

# Notas acerca das repercussões do novo Código Civil sobre os contratos administrativos

Jessé Torres Pereira Junior

## 1. O CENÁRIO DE “PUBLICIZAÇÃO” DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS

A Lei nº 10.406/2002 trouxe-nos o novo Código Civil, pondo-o a produzir efeitos a partir de janeiro de 2003. É tempo de meditar-se acerca de suas repercussões sobre os contratos da Administração Pública, que sempre pretenderam constituir espécie ímpar de acordo de vontades, na medida em que um dos pólos da relação contratual é ocupado por pessoa jurídica devotada à realização do interesse público.

Mesmo sob a inspiração da autonomia individualista que marcava, desde os primeiros anos do século XIX, o modelo europeu inspirador do Código Civil brasileiro de 1916, os nossos contratos administrativos não se fizeram de rogados e, impulsionados pela presença prevacente do interesse público, desenvolveram e acolheram os estímulos, que também vinham do Velho Continente um século mais tarde, para a formulação de princípios que os distinguissem dos contratos celebrados entre particulares.

Sendo privados os interesses dos contraentes, a lei civil não cogitava de indagar dos motivos e das finalidades que os impeliam a contratar, tanto que os requisitos essenciais do contrato eram a coisa, o preço e o consentimento, tout court. Sendo público o interesse de ao menos um dos contraentes, o direito administrativo impunha regime jurídico especial, exorbitante e derogador do direito comum, para que aquele interesse preponderasse na interpretação e na execução dos direitos e das obrigações decorrentes do contrato.

Daí as prerrogativas, inerentes a tal regime especial, que o art. 58 da Lei nº 8.666/93,

Jessé Torres Pereira Junior é Desembargador e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

sistematizando o que propunham a doutrina e a jurisprudência, veio atribuir à Administração nos contratos administrativos, cujos motivos e finalidades integram-lhes a estrutura morfológica, agregando valor à coisa, ao preço e ao consentimento, a saber: (a) modificá-los unilateralmente; (b) rescindi-los unilateralmente; (c) fiscalizar-lhes a execução; (d) aplicar sanções ao contratado pela inexecução; (d) ocupar provisoriamente bens e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Tratando-se, como se trata, de prerrogativas, ao agente público não é dado deixar de exercê-las, como se fossem de uso facultativo. Presentes os motivos que as inspiram, devem ser exercidas para garantir-se a preponderância do interesse público. Por isto que prerrogativa (dever jurídico imposto à Administração, como condição de exercício adequado da função pública) não se confunde com privilégio (benefício deferido a determinada pessoa, sem correlação com o exercício da função). Aquela será sempre, e necessariamente, legal, legítima e impessoal. Esta, sempre pessoal, será de legalidade e legitimidade duvidosas.

O novo Código Civil (NCC), como o antigo, não se pronuncia sobre o contrato administrativo. Até porque lhe cabe cuidar dos negócios jurídicos em geral, deixando a especialização, decorrente da presença do interesse público na relação contratual, para outros ramos das ciências jurídicas. Mas, em seu art. 113 (“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), o NCC expressa clara preocupação com a regulação das relações sociais de molde a fixar, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao aludir aos usos do lugar. O NCC aproxima-se da peculiar ética do interesse público, que sempre envolveu os contratos administrativos em aura diferenciada.

Miguel Reale, co-autor e coordenador dos trabalhos de elaboração do projeto de código civil, que por mais de vinte anos tramitou no Congresso Nacional, tem assim destacado acerca do texto afinal convertido em lei: “no negócio jurídico, o que sobreleva não é o aspecto da ‘declaração de vontades’, mas sim o ‘encontro das vontades’, para dar nascimento a um conjunto de direitos e obrigações... é a fonte negocial (que se soma às três tradicionais do direito - legal,

