

## A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OS CONTRATOS E AS OBRIGAÇÕES DE PAGAMENTO

EURICO ANDRADE DE AZEVEDO\*

I — *Introdução*. II — *Os princípios básicos da administração pública*. III — *O contrato administrativo: as prerrogativas da administração e os direitos do contratado*. IV — *O quadro legal brasileiro*. V — *Novas regras contratuais*. VI — *Conclusões*.

### I — *Introdução*

1. Os doutrinadores costumam distinguir os contratos administrativos em *contratos de colaboração* e *contratos de atribuição*. Estes últimos destinam-se a conferir certas vantagens ao particular, como no caso da concessão de uso de um bem público; já os primeiros são firmados no interesse específico da Administração, para facilitar o cumprimento dos fins do Estado. O setor privado é chamado a “colaborar” com o Poder Público, executando uma “prestação” que tem por objetivo a satisfação das necessidades de interesse geral<sup>1</sup> e aspecto assume maior relevo em nossos dias, porque o Estado moderno está empenhado em transferir à iniciativa privada tarefas a que antes fora obrigado a assumir, ao longo dos anos.

2. Como lembra o atual Presidente da República, “cabe agora ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado”, assumindo “o papel de agente executor dos serviços públicos”, mantendo o Governo a sua missão de regulamentar e fiscalizar tais serviços, na defesa

<sup>1</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 3ª ed., 1966, II/52; MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, tomo III-A, s/d, 4ª ed., p.113; HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1996, 21ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, p. 196.

\* Professor e Consultor Jurídico em São Paulo. Foi Secretário de Planejamento do Estado e Presidente da EEMPLASA, entidade responsável pelo planejamento metropolitano da Grande São Paulo.

dos usuários e dos interesses da sociedade<sup>2</sup>. Aliás, a importância da colaboração do setor privado nas atividades do setor público vem sendo ressaltada há décadas por alguns juristas. Em artigo publicado em 1951, MARCEL WALINE já se referia a uma mudança de “clima” nas relações entre o Poder Público e seus contratados. Estes, que antes eram considerados antagonistas, passaram aos poucos a ser vistos como colaboradores da Administração<sup>3</sup>.

Estas considerações iniciais têm por finalidade acentuar que se a Administração deseja a colaboração do setor privado, na consecução de seus fins, deve cumprir suas obrigações contratuais com rigorosa obediência aos princípios que norteiam sua atividade, especialmente os da legalidade e moralidade. Ora, não é o que tem ocorrido em nosso País em muitos setores, já que a falta de pagamento às contratadas tem sido uma constante em todos os níveis da Administração Pública: federal, estadual e municipal. Tal situação tem gerado uma série de graves conseqüências, como falências, concordatas, liquidações, elevação indesejável de custos e preços, além de desrespeito às leis orçamentárias.

4. A ocorrência desses fatos é agravada pela necessidade constante de revisão e recomposição de preços, além da correção monetária da dívida. A Lei Geral de Licitações e Contratos, apesar de suas muitas falhas, teve o mérito de introduzir, no art. 5º, a obrigatoriedade do pagamento pelo fornecimento de bens, realização de obras e prestação de serviços na estrita ordem cronológica da sua exigibilidade, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente. Não obstante, esse dispositivo nem sempre tem sido respeitado, sendo difícil a exigência de seu cumprimento por parte dos contratados.

5. É imprescindível, portanto, criar uma disciplina legal que possa assegurar o efetivo pagamento dos débitos decorrentes dos contratos administrativos e ao mesmo tempo impedir a contratação e execução de novas obras e serviços sem que os anteriormente tenham sido pagos. Os benefícios que adviriam para a Administração seriam evidentes, bastando destacar: a) o respeito à disciplina das leis orçamentárias por parte do próprio Executivo; b) o restabelecimento da eficácia dos contratos como relação bilateral, sem embargo dos poderes exorbitantes da Administração relacionados com a execução do objeto do ajuste; c) o barateamento dos preços propostos para o fornecimento de bens e serviços; d) a eliminação do mais forte instrumento de corrupção no País.

