

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES APLICADOS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E ÀS DESPESAS PÚBLICAS

*Alcindo A. Amorim B. Belo **

A Maria Luiza, Felipe e Giselle, fontes de inspiração para vida e trabalho.

1. Introdução

O presente Artigo foi elaborado no intuito de analisar os contratos administrativos e as etapas das despesas públicas nas suas relações com os institutos jurídicos advindos do Direito Civil, notadamente os atinentes das Obrigações, que sofreram, em certa medida, algumas mitigações para incidirem nos vínculos entre o Estado e particulares.

As despesas públicas constituem o principal instrumento de ação estatal em qualquer esfera de Poder ou ente da Federação e as mesmas se originam sempre de contratos tácitos ou escritos entre o Estado e pessoas físicas e jurídicas que lhe prestam serviços ou lhe vendem bens para que o mesmo execute os diversos serviços à população. O Direito Financeiro acrescentou algumas características para disciplinar os contratos administrativos e as despesas públicas que proporcionaram um maior rigorismo para se consubstanciar os acordos e as despesas, porém não alterou os princípios gerais que buscou no Direito Civil para reger as relações jurídicas do Estado com as pessoas contratadas para consecução das ações estatais.

2. Princípios gerais do direito das obrigações aplicados aos contratos administrativos e às despesas públicas

Há uma unicidade do Direito como Ciência. Para fins de entendimento e de viabilização didática realiza-se uma divisão por ramos, em que se busca distin-

guir conceitos, institutos e normas características de uma determinada parte do Direito. Por conseguinte, há a classificação, por exemplo, em Civil e Comercial, como Direito Privado, e Tributário e Financeiro, como Público. Porém nenhum desses ramos é estanque, todos utilizam conceitos e institutos que são comuns entre eles, embora cada ramo tenha suas peculiaridades.

Conceitos e institutos de Direito Privado têm plena valia no campo do Direito Financeiro, como no de qualquer ramo da Ciência Jurídica. Todavia, em virtude das peculiaridades das relações jurídicas na sociedade, as regras jurídicas assumem características especiais. Dentro do próprio Direito Civil, existem regras com características próprias, a exemplo das relativas ao casamento, entre outras. A natureza das relações reguladas exige tratamento diferenciado, e não que haja uma autonomia de um ramo jurídico dentro do Direito Civil. Por conseguinte, se determinado conceito de Direito Privado não se configurar adequado para o Direito Financeiro, pode o legislador prescrever um novo sentido a fim de obter maior operacionalidade para o ramo em que será aplicado.¹

2.1. Direito das Obrigações e os contratos administrativos

Vale observar que nos gastos com aquisições, obras e serviços acima de determinado patamar, definido pela Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, deve-se selecionar a proposta mais vantajosa para a Administra-

* Auditor das Contas Públicas do TCE/PE e estudante de Direito do Recife/UFPE

¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 22ª Ed. São Paulo: S: Malheiros, 2002, p. 99.

ção Pública por meio de licitação. Nesses casos, haverá a necessidade de um contrato formal entre o Estado e o fornecedor de bens ou serviços, após a adjudicação do objeto licitado. Do contrário, a contratação é realizada de forma verbal, precedida geralmente de simples pesquisa de preço.

O procedimento licitatório é uma determinação tanto da Lei das Licitações, como da própria Constituição Federal, art. 37, XXI, e se constitui num processo administrativo formal, e não financeiro, porém, de contínua incidência antes da realização de parte significativa das despesas de capital e corrente que não diga respeito a despesas com pessoal, serviços da dívida e outras que não requeiram sua instauração.

Assim, para uma parcela substancial das despesas públicas deverá existir um processo administrativo de seleção, instaurado para que o Estado obtenha uma proposta mais vantajosa, bem como para que todos que atenderem às condições legais estatuídas no instrumento convocatório possam ofertar à Administração Pública, em respeito ao Princípio da Isonomia, basilar numa sociedade democrática. Salienta-se a possibilidade de se contratar despesas acima do limite obrigatório para licitar sem um certame por meio de processo de dispensa ou inexigibilidade. Porém, são casos excepcionais, que precisam atender os requisitos presentes na Lei das Licitações.