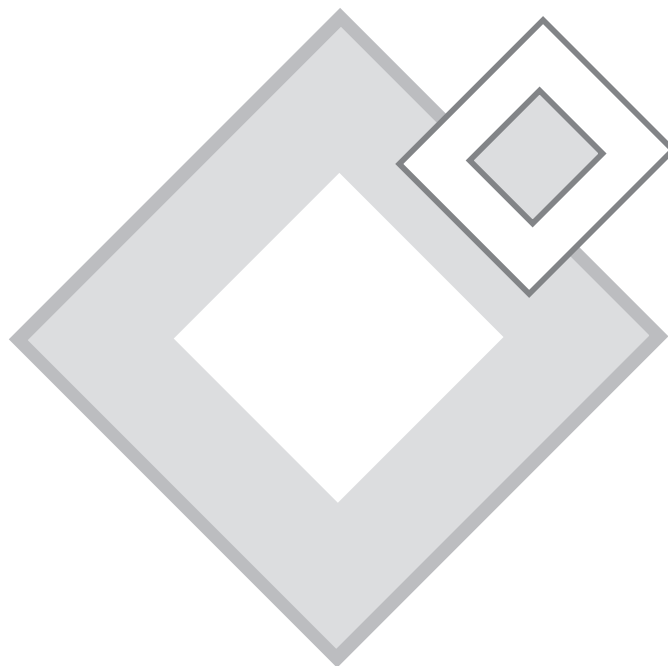
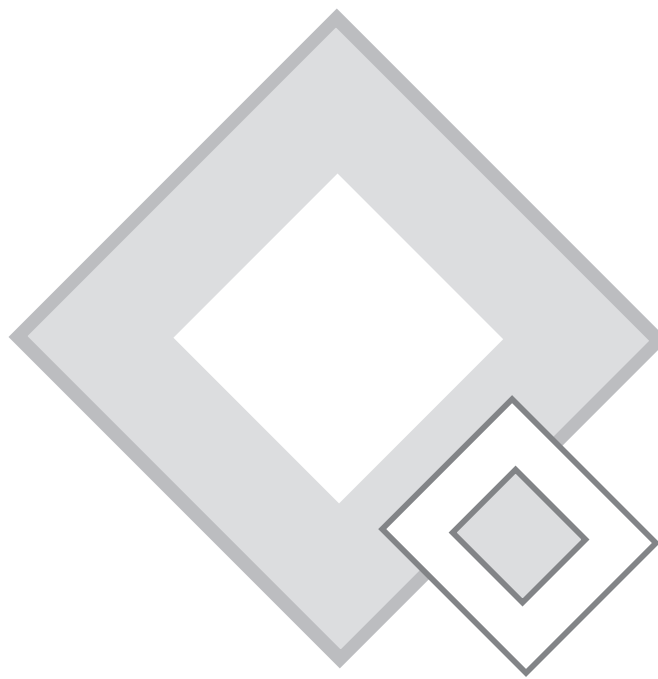
jurisdicional e costumeira), que emerge da própria sociedade civil por meio da autonomia de vontades concordantes, vontades essas que se conjugam para dar origem a direitos e deveres recíprocos, sobretudo por meio de avenças ou contratos. Trata-se do poder negocial, que instaura relações jurídicas válidas, desde que não conflitantes com expressas determinações de ordem legislativa. É a fonte negocial que se desenvolve no plano das relações civis, justificando-se, por esse motivo, o tratamento privilegiado que lhe foi dado pelo novo Código Civil, o que tem escapado a comentaristas situados apenas no âmbito do Direito Privado, sem a visão ampla de toda a experiência jurídica. Com razão o supra transcrito art. 113 dá preferência aos negócios jurídicos para fixar as diretrizes hermenêuticas da eticidade e da socialidade” (*Justiça e Cidadania*, ago. 2003, p. 20-21).

A boa-fé é o substrato da eticidade, traduzindo-se em norma de conduta que salvaguarda a veracidade do que foi estipulado, a sinceridade e a probidade das vontades manifestadas, “em virtude do que se pode esperar que será cumprido o pactuado sem distorções ou tergiversações, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes... é tanto forma de conduta como norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destas só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como este se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam... Além de à boa-fé, o negócio jurídico deve obedecer aos usos e costumes do lugar em que foi constituído, o que demonstra que seu titular não é um sujeito de direito abstrato, mas uma pessoa situada no contexto de suas circunstâncias existenciais. Por aí se vê como estamos longe da concepção romana, conforme a qual no exercício de direito próprio não se causa dano a ninguém. Pelo atual Código Civil, ao contrário, o direito subjetivo deve ser empregado de conformidade com a boa-fé e os usos do lugar... Volta-se a dar importância ao direito consuetudinário, o qual foi banido do código anterior, que atuava somente como um sistema de normas legais, por sinal que rigorosas e auto-suficientes, em contraste com o ora vigente, com suas regras genéricas e abertas, que permitem ao advogado e ao juiz apreciarem as relações jurídicas *in concreto*. Daí as conseqüências do art. 187, ao considerar ilícito o comportamento do titular de um

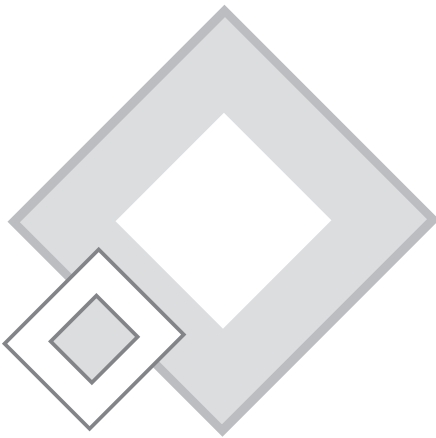
direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes” (op. cit.).