A fim de poder sugerir algumas alterações à legislação vigente, examinemos primeiramente os princípios da Administração Pública e as características dos contratos administrativos.

2 FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, *Prefácio* ao livro de ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE WALD, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

3 Cit. por ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, *Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos*, Malheiros Editores, 1995, p. 127.

## II — Os princípios básicos da administração pública

6. Quatro são os princípios básicos da Administração Pública expressos no art. 37 da Constituição Federal: *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*, princípios que conformam toda a atividade administrativa brasileira, em qualquer dos seus níveis de Governo. No caso, interessa-nos especialmente os princípios da legalidade e moralidade.

7. O princípio da *legalidade* significa que o administrador público deve conformar toda sua ação à lei, dela não podendo afastar-se sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e penal, conforme o caso<sup>4</sup>. A posição de supremacia do Poder Público nas suas relações com os particulares é contrabalançada pela exigência de que o administrador só pode fazer o que estiver autorizado por lei. A lei, como norma geral e abstrata, deve assegurar que a atuação do administrador seja impessoal e imparcial, voltada para o bem comum.

8. Como observa CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, O princípio da legalidade é corolário do Estado de Direito. Ele consagra a idéia de submissão do Poder Público às regras jurídicas estabelecidas pelo Poder Legislativo. Ele nada mais é do que “*tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder concreto — o administrativo — a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos.”<sup>5</sup>

9. Mas, além do princípio da legalidade, o administrador há de observar também o princípio da *moralidade administrativa*. Este princípio, que antes era defendido apenas por alguns doutrinadores, passou agora a ter embasamento jurídico por força do citado art. 37 da Constituição Federal. Significa que, no trato dos assuntos administrativos, o agente público deve pautar sua conduta também pelos princípios éticos. Não basta decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto, conforme dispõe o Código de Ética do Servidor Público Federal (Decreto 1.171, de 22.6.94).

10. É inegável que a *moralidade administrativa* integra o direito como elemento indissociável de sua aplicação, de tal sorte que o E. Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que é possível a anulação de ato administrativo pela só infringência do princípio da moralidade administrativa (RJTJSP 138/31), o mesmo ocorrendo com uma lei de efeitos concretos (RT 673/51). De igual modo, foi a moralidade administrativa incluída como fundamento da ação popular que vise a anulação de ato lesivo ao patrimônio público (CF art. 5º, LXXII).

11. Em obediência ao princípio da *moralidade administrativa*, o administrador deve proceder sempre com *lealdade e boa fé*, sendo-lhe vedado qualquer comportamento astucioso ou enganoso, quer com relação aos administrados em geral, quer com relação aos seus colaboradores em particular, como ressalta o conceituado

4 HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 82.

5 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 1996, 8ª ed., p. 57.

publicista espanhol JESUS GONZALES PERES, em excelente monografia a respeito da matéria.<sup>6</sup> Isto significa que a contratação de obras, serviços e compras sem a previsão de recursos orçamentários suficientes para pagamento, ou sem o pagamento de contratos já concluídos anteriormente, contraria o princípio da moralidade administrativa, pois a Administração está assumindo compromisso que sabe não poder cumprir, agindo deslealmente perante o particular contratado.

### III — *O contrato administrativo: as prerrogativas da administração e os direitos do contratado*

12. A supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos conferem à Administração uma posição privilegiada nos contratos administrativos, em relação ao particular contratado. Estas prerrogativas da Administração concretizam-se nas chamadas *cláusulas exorbitantes* do direito comum, porque não seriam lícitas em um contrato privado, por desigualar as partes contratantes. Nos contratos administrativos, contudo, elas se justificam como instrumentos de realização dos fins do Estado.

13. Por esse motivo, os privilégios da Administração, nos contratos administrativos, giram sempre em torno da execução do seu objeto, podendo aumentar ou diminuir quantidades, alterar o projeto ou suas especificações, impor sanções ao contratado pela inexecução, e até mesmo rescindir o ajuste quando houver interesse público relevante. Mas daí não passam. Tais prerrogativas não chegam ao arbítrio de pagar quando puder, ou quando quiser...

