Contas.

Ademais, não deixaria de ser legal o contrato, só porque se avança o Juízo de não sanar a *imoralidade*. Ao Tribunal de Contas não cumpre julgar a moralidade dos atos administrativos, que não se caracteriza em direito e a favor de cuja preservação não há sanções capituladas em lei aplicável aos renegados ou infiéis. O desdobramento dêste princípio me conduziria fora dos lindes em que contendo os fundamentos dêste voto. Não há, ao menos, conceito legal de moralidade administrativa. O tema doutrinariamente estudado, confirmaria o do desvio do poder.

Não sei, sequer, se a consciência jurídica é dominada por uma consciência moral irretratável. Mero juiz da legalidade de certos atos administrativos, em fôro restrito, o Tribunal de Contas jamais poderia funcionar à maneira de superior hierárquico da administração ativa, com um poder incontrastável, que não é ilegitimamente reconhecido no próprio Judiciário, nos regimes constitucionais de freios e contrapesos, como o nosso, onde a soberania nacional repousa na independência e harmonia dos Poderes dominantes. Como realçou o ensaísta português Antônio José Brandão, "o policiamento da legalidade é uma contrapartida do direito subjetivo público da administração à legalidade do comportamento da administração, nunca o policiamento da oportunidade ou da moralidade das intervenções das autoridades administrativas".

Eis porque não encontro maior mérito na invocação do ministro Rubem Rosa ao conceito do citado Biolchini transcrito no parecer da Procuradoria — "a administração contratada merece a mais *formal condenação* aliás implícita nos artigos 244, 737 e 765 do Regulamento de Contabilidade, quando exigem que à celebração de qualquer contrato preceda a concorrência pública ou administrativa". Além de não imprimir rigorosa e absoluta subsistência legal, ante as exceções prevenidas pelo próprio Regulamento invocado, a letra do conceito é contraditória: — *condenação formal e implícita*. Um termo repele o outro, porque o que é formal é explícito.

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

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

E em seguida:

"Aliás, o que nos parece é que na hipótese, não há *omissão*, face do art. 44 da referida Lei, que assim prescreve: — *as obras e serviços da Prefeitura que não forem executados pela própria administração, assim como o fornecimento de materiais e artigos destinados à municipalidade, serão contratados ou adquiridos por concorrência pública ou administrativa, na forma que a lei determinar*"!

Face ao preceito, a Prefeitura pode *diretamente*, ela própria executar as suas obras e serviços. Se lhe não convém fazê-lo, então só lhe é dado recorrer à realização de tais obras e serviços por meio de contratos precedidos de *concorrência pública ou administrativa*".

Quanto ao primeiro termo da proposição, minha conclusão é exatamente inversa: Não havendo preceito legal que impeça ou proíba a administração

contratada. Tribunal de Contas não tem competência para repelir contrato formalizado com base nessa modalidade, porque não lhe cumpre ir além do exame da legalidade dos atos administrativos, para censurá-los, quando evidente sua violação a preceito legal. Esta conclusão é idêntica à do Congresso Nacional, com base na mesma legislação em vigor no Distrito Federal, conforme acima demonstrado.

Quanto à última parte da mesma proposição, fixo o entendimento de que não deve aventurar-se este Tribunal de Contas à aceitação da tese sustentada no parecer da Procuradoria, não só porque, então seria inaplicável o art. 94 da Lei Federal n.º 830, a que recorre o Plenário a miúdo para registrar adiantamentos, como também porque, vêzes sem conta, seguidamente, o mesmo Plenário tem violado o art. 44 da Lei Orgânica, inclusive para reconhecer, contra meu voto sempre reiterado, a legalidade do registro de despesas para obras e serviços a serem executados em regime de adiantamentos, até mesmo quando a dotações orçamentárias destinadas a serviços adjudicados. A este Tribunal de Contas falta autoridade, pois, para recusar registro ao contrato a que se refere o julgamento, com base no art. 44 da Lei Orgânica.

