

## Licitação. Dispensa. Urgência.

Parecer nº 30/89, de Maria Fernanda Valverde

*Contrato para aquisição de equipamentos para o Corpo de Bombeiros, com financiamento externo. Dispensa de licitação com base em situação de emergência. Cláusulas suspensivas de eficácia do contrato. Decurso de prazo (6 anos) sem que se implementassem as condições. Inexistência de termo. Surgimento de outras empresas em condições de fornecer o equipamento. Necessidade de licitação para celebrar novo contrato.*

1. Consulta-nos a Secretaria de Planejamento e Controle acerca da vigência, ou não, dos contratos firmados em 1983 entre o Estado e três empresas estrangeiras — MAGIRUS DEUTZ AG (Alemanha Ocidental), ENGINEERING EQUIPMENT COMPANY (EUA) e HENRY R. JAHN & SON INC (EUA) — para fornecimento de equipamentos para o Corpo de Bombeiros, vinculados a financiamentos externos.

Indaga-nos, a consulente, se o Estado pode hoje, seis anos depois, retomar os contratos ou se, não estando mais em vigor, realizar-se-ia licitação internacional para a aquisição dos referidos bens.

Pelas peças processuais que nos foram enviadas, depreende-se que, alegando **urgência**, o Estado contratou, em 1983, com as três empresas estrangeiras, **dispensada a licitação**, o fornecimento dos equipamentos selecionados pelo Corpo de Bombeiros, sem similar no mercado interno.

Os **contratos** estavam **vinculados a operação de crédito externo**, pelo que continham **cláusula de eficácia pendente de condição suspensiva**.

Assim, está no contrato com a MAGIRUS DEUTZ AG:

“CLÁUSULA TERCEIRA — o valor do presente contrato, no total de ....., é objeto de um contrato de empréstimo a médio prazo entre o Estado do Rio de Janeiro e.....”

A eficácia do presente contrato permanecerá na dependência da celebração do supra-referido contrato de empréstimo.”

E no contrato com a ENGINEERING EQUIPMENT COMPANY consta:

“CLÁUSULA SEGUNDA — O “GOVERNO” pagará à “CONTRATANTE”, com recursos provenientes do empréstimo externo de ..... para esse fim contratado junto ao”

.....  
CLÁUSULA QUARTA — O pagamento em moeda estrangeira será efetuado por meio de Carta de Crédito irrevogável, divisível .....

Estas mesmas cláusulas são adotadas no contrato com a empresa HENRY R. JAHN & SON INC.

Só a partir da abertura da Carta de Crédito com cláusula de pagamento imediato de 20% (vinte por cento) do total, contra simples recibo, começaria a se contar o prazo para a entrega do equipamento pela empresa alemã.

Em relação às empresas norte-americanas, o prazo para a entrega do material era de 3 meses após o **recebimento** da Carta de Crédito (cláusula sexta).

Como se percebe, **os três contratos** estavam subordinados ao cumprimento de todas as formalidades necessárias à obtenção do empréstimo externo. Tais formalidades derivam da própria Constituição Federal, como a autorização do Senado Federal, a observância do limite de endividamento externo. Como se não bastara, obtida a autorização, devem ser cumpridas exigências de órgãos federais — Banco Central, SEPLAN, CACEX — porque se destina o financiamento à importação de bens. De sorte que, não se efetivando as medidas indispensáveis à operação de crédito, não se implantará a condição capaz de dar eficácia aos contratos, que, assim, não produzem efeitos (art. 118 do Código Civil).

Ademais, havendo condição suspensiva não há direito subjetivo ao negócio, mas simples **expectativa de direito**. Desse modo, incorrendo a condição, **os negócios sob expectativa de direito caducam**, como o diz ORLÁNDO GOMES (*Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 344).

O mesmo jurista o esclarece:

“Se a condição é suspensiva, os efeitos **medio tempus** não se produzem, o direito não nasce. O período de incerteza caracteriza-se pela criação de expectativa. O titular do direito condicional não possui, por outras palavras, direito atual. Se tem direito de propriedade sob condição suspensiva, proprietário não é. Se tem direito de crédito, não pode exigir o cumprimento da obrigação. Em suma, está suspensa a aquisição do direito. Quem deve obrigação condicional não pode ser compelido a pagá-la antes do implemento da condição. No período de pendência, é como se não fosse devedor.” (*ob. cit.*, p. 347)

Temos, então, a **primeira conclusão**: os contratos não geraram efeitos, pendentes que estavam de condição suspensiva cujo implemento não ocorreu.

Passamos à segunda questão: é possível, a esta altura, diligenciar no sentido de se obter o implemento da condição?