O NCC elegeu a eticidade e a socialidade como os nortes da relação contratual, que sempre foram parâmetros dos negócios jurídicos contratados pela Administração Pública. Assim, ao invés de se assistir à privatização do regime jurídico dos contratos administrativos — que a alguns parecia, talvez ainda pareça, o ovo de Colombo das contratações do Estado —, o NCC aproxima da ordem pública o regime jurídico dos contratos em geral. Como vaticinou Caio Mario da Silva Pereira: “O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que JOSSERAND chega mesmo a considerá-lo a ‘publicitação do contrato’. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresariais; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele” (Instituições de Direito Civil. 10. ed. Forense, 1999, v. III, p. 13-14).

O cenário que se desenha à luz do NCC vem sendo percebido nas instâncias administrativas, a advertir para a necessidade de algumas ênfases nos misteres de contratar pela Administração Pública, diretamente ou mediante licitação. O Tribunal de Contas da União, que desempenha atividade paradigmática para todos os órgãos e entidades da Administração federal, ou que recebem e aplicam recursos provenientes do tesouro federal, “vem consolidando o entendimento de que as empresas que contratam com a Administração atuam não apenas na defesa de seus interesses privados, mas mantêm verdadeiro vínculo de colaboração com o Poder Público para o atingimento do bem comum. Por conseguinte, têm o dever de agir com honestidade e

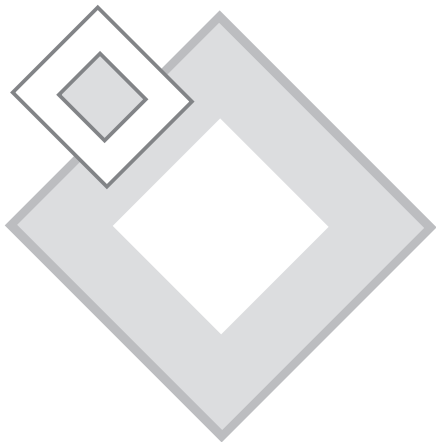


lhaneza ao celebrar ajustes de natureza administrativa. Não é aceitável que estabeleçam preços bem acima dos cotados no mercado quando contratam com entidades da Administração Pública. Frise-se que, hoje, a evolução do direito privado levou à positivação de princípios de índole social em normas que visam a regular relações eminentemente privadas. Protege-se a boa-fé dos contratantes, apena-se com a nulidade cláusulas de caráter abusivo, repudia-se o abuso do direito. O novo Código Civil estabelece a lesão e o estado de perigo como fatores a ensejar a relativização da autonomia da vontade. Sendo a função social do contrato, de que a boa-fé é consequência imediata, o princípio aplicável aos contratos de direito privado, com mais razão ainda deve o contratado que celebra ajuste com a Administração agir com correção, sob pena de responder, administrativamente inclusive, pelos danos que vier a causar ao erário. Máxime quando os contratos celebrados têm, por fim último, a satisfação do interesse público” (TCU, Plenário, Processo 016.988/2001-8, acórdão nº 165/2002, rel. Min. Benjamin Zymler).



É hora, pois, de chamar-se à reflexão todo aquele que, por força do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República, deva prestar contas das funções de gestor, ao utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos, no que respeita à atividade contratual da Administração Pública. O NCC trouxe reforçadas exigências de eticidade e socialidade, que se impõem à Administração e aos que com ela venham a contratar.

## **2. REVISÃO NECESSÁRIA DAS EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO, NOS EDITAIS DE QUALQUER MODALIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE COMPRAS, OBRAS, SERVIÇOS OU ALIENAÇÕES**



Os artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 traçam as exigências que a Administração Pública está autorizada a fazer para que os licitantes comprovem, em fase preliminar, a sua habilitação jurídica, a sua regularidade perante o fisco, a sua qualificação técnica para a execução do objeto em licitação, a sua qualificação econômico-financeira quanto ao lastro de que disponha cada qual para essa execução, e a observância das normas de proteção ao trabalho de menores. Sem tal comprovação, estritamente documental, o licitante será eliminado e não poderá apresentar a sua proposta comercial à Administração, nas modalidades tradicionais de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso). Na modalidade do pregão, mais recentemente instituída (Lei nº 10.520/2001), em que a habilitação ocorre ao final do procedimento, também resultará eliminado aquele cuja proposta de preço foi classificada em primeiro lugar, se desatender à comprovação documental arrolada no edital. Segue-se a relevância de rever-se o texto da Lei nº 8.666/93 em face do NCC.