Tenho demonstrado em inúmeras oportunidades, face a situações concretizadas, o procedimento hostil do Plenário ante as leis cuja boa aplicação lhe cumpre fiscalizar. São centenas as obras públicas e são centenas os serviços públicos já executados, com a expressa concordância dêste Tribunal de Contas, sem concorrência pública ou administrativa, sem contrato, sem ordem de pagamento; por simples adiantamentos indiscriminados e registrados contra os preceitos legais. Já em sessão passada tive oportunidade de consignar, em ata, meu reparo concludente. Voltarei ao mesmo reparo, como agora, quantas vêzes julgar do meu dever formalizá-lo.

Mas não tenho necessidade de revolver o passado bastando-me a presença das decisões proferidas na sessão de hoje. Anoto apenas uma, dentre as muitas contradições dos julgamentos dêste plenário. Uma que se refere a esta própria sessão e que se demonstra no confronto entre decisão que negou registro ao contrato ora apreciado — recusa ilegal — e a decisão que ordenou registro a adiantamento de Cr\$ 750 000,00 — ordenação também ilegal destinado à execução de obras no Teatro Municipal.

No primeiro caso, sem invocar lei proibitiva ou impeditiva, que não existe, faltando ao exame da legalidade para julgar indêbitamente a conveniência, o Tribunal recusou registro ao contrato vindo da administração anterior. No segundo caso, sobrepondo-se à lei impeditiva, que existe, ou violando o disposto na própria Lei Orgânica (art. 44), como no Regulamento de Contabilidade (art. 764), mas erigindo a conveniência por princípio, o Tribunal concedeu registro ao adiantamento, que assim será aplicado em obras e serviços, independentemente de concorrência, de contrato e de ordem de pagamento; obras e serviços que passarão a depender, apenas, do arbítrio da autoridade administrativa.

De ambos os processos foi relator o Sr. Ministro Cônego Olympio de Melo. O contrato a que o Tribunal recusou registro, sem fundamento em lei, destinava-se à construção de um velório no Asilo São Francisco de Assis — casa de sofrimentos — não se elevando a despesa a mais de Cr\$ 1 290 000,00. O adiantamento a que o Tribunal concedeu registro, com infração do art. 44 da Lei Orgânica com infração do art. 764, do Regulamento de Contabilidade

e com inobservância do art. 49 da Lei n.º 830 destina-se a obras de reparações, reforma e instalações no Teatro Municipal — casa de diversões — atingindo a soma de tais obras quase três vezes a importância recusada para a construção do velório a primeira parcela de Cr\$ 750 000,00.

O Tribunal considerou inconveniente o contrato celebrado para a construção de um velório no Asilo São Francisco de Assis, mas reconheceu a conveniência do adiantamento para obras livres de qualquer contrato, destinadas à suntuosidade do Teatro Municipal. Não se julgou foi a legalidade do contrato ou a ilegalidade do adiantamento. Eis como, dentro de uma mesma sessão atende-se e recusa-se a conclusão do parecer da Procuradoria, com base no art. 44 da Lei Orgânica, que, momentos antes havia sido louvado, com recomendação de ser publicado. O Tribunal louvou-se na conclusão do parecer, para recusar registro ao contrato de construção do velório, e desprezou a mesma conclusão, para ordenar registro do adiantamento relativo a despesas de reparações no Teatro Municipal.

Eu estimaria não ter oportunidade para a formulação de reparos desta ordem. Estimaria, também, que houvesse registro adequado, no Tribunal, com o histórico das despesas sujeitas a registro. Então talvez fôsse ainda mais deplorável, no controle dos gastos públicos, a fisionomia que se oferece à contemplação dos homens desejosos da defesa fazendária. É que parte do adiantamento ilegalmente registrado na sessão de hoje, concedido ao Teatro Municipal, parece destinar-se a execução de obras para cujo fim outro adiantamento já fôra registrado e aplicado no exercício passado, conforme comprovação a respeito de cujo estado ofereci reservas concludentes.

Bem sei que meus votos vêm o fim direto do arquivo. Eles traduzem, todavia, o descargo do dever público e a satisfação que ofereço ao desempenho da função remunerada, que continuarei a exercer com a mesma independência já aplicada nas minhas atividades anteriores. Posso não irradiar a luz apoucada na inteligência mas me consola a certeza de que ofereço sentimento ao dever e devoção ao bem público. Fiel ao cumprimento extrito da lei, ante as razões constantes deste escrito, voto vencido, como tantas vezes. Nada há que impeçam-no tantas vezes. Nada há que impeça, legalmente, o registro do contrato.