Parece-nos que o decurso de prazo, sem que as partes tenham manifestado qualquer empenho em efetivar um negócio que se arrimou na justificativa de emergência, revela o total desinteresse em dar eficácia ao contrato.

Há, no entanto, desde logo, dois **óbices legais** que **impedem a retomada desses instrumentos**: a motivação para a dispensa de licitação, que se descaracterizou pelo tempo; e a impossibilidade de celebração de contrato pela Administração por prazo indeterminado.

Em relação ao **prazo**, o Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do estado — Lei n.º 287, de 4 de dezembro de 1979 — veda a celebração de contratos com vigência indeterminada:

“Art. 240 — Salvo disposição contrária de lei especial, **os contratos não poderão ter vigência indeterminada**, admitida, porém, sua prorrogação.”

Ora, os contratos em apreço **não contêm cláusula de vigência**, permitindo que se eternize a expectativa de direito, na medida em que, subordinada sua eficácia a condição suspensiva, não se previu o **necessário termo final**, que balizaria o prazo para se implementar ou frustrar a condição.

A indeterminação do prazo de vigência do contrato é incompatível com a ação pública que se dirige à satisfação de **interesses supra-individuais**. E o modo pelo qual o administrador exerce o seu poder-dever está contido na lei.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO o leciona:

“Com efeito, a atividade administrativa e, de conseguinte, os atos que expressam a função administrativa caracterizam-se por uma estrita subordinação à função legislativa. Alessi aponta que “tal subordinação que concretiza o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa é entendida antes de mais nada em sentido negativo: vale dizer, no sentido de que a atividade administrativa encontra um limite formalmente insuperável na lei, a qual pode estabelecer proibições a determinadas atividades, tanto no que concerne às finalidades a cumprir quanto no que respeita aos meios e às formas a serem seguidas para tal escopo; mas é entendida, além disso e sobretudo, em sentido positivo: e isto não apenas no sentido de que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinadas finalidades ou a determinados meios ou determinadas formas, mas, ademais, no sentido que, como melhor se verá na ocasião oportuna, a administração particularmente no que concerne à atividade de caráter jurídico, pode fazer tão-somente **o que a lei consente**”.

(**Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. S.P., Revista dos Tribunais, 1981, p. 14).

A lei financeira do Estado estabelece as **cláusulas obrigatórias** dos contratos celebrados por ele. Veja-se o art. 238 que as enumera, dentre as quais, a que fixa o prazo de início e término do contrato, que nada mais é que sua **vigência**.

HELLY LOPES MEIRELLES, dissertando sobre as cláusulas essenciais do contrato administrativo, conclui:

“... as cláusulas essenciais não devem faltar no contrato, pois a sua ausência pode conduzir à nulidade do ajustado (...).”

(**Licitação e Contrato Administrativo**. S.P., Revista dos Tribunais, 1983).

Se não foi atendido o comando da lei (art. 238, inciso IV c/c o art. 240, ambos da Lei n.º 287/79) inválido é o contrato. Recorre-se, uma vez mais, a HELLY LOPES MEIRELLES:

“O contrato, como o ato administrativo, há de ser antes e acima de tudo **legal**, isto é, conforme a lei; se a desatende, é inoperante e assim deve ser reconhecido pela Administração **ex officio** ou em recurso hierárquico, ou pelo Judiciário mediante provocação do interessado, pela via adequada.

Como o ato nulo não produz efeitos jurídicos válidos, também o contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, pois a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo contratual eficaz entre os pretensos contratantes (...)” (**ob. cit.**, p. 210).

A vinculação do Estado a um contrato pendente de condição por 6 (seis) anos carece de **razoabilidade**, até se pensarmos que o perfil de mercado se alterou, com a apresentação de equipamentos mais modernos e o surgimento de outras empresas em condições de os fornecerem.

Ora, o que impele uma contratação pelo Estado é sempre o atendimento do interesse público. A premissa na interpretação das cláusulas de qualquer contrato administrativo é a de que a finalidade do acordo é a satisfação de necessidades coletivas.

Por isso, leciona HELLY LOPES MEIRELLES:

“... não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado” (**ob. cit.**, p. 180).

E conclui:

“... a Administração está sempre vinculada ao interesse público e não pode abrir mão de seus direitos e poderes por mera liberalidade para com a outra parte. Assim, qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia de direitos e poderes da Administração deve ser considerada com **não escrita**.” (**idem, ibidem**)

Como se não bastara, a subsistência de um contrato como os que estamos examinando pode ensejar o desvirtuamento do princípio constitucional da licitação, com a repetição de situações idênticas.