### **2.1 AS QUESTÕES DECORRENTES DAS NOVAS SOCIEDADES**

O art. 28 da Lei Geral das Licitações e Contratações cuida das exigências de habilitação jurídica, ou seja, aquelas que aferem a constituição regular da pessoa do licitante para assumir direitos e obrigações. Faz uso de

expressões que se defasaram em face do chamado direito de empresa, que o NCC veio incorporar como novo livro do direito privado unificado, descolado do vetusto direito comercial.

O art. 28 faz referência à “empresa individual” no inciso II, às “sociedades comerciais” e “sociedades por ações” no inciso III, à “sociedade civil” no inciso IV, à “empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país” no inciso V. Essas denominações não se harmonizam com as figuras definidas nos artigos 966 a 1.195 do NCC, estando por eles parcialmente derogadas, acarretando efeitos importantes para a elaboração dos editais de licitação e o exame dos documentos tendentes a comprovar aquelas habilitações.

A produção e a circulação de bens e serviços não mais gravitam em torno da pessoa do comerciante. O NCC reestrutura o tema a partir da figura do empresário. Define-o como todo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966), excetuado “quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (parágrafo único).

Empresário é, pois, aquele que se dedica a produzir e a fazer circular bens e serviços; essa é a atividade econômica da qual extrai o seu lucro. O não empresário é aquele cujo rendimento provém de atividade de natureza intelectual, científica, artística ou literária, exceto se essa atividade for segmento de um conjunto empresarial maior.

***"Empresário é, pois, aquele que se dedica a produzir e a fazer circular bens e serviços; essa é a atividade econômica da qual extrai o seu lucro. O não empresário é aquele cujo rendimento provém de atividade de natureza intelectual, científica, artística ou literária, exceto se essa atividade for segmento de um conjunto empresarial maior."***

Quando o art. 967 obriga o empresário a inscrever-se no registro público de empresas mercantis de sua respectiva sede, antes do início da atividade empresarial, não se está referindo somente a pessoa jurídica. O destinatário da norma é o empresário, ou seja, todo aquele que exerça atividade econômica com o fim de produzir ou fazer circular bens e serviços. O art. 1.150 incumbe desse registro as Juntas Comerciais, que são autarquias estaduais. Em cada Junta haverá o registro público de empresas mercantis para receber as inscrições de quem seja empresário.

O empresário tanto pode ser pessoa jurídica quanto física, uma vez que realize a atividade definida no art. 966 (produção ou circulação de bens e serviços). Também a pessoa física, desde que se caracterize como empresário, estará no dever de inscrever-se no registro público de empresas mercantis das Juntas Comerciais. É evidente a repercussão sobre a exigência de habilitação jurídica na licitação. O empresário, pessoa física ou jurídica, desde que inscrito no respectivo registro da Junta Comercial de sua sede, poderá participar da licitação. A Junta Comercial passou a ter a incumbência de manter registro também de pessoas físicas, desde que correspondam à figura do empresário, tal como delineada no art. 966 do NCC. Logo, se a natureza do objeto em licitação for inconciliável com a atuação de empresário pessoa física (como a prestação de serviço cuja execução demande estrutura de sociedade mercantil, por exemplo), o edital deverá ser explícito quanto à vedação de concorrer pessoa física, ainda que ajustada à definição legal de empresário.

Ao empresário pessoa jurídica corresponderá a chamada “sociedade empresária”, não mais empresa, posto que esta designa a atividade econômica. É impropriedade terminológica, em face do NCC, chamar de empresa a pessoa jurídica que exerce atividade econômica, posto que esta também pode ser exercida por pessoa física.