14. Deveras, paralelamente aos privilégios da Administração nos contratos administrativos, estão os direitos do particular contratado. *E o primeiro direito do contratado é o de receber o preço ajustado; e de recebê-lo com base na equação inicial estabelecida pela proposta vencedora.* A garantia do pagamento nas condições efetivas da proposta constitui hoje norma constitucional:

*“Art. 37- A Administração Pública Direta, Indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:*

.....  
*XXI — ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

<sup>6</sup> JESUS GONZALES PERES, *El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1983.

15. É preciso observar que a Constituição pretende não somente garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de forma a proteger o particular contratado contra quaisquer alterações determinadas pela Administração, ou resultantes de causas estranhas ao ajuste. Ela vai mais longe: *ela determina que os contratos administrativos contenham cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento nas condições efetivas da proposta*. Isto significa que a determinação constitucional não se restringe a assegurar a equação econômico-financeira estabelecida inicialmente, mas também a *garantia do seu efetivo pagamento*.

16. Assim, dentre as obrigações da Administração, a principal é a de *pagar o preço estabelecido, e pagá-lo no lugar, no tempo, na forma e nas condições fixadas no contrato*. Por isso, o preço deve ser satisfeito em seguida à realização do serviço, à entrega da coisa, ou à medição da obra. Daí porque se diz que o princípio fundamental que rege o preço nos contratos administrativos é o da sua *intangibilidade*, ou seja, ele só pode ser alterado mediante novo acordo das partes, não sendo possível sua modificação unilateral pela Administração (salvo os reajustes já previstos no contrato). De igual modo, a falta de pagamento no momento oportuno importa em mora, arcando a Administração com as respectivas conseqüências.<sup>7</sup>

#### IV — O quadro legal brasileiro

17. A atual legislação brasileira de licitações e contratos (Lei 8.666/93, com as modificações introduzidas pela Lei 8.882/94), precisamente para impedir as situações ocorrentes de falta de pagamento por parte da Administração condicionou a abertura da licitação à “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma” (art. 7º, § 2º, III). E mais: limitou a duração do contrato à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57), salvo com relação aos projetos que estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, aos serviços executados de forma contínua, e ao aluguel de equipamentos e programas de informática (itens I, II e IV do citado art. 57).

18. A previsão de recursos orçamentários, contudo, não garante o efetivo pagamento da prestação efetuada pelo contratado. Uma coisa é a existência da dotação orçamentária — que é pressuposto da contratação — e outra a efetiva disponibilidade de recursos no caixa da entidade administrativa contratante. E do ponto de vista estritamente jurídico, entendem os doutrinadores não ser necessária a existência de recursos financeiros disponíveis no momento da licitação<sup>8</sup>. Mesmo porque a Administração vai realizando a receita no decorrer do ano fiscal.

19. *Durante a execução do contrato*, a falta de recursos para pagamento das obras ou serviços executados pelo contratado pode dar margem a algumas alterna-

7 JOSÉ ROBERTO DROMI, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1995, 4ª ed., p. 355.

8 MARIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, Malheiros Editores, 1995, 2ª ed., p. 40.

tivas: a primeira é a exceção do contrato não cumprido. A discussão doutrinária existente sobre a aplicação da “*exceptio non adimpleti contractus*” aos ajustes administrativos foi afastada diante de disposição expressa da nova lei, que assegura ao contratado “o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações” até que a Administração regularize os pagamentos que estejam em atraso há mais de 90 (noventa) dias, ressalvados os casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem ou guerra (art. 78, XV).

19. Outra alternativa é a própria Administração suspender a execução do contrato. Se esta suspensão for por tempo superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intermitentes, pode também o particular contratado optar pela “*exceptio non adimpleti contractus*”, ou então pela rescisão do ajuste, conforme seu interesse, ressalvados os mesmos casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem ou guerra (art. 78, XIV).