Temos, assim, a **segunda conclusão**: a falta de cláusula de vigência do contrato, tornando-o por prazo indeterminado, contraria a lei financeira do Estado (art. 238, IV e 240, ambos da Lei n.º 287/79), pelo que é passível de nulidade o ajuste.

Essa conclusão reforça à vista das normas orçamentárias que remetem para o orçamento plurianual as despesas de capital cuja execução ultrapasse o exercício financeiro (art. 12, § 3.º, da Lei n.º 287, de 4.12.79). Ou seja, a **execução** de um contrato terá prazo máximo de 3 (três) anos, que é o fixado na lei estadual (art. 18 da Lei n.º 287/79). Esse entendimento se mantém inalterado ao longo do tempo, inclusive no recente Decreto-Lei n.º 2.300 de 21.11.86, cujo art. 47 assim dispõe:

“Art. 47 — A **duração dos contratos** regidos por este decreto-lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos, exceto quanto aos relativos:

II — a projetos ou investimentos incluídos em orçamento plurianual, podendo ser prorrogado se houver interesse da Administração, desde que isso tenha sido previsto na licitação e **sem exceder de cinco anos ou do prazo máximo fixado em lei;**

A respeito do dispositivo, TOSHIO MUKAI assim se manifestou:

“Em princípio, portanto, o prazo de duração dos contratos administrativos está subordinado à vigência dos créditos que lhes deram possibilidade legal de celebração (no exercício orçamentário). É isto é patente porque o art. 6.º do Estatuto, como vimos, só admite a contratação “quando existir previsão de recursos orçamentários”.

Entretanto, ainda, sem que seja infringido o artigo 6.º, pois as hipóteses estão cobertas pelo comando deste artigo, o Estatuto admite prazos maiores nos incs. I e II.

No inc. I, ainda, no caso de projetos e investimentos incluídos em orçamento plurianual (atende ao art. 6.º), evidente que o **prazo é o desse orçamento;** admite-se, aqui, sua prorrogação (obviamente, desde que atendido, mais uma vez, o art. 6.º), se conveniente, até cinco anos (no total), ou outro prazo previsto em lei, desde que a possibilidade da prorrogação tenha sido prevista no edital.”

(O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos. S.P., Saraiva, 1988, p. 69).

Se para a execução do contrato há um **limite temporal**, não se pode pretender uma cláusula suspensiva de eficácia que vincule a Administração eternamente.

Essa indefinição para o implemento ou frustração da condição contrária não só a legislação financeira, como, até, o bom senso, na medida em que um contrato com tais características poria a Administração numa camisa-de-força que a impediria de tutelar os interesses públicos mutáveis em sua configuração. Não é sem razão que os termos aditivos que pretendem reviver os contratos examinados já prevêm outros equipamentos, diversos dos anteriores, em qualidade e quantidade.

Abordaremos, por último, um aspecto da maior relevância, porque jungido está a vários princípios constitucionais que norteiam a ação administrativa: a prévia licitação à contratação.

A regra para a celebração de contratos administrativos é a licitação, que visa a selecionar a proposta que mais atenda aos interesses coletivos, preservando, assim, a legalidade, a moralidade e a impessoalidade da administração pública.

A dispensa de competição é excepcional, devendo interpretar-se restritivamente.

Tal dispensa de licitação deve ser motivada. Esses motivos, **coihidos da lei**, vinculam a Administração, de modo que, inexistindo ou deixando de existir os motivos alegados, não se pode convalidar o ato que dispensou a licitação.

Um contrato celebrado em 1983, com dispensa de licitação sob o fundamento da urgência, e cuja execução só ocorresse seis anos depois, eclipsaria totalmente o motivo da adjudicação direta.

SÉRGIO FERRAZ o alertou com grande propriedade, transcrevendo lição de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL a respeito da dispensa de licitação nas estatais:

“ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, examinando a dispensa de licitação nas estatais, assim averba: “A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela **inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto**. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. **Quando a realização não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.**” G.n.

(Dispensa de licitação. S.P., Revista dos Tribunais, 1980. p. 42)

E conclui SÉRGIO FERRAZ:

“Impende assinalar, todavia, a necessidade de aferição da situação emergencial no momento da contratação; **circunstâncias podem existir transformando o que era emergencial em passível de ser contratado por licitação.**

Na prática ocorre, freqüentemente, o seguinte: autoriza-se uma contratação direta por situação emergencial. Por demora na tramitação burocrática a referida contratação é efetuada dois, três meses depois.

Afigura-se-nos, em casos tais, ter havido a **descaracterização da emergência**. A situação, para ser considerada emergente, deve ser de tal ordem, que não possibilite a execução do procedimento licitatório.