Um quadro esquemático das correspondências entre a Lei nº 8.666/93 e o NCC seria, em síntese, o seguinte: a atividade societária divide-se entre empresária e não empresária; a empresária é a que produz e faz circular bens e serviços; a não empresária é a que exerce atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística. A atividade empresária pode ser realizada por pessoa física (o empresário) ou jurídica (a sociedade empresária). A sociedade empresária poderá revestir-



se de qualquer das espécies de sociedade admitidas no NCC, que as manteve conforme conhecidas na legislação anterior. Assim, encontramos no NCC a sociedade em conta de participação; a sociedade em nome coletivo; a sociedade em comandita, simples ou por ações; a sociedade limitada; a sociedade anônima. A atividade não empresária também poderá ser realizada por pessoas físicas ou jurídicas. Se for realizada por pessoa jurídica, estaremos diante de duas espécies de sociedade — as sociedades simples e as sociedades cooperativas. A síntese: há sociedade empresária e sociedade não empresária; as sociedades empresárias assumem qualquer das modalidades previstas em lei; as sociedades não empresárias, ou são as simples ou as cooperativas.

Confrontem-se as denominações do art. 28 da Lei nº 8.666/93 com os designativos do direito de empresa que o NCC veio consagrar: a empresa individual referida no inc. II é o empresário pessoa física, com inscrição obrigatória no registro da Junta Comercial; a sociedade comercial referida no inc. III é a sociedade empresária sob qualquer das modalidades dos artigos 1.039 a 1.092 do NCC; a sociedade por ações é a sociedade empresária disciplinada nos arts. 1.088 a 1.089, que, aliás, faz referência à “sociedade por ações” em apenas dois artigos, o que remete a disciplina da estrutura e do funcionamento dessas sociedades para legislação específica; a sociedade civil é a sociedade simples disciplinada nos artigos 997 a 1.038 do NCC, sob qualquer das modalidades admitidas para as sociedades, e também a sociedade cooperativa; a empresa ou sociedade estrangeira é a sociedade estrangeira, que recebe exatamente esse nome nos artigos 1.134 a 1.141 do NCC, aduzindo-se que sempre dependerá de autorização do Poder Executivo Federal para funcionar no País (então, não se pode deixar de requisitar, no edital de licitação em que se preveja a participação de sociedade estrangeira, a prova de dispôr dessa autorização para funcionar no País).

Considerando que o empresário, qualquer que seja, pessoa física ou jurídica, sob qualquer modelo societário, somente se habilita ao exercício da atividade empresária mediante a prévia inscrição no registro competente (NCC, art. 985), conclui-se que, para os fins de comprovar-se a habilitação jurídica nas licitações públicas, tanto o empresário pessoa física quanto a sociedade empresária pessoa jurídica devem estar inscritos no registro público de

empresas mercantis da Junta Comercial de sua sede (art. 967). E que também as sociedades simples e as sociedades cooperativas devem estar previamente inscritas no registro que seja o competente, como se verá adiante.

O art. 969 do NCC determina ao empresário “que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária”. Portanto, o empresário cuja sede esteja em Brasília e instituir sucursal, filial ou agência em Salvador, terá de providenciar a inscrição igualmente na Junta Comercial do Estado da Bahia e averbá-la na Junta Comercial de Brasília, junto ao seu registro originário. Assim, se quem estiver participando da licitação for a sucursal, a filial ou a agência, vale dizer, se quem for cumprir a execução do objeto contratado for a agência, a filial ou a sucursal, a Administração deve certificar-se, ao julgar a habilitação jurídica na licitação, que a filial, a sucursal ou a agência tenha inscrição no registro da Junta onde opera, com averbação no registro da Junta onde tem sede a matriz. O NCC evidentemente não desceu, nem lhe caberia descer, a pormenores procedimentais das autarquias – se, por exemplo, as inscrições e averbações poderão ser fundidas num só documento, expedido pela Junta do registro da sede, de maneira a que esta, na inscrição do registro principal, faça constar as inscrições secundárias no registro de outras Juntas, e vice-versa. Importa que o edital exija a prova da inscrição e da averbação nos registros competentes.

No art. 1.000 e seu parágrafo consta a mesma exigência de inscrição principal e de inscrição da sucursal, filial ou agência, se se tratar de sociedade simples. Só que, ao invés de ser inscrição no registro da Junta Comercial, será no registro civil das pessoas jurídicas. As sociedades simples, ou seja, as antigas sociedades civis não empresárias, que entendam de

***"A síntese: há sociedade empresária e sociedade não empresária; as sociedades empresárias assumem qualquer das modalidades previstas em lei; as sociedades não empresárias, ou são as simples ou as cooperativas."***

abrir em outro Estado sucursal, filial ou agência, terão que promover a respectiva inscrição no registro das pessoas jurídicas desse outro Estado e averbá-la no registro da sede da sua matriz. A regra é idêntica.