Sala das Sessões, 17 de abril de 1953. — *João Lyra Filho.*

*Concessão de Serviço Público — Necessidade de Concorrência —
Exploração de bombas de gasolina.*

N.º 4 449 058-53 — Ofício n.º 1 369, de 11-6-53, da S. G. Finanças, contrato firmado entre a Prefeitura e E. N. P. S.A.:

O Tribunal resolveu recusar registro ao contrato, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro João Lyra Filho declarou acompanhar os demais Srs. Ministros atento às conclusões do parecer do Dr. Procurador, não obstante discordar, pelas razões que esplanou verbalmente, das considerações dele constantes, relativamente à natureza do contrato.

Não lhe parece tratar-se de uma concessão pura e simples, admitindo melhor procedência a respeito, na conceituação da Procuradoria Geral da Prefei-

tura eis que, na espécie, se trata de arrendamento de bens já incorporados ao patrimônio da Prefeitura.

Voto do Sr. Ministro Pedro Firmeza no proc. n.º 4 449 068-53.

Em relação ao contrato ora submetido ao exame deste Tribunal, vistos e apreciados os relatórios, informações e pareceres constantes do processo, é de considerar-se, em resumo, o seguinte:

1.º que, não desejando executar serviço de venda de gasolina e óleos lubrificantes a Prefeitura pretende transferi-lo ao contratante, sem que tivesse havido concorrência.

2.º que, fazendo ao mesmo contratante a concessão a que se refere o item 1.º, a Prefeitura assim resolve baseada apenas em despacho do Chefe do Poder Executivo, sem a existência prévia de lei votada para a emergência pelo Poder Legislativo.

3.º que, importando a concessão para concretizar-se, também numa locação de bens da Prefeitura, foi realizada hasta pública, nula, entretanto pela não observância das formalidades legais.

O Relator vota pela recusa do registro.

Parecer da Procuradoria no processo n.º 4 449 068-53;

1 — Em 1921, *ex-vi* do decreto-legislativo de 22 de janeiro daquele ano foi municipalizado o serviço de fornecimento de gasolina, a varejo, a veículos auto-motores, por meio de postos com bombas e acessórios, instalados no subsolo de logradouros públicos da Capital Federal. Aquêlê mesmo diploma legislativo, autorizou o Prefeito a contratá-lo, sob as normas e condições que a respeito dispôs.

2 — Em obediência à autorização legislativa assim concedida por quem a podia outorgar, em concorrência pública o serviço foi adjudicado aos Srs. Drs. Raul e Heitor Santiago Bergalo, lavrando-se, posteriormente o devido contrato, em data de 2 de março de 1921, contrato êsse que se encontra no processo n.º 7 000 263 de 1950, ora anexo.

3 — Posteriormente, com prévia autorização do Prefeito e de acôrdo com o decreto legislativo já citado, foi o contrato transferido à Empresa Nacional de Petróleo S.A. como se vê do respectivo termo incluso no já mencionado processo n.º 7 000 263-50.

4 — Mais tarde, pelas razões amplamente deduzidas e justificadas no Decreto n.º 4 132, de 13 de janeiro de 1933, estendeu-se a concessão ao fornecimento também de 12345612345 da gasolina, de óleos lubrificantes e de graxa, água e ar, por meio de apropriados aparelhos a serem instalados nos postos de que cuidava o contrato anterior e sob as condições indicadas nesse mesmo decreto, que além disso, providenciou sobre outras modificações do Decreto-legislativo de 22 de janeiro de 1921.

5 — Aquêlê decreto teve o seu artigo 1.º posteriormente esclarecido pelo decreto n.º 4 170, de 14 de março de 1933 (vide ambos êsses atos legislativos in *Coleção das Leis Municipais Vigentes*, de Ivo Pagani, vol. 5.º, págs. 83-86).

6 — Em consequência e de acôrdo com a nova autorização legislativa constante dêsses dois últimos decretos, foi lavrado, em 24 de março de 1933 novo termo de contrato entre a Prefeitura e a Empresa Nacional de Petróleo S.A. representada pelo seu Diretor-Presidente, Dr. Raul Santiago Bergalo, termo êsse que se depara publicado num folheto sob o título "Documentos e