Tendo em vista que os contratos representam um acerto de duas ou mais vontades com o objetivo de produzir efeitos jurídicos, o âmbito dos mesmos não se restringe apenas ao Direito Civil, abarcando também outros ramos do direito privado e direito público, expandido sua aplicação além dos ajustes que constituem, regulem ou extingam relações patrimoniais na esfera privada.

Os negócios bilaterais firmados entre o Estado e os fornecedores de bens e serviços são consubstanciados por meio dos contratos administrativos. Tais contratos representam uma espécie de ato jurídico. A especificidade do administrativo consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes, sendo uma delas a Administração Pública. Uma vez que se trata de ato bilateral, em que existem obrigações recíprocas entre as partes, incumbe ao fornecedor de bem ou serviço entregar a coisa, ao Estado, o preço. Desse modo, a prestação de cada uma das partes tem por

razão de ser e nexó lógico a prestação do outro contratante, ou ainda, a obrigação de um contratante tem como motivo de existência a prestação do outro.²

Vale notar, desse modo, que os contratos administrativos se aperfeiçoam pela correspondência de duas ou mais vontades unilaterais e, caso estas se externem livre e conscientemente e forem obedecidas as prescrições legais, há determinação legal tornando o instrumento obrigatório, possibilitando a parte lesionada rescindi-lo e pedir a reparação das perdas e danos, na hipótese de seu descumprimento. O contrato vincula as partes, que, a princípio, apenas se livram das obrigações pelo distrato ou na impossibilidade da prestação provocado por caso fortuito ou força maior.

Há geralmente assim o seguimento da moldura clássica do contrato bilateral nas relações contratuais entre o Estado e os contratados. Existe um ajuste que envolve prestações recíprocas de cada uma das partes, pois cada qual dos contratantes se obriga a determinada obrigação. Tais características ensejam que:

- a) nos contratos haja a concorrência de duas pessoas, não havendo mais de dois pólos na relação, tendo-se equilíbrio de obrigações. Embora, valha salientar, que o Legislador prescreveu ao Estado prerrogativas, oriundas do Princípio do Interesse Público, que o privilegiam a respeito de aspectos tanto na formação do vínculo, como na execução contratual;
- b) ocorra o princípio da relatividade dos contratos, em que os efeitos do contratos incidem, em princípio, somente entre as partes contratantes. Porém, o Estado responde solidariamente pelos danos que seus contratados ocasionarem a terceiros;
- c) Em caso de inadimplência, o contrato não se invalida e continua a vigorar entre as partes. Todavia, enquanto o Estado pode proceder à execução dos bens do devedor para alcançar a satisfação de seu crédito em virtude do princípio do que foi acertado deve ser cumprido, o *pacta sunt servanda*, o particular contratado não pode executar os bens estatais por esses serem indisponíveis, visto a sua importância para a coletividade;
- d) incide na execução dos contratos a cláusula da exceção do não cumprimento do contrato,

² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2003.

exceptio non adimpleti contractus, em que o contratado não poderá exigir a obrigação da Administração Pública, o pagamento, sem que antes tenha cumprido a prestação avençada. Essa cláusula constitui um meio de defesa processual contra o inadimplente, uma vez que contesta a exigibilidade de uma obrigação em face de haver a mora do contratado, tendo por finalidade a que se preserve o equilíbrio das prestações. Tal princípio é peculiar à convenções sinalagmáticas. Caso inadimplente um contratante, confere-se ao outro a prerrogativa de promover a resolução do negócio e também não cumprir a obrigação que estipulou, tendo em vista que no contrato bilateral, como o é o administrativo, as obrigações dependem umas das outras, quer quanto à sua existência, quer quanto à sua execução. Tal instrumento também é útil para compelir o devedor a pagar o seu débito, tendo em vista a hipótese de se buscar no judiciário o cumprimento do que não proveu a prestação, caso a parte lesada não deseje rescindir a avença.