Os editais de licitação deverão exigir, à vista do art. 28, III e IV, da Lei nº 8.666/93, a apresentação de prova documental dessas inscrições e averbações se o licitante for sucursal, filial ou agência, nas condições dos arts. 969 e 1.000 do NCC, conforme se trate de sociedade empresária ou de sociedade não empresária.

## 2.2 A QUESTÃO DA “OPERAÇÃO EVIDENTEMENTE ESTRANHA AOS NEGÓCIOS DA SOCIEDADE”

A norma do art. 1.015, parágrafo único III, do NCC também importa à habilitação jurídica dos licitantes na medida em que admite ser o excesso de poder dos administradores societários oponível a terceiros, “tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. Se os atos constitutivos de uma sociedade empresária definirem como seu objeto a venda de copos, será evidentemente estranha aos negócios dessa sociedade a venda de produtos eletrônicos. Se se pode fazer tal afirmação, de que quem vende copos não pode vender produtos eletrônicos, o excesso (vg, contratação indevida porque alheia ao objeto da sociedade) não poderá ser oponível a terceiro e seus dirigentes responderão, com o seu patrimônio pessoal, pelos danos conseqüentes da contratação ilegítima. Caso contrário, nenhuma conseqüência adviria do fato. Previsíveis as dificuldades de interpretação. Está-se diante de conceito jurídico indeterminado —

“operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. Quais as balizas que identificam tal operação, qualificada pelo advérbio “evidentemente”?

Operação “evidentemente estranha aos negócios da sociedade” parece ser aquela que se reconhece a olho nu, desnecessária maior indagação, prescindível verificação técnica. Mas, numa economia globalizada, onde a diversificação das operações das sociedades empresárias é a mola mestra dos negócios, a tendência é que cada sociedade atue em ramos variados, por si ou em coligações. Será tormentoso classificar, acima de qualquer dúvida razoável, o que é “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”, a ponto de induzir ou não induzir a responsabilização de seus dirigentes por atos abusivos e excessivos em relação a esse objeto.

Eis desafio complexo para as comissões julgadoras de licitações e os técnicos que elaboram as especificações de materiais e os projetos básicos de obras e serviços, que devem acompanhar os editais (Lei nº 8.666/93, artigos 7º, §2º, I, 14, e 40, §2º). Desde as medidas preparatórias da licitação (onde se inclui a especificação do objeto) até o julgamento dos documentos de habilitação, passando pela composição das exigências editalícias, será indispensável a fixação de critérios que permitam distinguir, em cada caso, o que é “evidentemente estranho” do que é “razoavelmente compatível” com o objeto em licitação. Sim, porque no pólo oposto da “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade” deverá estar a operação razoavelmente

compatível com esses negócios. Os órgãos administrativos, a doutrina e a jurisprudência das cortes judiciais e de contas terão ingente trabalho para estabelecer critérios objetivos de distinção, que demarcarão as decisões de habilitar, ou inabilitar, o licitante cujo ramo de atividade não for, literalmente, coincidente com o objeto em licitação. Critérios que estarão sujeitos às características da economia de mercado globalizada, suas flutuações e idiosincrasias. Só haverá motivo para a inabilitação (entendendo-se por motivo o conjunto de razões de fato e de direito que legitimam a decisão, e cuja inidoneidade vicia o ato) da sociedade licitante se ficar caracterizado que a disparidade entre o seu objeto societário e o objeto da licitação configura a “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”.

Acresce dificuldade à questão o fato de ser freqüente, e de há muito, a participação, em licitações, de sociedades cujo contrato social as define como de representação, aptas a vender desde palito a foguete. O exame da habilitação jurídica dessas sociedades deverá conjugar-se com o de sua qualificação técnica (Lei nº 8.666/93, art. 30, §§3º e 4º), para se saber se no passado realizou operação assemelhada àquela que constitui o objeto presente da licitação. Na medida em que o atestado de qualificação técnica demonstrar que aquele objeto já foi executado antes pela sociedade, ainda que pudesse haver alguma dúvida entre a simetria ou assimetria entre o objeto da sociedade e o objeto da licitação, haverá de concluir-se que evidentemente estranho o objeto não é, posto que conhecido e executado pela sociedade em

contrato pretérito. De toda sorte, é de prever-se considerável casuística nas decisões que as comissões e os pregoeiros terão que tomar acerca da habilitação jurídica, confrontando o objeto da sociedade com o objeto da licitação, em face da “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”.