21. De qualquer forma, nenhuma das alternativas assegura ao contratado o efetivo recebimento das quantias devidas pela Administração. O único direito que a legislação lhe concede é a exigência de que os pagamentos sejam feitos “*na estrita ordem cronológica das datas de sua exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada*” (art. 5º). MARÇAL JUSTEN FILHO entende que a alteração da ordem cronológica ofende o princípio da isonomia, não podendo a Administração beneficiar determinados particulares em detrimento de outros<sup>9</sup>. Já CARLOS ARI SUNDFELD considera que podem ocorrer situações excepcionalíssimas que justifiquem aquela inversão, alertando, porém, que a publicação do despacho da autoridade competente, destinada ao controle da legalidade do ato, deve preceder o pagamento, pois, do contrário, seria inócua<sup>10</sup>.

22. Releva notar, ainda, que o art. 92 da Lei 8.666/93 pune com pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa “o servidor que pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade”, nos termos do citado art. 5º. Assim, sanção penal para o descumprimento da seqüência legal obrigatória dos pagamentos já existe. O que ocorre é que os fornecedores, construtores e prestadores de serviços ao Estado — geralmente dependentes de contratações públicas — não têm condições de afrontar as autoridades do momento. O que a legislação positiva há de buscar, portanto, é uma forma objetiva de assegurar o pagamento sem o envolvimento pessoal dos interessados.

23. Após a execução do contrato, a situação é pior ainda. O ajuste já foi cumprido e a “*exceptio non adimpleti contractus*” perdeu sua razão de ser. O contratado fica com seus créditos dependentes da existência de dotações orçamentárias e da boa vontade dos governantes. O recurso ao Poder Judiciário de pouco adianta, visto que o máximo que poderia assegurar ao credor, além do reconhecimento judicial de seu

<sup>9</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*, AIDE Editora, 1993, p. 44.

<sup>10</sup> CARLOS ARI SUNDFELD, *Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros Editores, 1995, 2ª ed., p. 235.

crédito, é a sua inclusão na ordem cronológica da apresentação dos precatórios, como determina o art. 100 da Constituição Federal. Ora, em face da situação pré-falimentar em que se encontram Estados e Municípios em nosso País, com dezenas de pedidos de intervenção pendentes, muito antes do pagamento dos precatórios, as empresas fornecedoras do Estado ver-se-ão em condições muito difíceis.

## V — *Novas regras contratuais*

24. No Brasil atual, a escassez de recursos das entidades estatais vem exigindo da Administração a busca de novas soluções que viabilizem o pagamento de obras e a prestação de serviços já executados e a executar. No primeiro caso, tem-se conseguido, depois de ingentes esforços, a securitização da dívida, com a expedição de títulos de reconhecimento do débito e circulação no mercado. No segundo caso, tem-se buscado parcerias com o setor privado, principalmente quando o serviço admite o pagamento pelo usuário, utilizando-se dos institutos da concessão e permissão.

25. Neste momento, contudo, em que o Governo Federal se empenha em reformas administrativas que tornem mais eficiente a máquina burocrática estatal, o aprimoramento da execução dos contratos administrativos é indispensável, não só com a flexibilização das regras do processo licitatório como também com dispositivos que assegurem aos contratados o pagamento de seus créditos nos prazos e condições fixados no contrato.

26. Sem dúvida nenhuma, a estabilização da moeda obtida após o Plano Real já representou enorme progresso nas relações contratante/contratado, visto que as expressões monetárias constantes do contrato passaram a ter a indispensável consistência jurídica e negocial, o que antes não ocorria, em face do processo inflacionário vivido: a reserva da dotação orçamentária era apenas uma ficção; o orçamento apresentado pelo licitante também, pois eram inevitáveis os reajustes decorrentes da desvalorização da moeda ou do aumento dos insumos utilizados, tornando os custos das obras e serviços uma verdadeira babel.