Se isto não acontecer, não terá havido efetiva emergência mas sim aparente.

Concluindo: **a emergência será aquela aferível em cada caso concreto, no momento da contratação a ser efetuada.**” (ob. cit., p. 43)

Podemos chegar à **terceira conclusão**: a urgência que motivou a dispensa de licitação foi negada pelo decurso de prazo.

Alás, um contrato cuja eficácia depende de condição suspensiva não pode arrimar-se numa justificativa de emergência. A emergência pressupõe medidas imediatas, não diferidas. A dilação de prazo é incompatível com a urgência.

A rigor, os contratos em exame foram celebrados com fundamento em **emergência** que, já **naquela época, 1983, não se revelava**. Isso porque ficava a eficácia dos contratos dependendo de financiamento externo, cuja obtenção, como se sabe, não se verifica de um dia para o outro. Ora, o lapso de tempo que medeia entre o reconhecimento da

situação emergencial e o efetivo crédito externo descaracteriza a emergência. Observe-se, a propósito, que, assinados os contratos em 5 e 7 de março de 1983, o parecer favorável da Procuradoria da Fazenda Nacional à garantia da União ao empréstimo é de 22 de abril, sendo a aprovação do Ministro datada de 7 de junho. E muitas exigências havia a cumprir, inclusive renovar a prioridade reconhecida pelo Aviso 1.214, de 9.12.81, da SEPLAN, cuja validade expirara em 9.12.82. **Essa longa tramitação desmascara, de imediato, o fundamento usado para a dispensa de licitação**, o que evidencia a nulidade da adjudicação direta, por inexistência de motivo.

Outra **conclusão** se firma: a alegada urgência não existia à época da celebração dos contratos, pelo que se impunha a licitação para o fornecimento dos equipamentos.

Mais uma vez se recorre à lição de HELY LOPES MEIRELLES:

“Assim tem sido considerado nulo o contrato realizado sem concorrência quando a lei a exige, ou com concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento, ou ainda o ajuste que contraria normas legais ou regulamentares em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial.” (ob. cit., p. 12)

A conseqüência dessa nulidade é colocar as partes na mesma situação antes da contratação, como o diz TOSHIO MUKAI:

“Como o ato administrativo nulo não produz efeitos jurídicos válidos, também o contrato administrativo (que, no fundo, é um ato administrativo bilateral) não pode produzi-los (...) (O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos S.P., Saraiva, 1988, p. 73).

Não há qualquer dever de indenização para o Estado pela simples declaração de nulidade de um contrato; mormente quando se trata de **contrato ineficaz**, mais parecido a um simples protocolo de intenções que não se concretizaram.

O que a doutrina e a jurisprudência sempre entenderam, e hoje está consagrado no Dec.-Lei n.º 2.300/86, é a obrigação de a Administração pagar pelos serviços já executados ou bens já fornecidos, com fundamento, não mais no contrato, mas no princípio de direito que veda o enriquecimento sem causa.

No caso em exame, não houve qualquer fornecimento por parte das empresas, pelo que não há o que ressarcir.

Em síntese, achamos que os contratos celebrados em 1983 são elivados de **nulidade**, devendo a **Administração declará-la**, para tomar as medidas necessárias à realização de concorrência, em havendo interesse na aquisição de equipamentos para reaparelhar o Corpo de Bombeiros.

Passamos, então, a responder aos quesitos:

a) os contratos firmados em março de 1983 são nulos, porque realizados sem licitação (obrigatória à época) e não conterem a necessária cláusula de vigência;

b) os contratos nulos não produzem efeitos jurídicos válidos, pe-

lo que opera retroativamente o ato que lhes declare a nulidade. Não cabe qualquer indenização porque, ineficazes os contratos, não houve qualquer prestação por parte dos fornecedores;

c) as razões que levaram à dispensa da licitação já não existiam à época da celebração dos contratos, não só porque subordinada ficou sua execução a futuro financiamento, mas até mesmo porque as propostas dos fornecedores foram apresentadas cerca de 8 (oito) meses antes da formalização dos instrumentos, o que evidencia tempo suficiente para a realização de licitação. O decurso de prazo, desde a assinatura dos contratos até hoje, apenas reforça a não-existência da alegada situação emergencial.

É o que submetemos à elevada consideração de V. Ex.<sup>a</sup> que, certamente, melhor dirá.

MARIA FERNANDA VALVERDE  
Procuradora do Estado

VISTO.  
De acordo.  
Ao Gabinete Civil.

Em 20 de junho de 1989.

JOSÉ EDUARDO SANTOS NEVES  
Procurador-Geral do Estado