### 2.3 A QUESTÃO DO REGISTRO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

Além das dificuldades que desafiam o futuro previsível, há antagonismos já instalados. Um deles concerne às sempre controvertidas sociedades cooperativas — devem ser inscritas no registro das Juntas Comerciais ou no registro civil das pessoas jurídicas, que é o registro das sociedades simples não empresárias? O Departamento Nacional de Registro do Comércio, pelo Parecer nº 17, de 05.02.2003, entendeu que as cooperativas sujeitam-se ao registro das Juntas Comerciais, por força dos artigos 1.093 e 1.096 do NCC, que remetem a disciplina das cooperativas para a sua lei específica, a Lei nº 5.754/73, cujo art. 18 afirma que a inscrição deve ser levada ao registro das Juntas Comerciais. Ao ver daquele Órgão, a Junta seria a sede natural do registro de sociedades que, conquanto não sejam empresárias, congregam profissionais autônomos que, nos termos do NCC, são empresários.

Em fins de 2003, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi provocada a manifestar-se sobre a questão porque, no exercício de sua função fiscalizadora e de polícia administrativa das serventias extrajudiciais (tabelionatos, ofícios registrais e de notas), teve de orientá-las quanto a quem

cabe o registro das sociedades cooperativas após a edição do NCC. Matéria importante, seja sob o prisma técnico-jurídico, seja sob a perspectiva de emolumentos e custas, vale dizer, das receitas dessas serventias, que atuam sob delegação do poder público, porém geridas em caráter privado (CF/88, art. 236).



A Corregedoria expediu diretriz, sustentando que as cooperativas são sociedades de pessoas não empresárias, por isto que devem ser inscritas no mesmo registro das sociedades simples, o que deduziu dos artigos 982, parágrafo único, 983, parágrafo único, e 988 do NCC. No sentir da Corregedoria, esses dispositivos dão prevalência ao caráter não empresário da

atividade cooperativa sobre a índole mercantil do empresário, daí a impossibilidade de equiparar-se a sociedade cooperativa à sociedade empresária, e mais adequada a assemelhação, para fins de registro, às sociedades simples. Portanto, a sede da inscrição não seria a Junta Comercial, mas, sim, o registro civil das pessoas jurídicas.

Que posição devem tomar os editais de licitação quanto à prova da inscrição de sociedades cooperativas, quando admitidas a participar do certame — Junta Comercial ou Registro Civil? Ambos os pareceres expendem respeitáveis fundamentos. Certo tempo decorrerá até que se pacifique a controvérsia. O que fazer enquanto isso? Não abalaria a legalidade nas licitações os seus editais ressalvarem que a comissão julgadora pode satisfazer-se com qualquer das inscrições. É que, do ponto de vista da habilitação jurídica, o que importa provar é a inscrição em registro público, onde se encontrem depositados os dados necessários à verificação da regular constituição da sociedade; registro apto a fornecer certidões idôneas contendo a íntegra dos atos constitutivos e alterações posteriores, bem assim atestando, em consequência, o funcionamento regular da sociedade. E para isto tanto o Registro Civil das Pessoas Jurídicas quanto a Junta Comercial estão legalmente autorizados, posto que, o primeiro, atua por delegação do Poder Público nos termos da Constituição, e a segunda integra, na qualidade de autarquia (pessoa jurídica de direito público), a administração pública estadual indireta, criada por lei exatamente para atender ao registro mercantil.



## 2.4 A QUESTÃO DO “PEQUENO EMPRESÁRIO”

Outra polêmica decorre do art. 970 do NCC, segundo o qual “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”. A inscrição do pequeno empresário se fará na Junta Comercial, mas o art. 1.179, §2º, do NCC o dispensa do sistema formal de contabilidade baseado na escrituração uniforme de livros à vista dos quais se levantam, anualmente, o balanço patrimonial e o de resultado econômico. Discute-se se a lei referida no art. 970, da qual dependerão os termos do tratamento diferenciado e simplificado, é a Lei nº 9.841/99, que cuida da microempresa e da empresa de pequeno porte, ou se a lei referida no NCC será outra porque pequeno empresário não se confundiria com microempresa ou empresa de pequeno porte, constituindo terceiro gênero. Passariam a conviver na ordem jurídica positiva o pequeno empresário, a microempresa e empresa de pequeno porte.