27. Como a Constituição determina *que os contratos administrativos contenham cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento nas condições efetivas da proposta* (art. 37, XXI), é indispensável que a lei ordinária assegure força executiva ao crédito do contratado pelas obras, serviços e fornecimentos efetuados à Administração. Neste ponto, convém distinguir entre os contratos celebrados pela Administração Direta e os realizados pelas empresas governamentais.

28. Quando o contrato é celebrado por empresa governamental (sociedade de economia mista ou empresa pública), poder-se-ia admitir que o contratado, uma vez reconhecido o seu crédito pela contratante (recebimento provisório, atestado de medição etc.) pudesse expedir, com a fatura, uma *duplicata (de serviço, de obra pública, ou de fornecimento)*, como título de crédito, circulável à ordem, sujeito ao rigor formal e às regras do direito cambiário. Essa duplicata — com a necessária regulamentação específica — poderia dispensar o aceite e admitiria o processo executivo contra o devedor, desde que comprovada a sua origem contratual.

29. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.76), no art. 242, estabelece que as *sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência, mas seus bens são penhoráveis e executáveis*, respondendo a pessoa controladora, subsidiariamente, por suas obrigações. Os doutrinadores<sup>11</sup>, contudo, procuram distinguir entre as empresas que exploram atividade econômica e aquelas que prestam serviço público. As primeiras estariam sujeitas ao regime correspondente às empresas privadas, por força do que dispõe o art. 173, § 1º, da Constituição Federal. As segundas não poderiam sofrer penhora dos bens vinculados ao serviço por elas prestado, em razão do *princípio da continuidade do serviço público*; a penhorabilidade de suas rendas, contudo, tem sido admitida pela jurisprudência.

30. A lei que viesse a regular a possibilidade da emissão de duplicata nos contratos administrativos deveria cuidar de todos esses aspectos, inclusive com relação aos prazos e condições para que a *entidade contratante confirme o crédito do contratado* (efetue o recebimento ou aprove a medição). Neste caso, havendo um terceiro gerenciador da obra ou serviço, ou um consultor-fiscal da execução do objeto do contrato, a aprovação deste poderia ser suficiente para a expedição da fatura e respectiva duplicata. O que importa é assegurar a plena eficácia da duplicata como título de crédito e bancário, de maneira a possibilitar aos colaboradores do Poder Público a utilização de seus créditos na atividade comercial de suas empresas.

31. A mesma solução seria inviável quando o contratante fosse algum órgão ou entidade da Administração Direta. Isto porque os bens públicos (da União, Estados e Municípios e suas autarquias) são impenhoráveis. A execução contra a Fazenda pública ou autárquica só pode fazer-se mediante a apresentação dos precatórios, como determina o art. 100 da Constituição Federal. Daí porque seria inútil a emissão de um título de crédito contra uma entidade que não pudesse ter seus bens executáveis. Neste caso, outro teria que ser o instrumento adequado.

32. Para os contratos de obra pública, o direito argentino prevê a expedição de um "*certificado de obra pública*", como um instrumento público que prova a existência de um crédito contra a Administração. Destina-se, precipuamente, a tornar certo, líquido e exigível o crédito do contratado, de forma a lhe assegurar o recebimento da quantia ali fixada, nos prazos e condições estabelecidos. Como qualquer crédito, pode ser cedido a terceiros, na forma do Código Civil, mas não possui características cambiais, com circulação literal e autônoma<sup>12</sup>.

33. O *certificado de obra pública* poderia ser introduzido na legislação brasileira, conferindo-lhe a lei maiores predicados do que o direito argentino. Sendo um título que torna líquido e certo o crédito do contratado, poderá ter poder liberatório para *Pagamento de tributos devidos ao Poder Público contratante* (impostos, taxas e contribuições); *ou de contas e faturas das entidades prestadoras de serviços por ele controladas*; *ou ainda para outros fins* (como moeda utilizável no Programa Nacional de Desestatização).

11 HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 336; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pp. 11/2.