2.2. Despesas públicas e Direito das Obrigações

Preliminarmente, para nortear o entendimento da matéria apreciada, expõe-se o conceito de despesa pública, que consiste numa etapa da atividade financeira do Estado, mediante a qual esse realiza suas despesas de custeio e financeiras, bem como presta os serviços públicos aos signatários. Constitui-se o instrumento de consubstanciação da prestação de uma atividade estatal que visa promover o desenvolvimento e o bem-estar social não somente custeando a manutenção dos serviços públicos já existentes, mas também ofertando novos serviços e infra-estruturas à sociedade³.

Vale salientar, também, que o ordenamento jurídico do Brasil regula a despesa pública por meio de normas constitucionais e legislação esparsa, principalmente pela Lei Federal nº 4.320/64, que disciplina parte importante do Direito Financeiro no País. Tal norma é entendida como uma Lei Complementar material pela doutrina, tendo em vista o Legislador não haver editado após 1988 uma lei complementar específica para as despesas públicas, editando em a Lei

Complementar nº 101/2000, denominada *Lei de Responsabilidade Fiscal*, a fim de regular a execução e controle orçamentários.

A despesa pública, conforme se mencionou, é disciplinada positivamente pela Lei 4.320/64, que a prescreve como um procedimento financeiro complexo, composto por três etapas: empenho, liquidação e pagamento, que derivam originalmente dos princípios gerais dos direitos das obrigações.

2.2.1. Fase do Empenho

Na perspectiva do Direito Financeiro, o empenho é um ato da autoridade competente que reserva parcela de dotação orçamentária do Estado equivalente à obrigação contratada. O instrumento financeiro do empenho é denominado *Nota de Empenho*.

Nessa fase, o Estado, mediante acerto prévio com um prestador de serviço ou fornecedor de um bem, reserva parcela dos recursos orçamentários previstos no intuito de assegurar ao contratado uma parte dos recursos previstos no Orçamento, que seja suficiente para suportar a despesa que posteriormente deverá ser liquidada e quitada. Procurou o legislador, desse modo, evitar que se use para outras finalidades parte das dotações orçamentárias destinadas a despesa contratada, assim como possibilitar à Administração Pública exercer controle sobre suas disponibilidades orçamentárias e financeiras.

Essa fase procede diretamente do encontro de vontades ocorrido na contratação pactuada entre o Estado e o fornecedor de bens ou serviços a respeito de determinado objeto.

Urge notar que o empenho não institui uma obrigação para o ente público, como se poderia inferir da definição legal disposta na supracitada Lei 4.320/64: "...Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição...". De ordinário, consoante será citado na análise da fase de liquidação, a obrigação de executar o contrato por parte da Administração Pública apenas se constitui quando o bem ou serviço contratado é efetivamente prestado.

O ordenamento jurídico brasileiro, desta feita, não permite o pagamento antecipado de obrigações nas despesas públicas. Acompanham-se os preceitos dos

³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

Contratos, regulamentados também pelo Código Civil, em que num contrato bilateral, uma parte obrigada, o contratado, deve realizar uma prestação para que se origine a obrigação da outra, o Estado, em realizar a obrigação correspondente, ambas decorrentes de um contrato, *lato sensu*, previamente firmado entre as partes.⁴

2.2.2. Fase da Liquidação

No que tange à etapa de Liquidação, essa representa a etapa em que o prestador do serviço ou produtor do bem contratado torna-se credor do Estado, uma vez que a partir do momento que realiza a prestação parcial ou total do objeto firmado, faz surgir para o ente estatal a obrigação do pagamento.

Como mencionado, rege a relação jurídica entre o Estado e terceiros, em decorrência da bilateralidade contratual, o princípio da exceção do não cumprimento do contrato, em que a parte que se encontra em mora não pode exigir da outra o cumprimento das respectivas obrigações. Salienta-se que atualmente, tal princípio está disposto taxativamente no artigo 476 do novo Código Civil para relações privadas.

Desse modo, na liquidação, o Estado averigua a realização da prestação e declara, se realizado o serviço ou entregue o produto, a constituição da obrigação, tornando esse direito líquido e certo para o credor, tendo então o Estado o dever de entregar o preço.