12 JOSÉ ROBERTO DROMI, *Certificado de Obra Pública*, In *Contratos Administrativos*, Ed. Astrea, 1988, tomo I, p. 73.

34. Evidente que essas disposições deverão adequar-se à legislação relacionada com o controle da dívida pública, prevista no art. 163, II, da Constituição Federal, o que permitirá inclusive a aplicação de sanções administrativas ao agente público que determinar a celebração de novos contratos sem o pagamento dos débitos anteriores. Os *contratos de gestão*, que ora estão em estudo pela Administração Federal, para a designação da diretoria de entidades governamentais, poderão prever mecanismos que assegurem o cumprimento rigoroso dos contratos administrativos celebrados, principalmente no que diz respeito ao pagamento das obras e serviços efetuados.

35. É preciso lembrar, a esse propósito, que o primeiro dever da Administração, nos contratos administrativos, é cumprir as obrigações assumidas, obrigações estas que correspondem aos direitos do particular contratado. A despeito das prerrogativas e privilégios outorgados à Administração, a força obrigatória dos contratos permanece incólume. O princípio "*pacta sunt servanda*" continua aplicável, ainda que de forma atenuada pelas cláusulas exorbitantes. Daí a arguta observação de ESCOLA, haurida em mais de trinta anos de experiência em altos cargos da Administração argentina:

*"El cocontratante particular tiene el derecho de reclamar que la administración pública cumpla con sus obligaciones tal como resulten del contrato, siempre dentro de un plano de buena fe que es inexcusable en las relaciones con quien actúa como un colaborador en la obtención de finalidades que son de interés Público. Tiene también el derecho a percibir el precio fijado en el contrato cualquiera sea su forma y la denominación que se haya atribuido, con arreglo a las modalidades y condiciones que hayan sido espuladas, debiendo la administración respetar su intangibilidad, sin afectarla por medio de actitudes o decisiones que, directa o indirectamente, concurran a variarlo en perjuicio del cocontratante particular."*<sup>13</sup>

No mesmo sentido preleciona MARIENHOFF:

*"Nada corresponde decir acerca de que el cocontratante tenga derecho a que la Administración Pública cumpla sus obligaciones de "buena fe". Decir esto sería incurrir en una redundancia, porque va de suyo que la buena fe es el alma de todo contrato, por lo que va insita en éstos. Quienes carezcan de buena fe, sea el Estado o los particulares, no pueden ni deben contratar: para ellos el ámbito convencional está vedado."*<sup>14</sup>

Fala-se muito, hoje, no direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, na imutabilidade da equação financeira estabelecida na proposta vencedora, durante toda a execução contratual. *Mas de pouco vale tal direito se não se forem assegurados, Paralelamente meios adequados de pagamento do preço ajustado.* Note-se que a Constituição não se refere apenas à garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas também à inserção de cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações de efetivo pagamento, nos

<sup>13</sup> HÉCTOR JORGE ESCOLA, *El Interés Público como Fundamento del Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1989, p.177, grifos nossos.

<sup>14</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, ob. cit., p.451, grifos nossos.

termos da lei (art. 37, XXI). *Isto quer dizer que a lei ordinária poderá criar títulos jurídicos representativos dos créditos decorrentes dos contratos administrativos, de forma a garantir aos contratados senão o recebimento direto de suas faturas, ao menos a Possibilidade de deles se utilizar no giro comercial ou na liquidação de seus débitos.*

37. Em conseqüência, todas as regras que visem a garantir os contratados contra os atrasos ou a falta de pagamento por parte da Administração, outorgando-lhes títulos de crédito que tenham poder liberatório para quitação de tributos e outros encargos, não podem ser vistas como privilégios indesejáveis, mas como forma de amenizar o descumprimento de uma obrigação fundamental da Administração, que é a de pagar o preço do serviço contratado. Com essa providência, tentar-se-ia preservar a saúde financeira de numerosos setores da esfera privada da economia, que têm no Poder Público o único — ou quase único — contratante. E que, ao fim e ao cabo, são colaboradores da Administração.

38. Já vimos que o *primeiro dever da Administração Pública, nos contratos administrativos, é cumprir as obrigações pactuadas com lealdade e boa fé. Pagar o preço ajustado é a mais importante delas, por ser o contraponto indispensável à manutenção do equilíbrio econômico do particular contratado.* Na impossibilidade de se efetuar esse pagamento por razões conjunturais de natureza financeira, nada mais justo que a lei assegure ao contratado títulos jurídicos de seus créditos, com poder liberatório de tributos e outras finalidades. Norma legal que viesse a estabelecer regras nesse sentido não só estaria fundamentada no princípio da moralidade administrativa, já antes examinado, como também na determinação expressa do preceito constitucional do art. 37, XXI, que fixa as diretrizes básicas dos contratos administrativos.

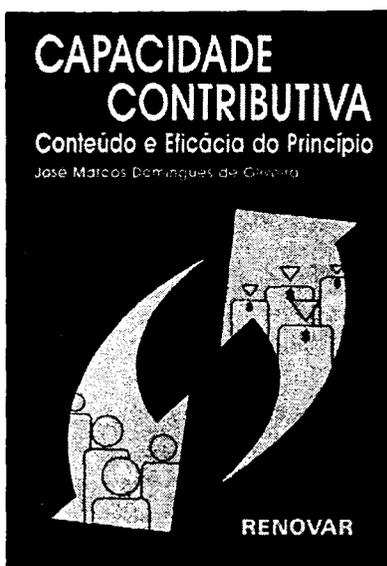
## VI — Conclusões

39. Há suficiente embasamento moral, constitucional e político para se estabelecer uma disciplina legal, objetivando pontualidade e cronologia nos pagamentos dos débitos da Administração Pública com os seus contratados. As regras que vierem a ser estabelecidas nesse sentido têm apoio em dispositivo expresso da Constituição Federal, que determina contenham os contratos administrativos cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento nas condições efetivas da proposta (art. 37, XXI). O instrumento jurídico para essa finalidade é a lei ordinária, ou a Medida Provisória com força de lei, se o Presidente da República entender seja a matéria de relevância e urgência (CF art. 62).

40. A lei ordinária poderá dispor sobre a possibilidade da emissão de uma *duplicata* da fatura expedida pelo contratado (de serviço, de obra ou de fornecimento), com as características de título cambial, quando a contratante for empresa governamental. Quando a contratante for entidade da Administração Direta, a lei poderá determinar a expedição pela contratante de um *certificado* que torne líquido e certo o crédito do contratado, com poder liberatório para pagamento de tributos devidos ao Poder Público contratante (impostos, taxas e contribuições); ou de contas

e faturas das entidades prestadoras de serviços por ele controladas; ou ainda para outros fins, como moeda utilizável no Programa Nacional de Desestatização. Tais títulos poderiam ter por objeto créditos parciais, de acordo com as condições de pagamento constantes do contrato, como também seriam passíveis de cessão a terceiros.

41. A lei ordinária poderá prever ainda sanções penais e administrativas para o descumprimento dos prazos estabelecidos para a aprovação das medições da obra, ou para o recebimento (provisório ou definitivo) do objeto do contrato, assim como para a expedição do *certificado* anteriormente mencionado. O art. 92 da Lei 8.666/93 pune com pena de detenção e multa o agente público que pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade. Sanção assemelhada poderá ser estatuída para a violação daquelas obrigações contratuais. De igual modo, a norma legal poderá determinar, como sanção administrativa, o afastamento ou a perda da função ou emprego público exercido pela autoridade contratante que violar as regras asseguradoras do efetivo pagamento devido ao contratado.



Ref. 0012  
Brochura  
102 págs.  
Form. 14x21  
1988

## **CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

*José Marcos Domingues de Oliveira*

O autor fez um meticoloso estudo da capacidade contributiva, principalmente como instituto jurídico, examinando a sua evolução e avaliando os seus méritos. Discorrendo sobre conceito e conteúdo, estuda as diversas incidências do princípio e demonstra sua aplicabilidade a todos os tributos. Este livro coloca ao alcance dos estudiosos um tema difícil e pouco explorado, tendo o autor feito de modo sereno e aberto.