Na fase liquidatória, ressalta-se, deve o ente estatal observar não apenas os aspectos formais da prestação acertada que corroborem o cumprimento do contrato o ex. das notas fiscais e faturas, mas, principalmente, averiguar fisicamente se a prestação foi efetuada a fim de se constatar a perfeita entrega do bem ou serviço consoante se contratou.

A importância da Liquidação é ainda notada ao se analisar a contabilização da despesa para fins de demonstrativos contábeis, haja vista que apenas se registram nos Balanços as despesas liquidadas, refletindo as despesas que efetivamente geram obrigações frente aos recursos financeiros do Estado. Os empenhos podem ser anulados, caso não seja realizada a prestação, ou revogados, por conveniência do gestor público. No entanto, as notas de liquidação são desprovidas desta possibilidade de anulação simplesmente porque, consoante indiciado, o direito do credor

será líquido e certo quando realizar a perfeita prestação firmada com o Estado.

Vale salientar por fim que as pessoas jurídicas de direito público gozam de prerrogativas não titularizadas pelas de direito privado, exatamente porque os interesses daquelas, segundo o ordenamento jurídico do País, são revestidos de maior importância por interferirem na vida de um maior número de pessoas.

Essas prerrogativas jurídicas são pertinentes aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Perante a pessoa jurídica de direito público, por exemplo, em relação a contratos oriundos de certames em que a prestação do serviço ou fornecimento de um bem é prestado de forma parcelada é preciso que a mora do Estado relativa ao pagamento de um credor seja superior a 90 dias para que o contratado suspenda a prestação ou rescinda o contrato, consoante preceitua o artigo 78, inciso XV, da Lei das Licitações.

Há, desse modo, uma relativização dos princípios que incidem nos contratos bilaterais no Direito Privado, mas não sua exclusão nas relações jurídicas entre o Estado e os fornecedores de bens e serviços, tendo em vista que vencido o prazo de tolerância da mora do Estado, pode o credor, arguindo a *exceptio non adimplenti contractus*, suspender o cumprimento de suas obrigações até a quitação da obrigação do Estado e até mesmo rescindir o contrato, requerendo as indenizações cabíveis.

2.2.3. Fase do Pagamento

O Pagamento, ato de competência exclusiva do ordenador de despesas legalmente instituído, constitui a etapa em que o Estado, verificando o regular transcorrer das etapas jurídico-financeiras das despesas que a precedem, Empenho e Liquidação, paga ao credor pela realização da prestação contratada.

É importante notar que o pagamento, contraprestação contratual do Estado frente ao credor, será efetuado mediante análise formal de documentos, oriundos da fase liquidatória, que atestem que se efetivou a prestação pelo fornecedor ou prestador de serviço. Nessa última fase, o Estado extingue a obrigação de pagar, que foi consubstanciada na fase liquidatória.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. vol. 2. 2002.

3. Considerações Finais

Pode-se observar que o Direito Financeiro é um dos ramos da Ciência Jurídica, por ter princípios jurídicos próprios, distintos dos demais ramos do Direito. No entanto, não se constitui numa ciência independente, dado que adota princípios gerais de Direito, tendo em vista que esse é *uno*.

Dessa maneira, tem relação direta também com o Direito Civil, donde destacou institutos e conceitos que regem, com algumas alterações, as relações jurídicas entre o Estado e os fornecedores de bens e serviços que contrata. Existem, assim, conexões com o Di-

reito Civil, onde o Direito Financeiro foi buscar vários princípios gerais, adaptando, em certas prescrições, a estrutura privada desses conceitos à estrutura peculiar do Direito Público.

As prerrogativas do Estado frente aos signatários, repercutem também nos contratos administrativos e nas fases das despesas pela maior relevância jurídica atribuída à Administração Pública, decorrentes da tutela jurídica especial ao interesse público. Porém, essas prerrogativas não são absolutas e se aplicam geralmente os princípios dos contratos nas relações do Estado com os prestadores de serviços ou fornecedores contratados.