Microempresa e empresa de pequeno porte são os designativos com que os artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal aludem a essas sociedades empresárias. Mas a nomenclatura que está no ápice da pirâmide normativa positiva brasileira não foi a utilizada pelo NCC, que, ao estruturar o direito empresarial, substituiu empresa por empresário, e este pode ser, como se viu, pessoa física ou pessoa jurídica. Se a discrepância for considerada uma desatenção do NCC, o seu art. 970 receberá interpretação conforme a Constituição, técnica com que o Supremo Tribunal Federal tem evitado declarar a inconstitucionalidade de leis que contravenham à Constituição, desde que comportem interpretação que as harmonize com o texto constitucional, devendo, então, prevalecer o esforço integrativo. Em consequência, ter-se-á de entender “pequeno empresário” como categoria equivalente a microempresa ou a empresa de pequeno porte. Entretanto, se se considerar que o NCC pretendeu criar o terceiro gênero, ter-se-á de aguardar a edição da lei prometida no art. 970 para se saber quem é o “pequeno empresário” e em que se distinguiria da microempresa e da empresa de pequeno porte, seguindo-se que seria contida a eficácia do art. 970.

A prevalecer a primeira solução, concluir-se-ia que microempresa e empresa de pequeno porte nada mais são do que as sociedades empresárias do NCC, a que se deve juntar o pequeno empresário. E todos fariam jus a tratamento diferenciado porque o traço distintivo dessas categorias em relação a outras sociedades empresárias é de natureza socioeconômica, quer dizer, o estímulo ao seu desenvolvimento significa instrumento de política de geração de empregos e de crescimento econômico. A prevalecer a segunda solução, dar-se-ia realce à diferença que já existe, na legislação específica, entre a microempresa e a empresa de pequeno porte no atinente às respectivas receitas. A qual delas corresponderia o pequeno empresário? Somente lei nova poderia distinguir, omissas que são, quanto à terceira figura, as normas da Lei nº 9.841/99.

Recomenda a prudência que os editais de licitação aguardem melhor definição, venha por intermédio de lei ou de interpretação pretoriana, que somente alcançaria termos definitivos com a manifestação da Suprema Corte, dada a sede constitucional do tratamento diferenciado. Por ora, os artigos 970 e 1.179, §2º, do NCC portam eficácia contida até a edição de lei que venha esclarecer quem é o pequeno empresário e qual é o tratamento diferenciado que o NCC prometeu dispensar-lhe. Esse regime criaria exceção ao princípio da igualdade. Sabendo-se que o art. 37, XXI, da Constituição assegura igualdade entre os licitantes, nada pode antecipar a Administração Pública para dissipar a hesitação que o NCC sugere quanto à figura do pequeno empresário.

## 2.5 A QUESTÃO DA EXIGIBILIDADE DOS BALANÇOS ANUAIS

O art. 31, I, da Lei nº 8.666/93 trata da comprovação da habilitação do licitante sob o ponto de vista de sua qualificação econômico-financeira. Arrola os documentos aptos a essa comprovação, dentre os quais “balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei...”. A segunda parte do dispositivo (“já exigíveis e apresentados na forma da lei”) delimita a efetividade da primeira parte, que é a apresentação desses balanços. Só podem ser exigidos os balanços exigíveis; os balanços, que ainda não forem exigíveis, não podem ser exigidos. Acaciano. As obviedades também carecem de interpretação, tantos são os palpiteiros de plantão. Daí a pergunta: quando é que esses documentos contábeis se tornam exigíveis em face do NCC?

A regra geral do art. 1.179 do NCC quer que, nas sociedades empresariais, o balanço patrimonial e o de resultado econômico sejam levantados anualmente. O art. 1.065, pertinente à administração das sociedades por quotas, refere-se à elaboração do balanço “Ao término de cada exercício social”. Extrai-se que esses balanços são anuais e são levantados ao término de cada exercício, pelo menos no que toca aos balanços das sociedades por quotas. O NCC, em seus artigos 1.179 a 1.195, traça disciplina minuciosa sobre esses demonstrativos da contabilidade das sociedades empresárias, contudo não assina prazo para que se realize a operação. Sabe-se, apenas, que esses balanços são anuais e devem ser levantados ao final de cada exercício. Por força de lógica formal, não se pode levantar o balanço enquanto não findou o exercício.

Na Administração Pública brasileira e no direito brasileiro, o exercício fiscal e o financeiro coincidem com o ano civil (Lei nº 4.320/64, art. 34) — de 1º de janeiro a 31 de dezembro. O que, aliás, ajuda a compreender questão que por vezes gera dúvida, sobre quando e como se deve contar o prazo anual dos contratos. A contagem só pode ser plena, porque assim se contam o ano civil e o exercício financeiro.

Dispõe-se do termo inicial para o levantamento dos balanços, mas não se dispõe de regra de caráter geral, no NCC, estipulante de prazo dentro do qual as sociedades devem efetivá-lo, fixando-lhe o termo final.

A única pista nesse sentido está na regra do art. 1.078, I, que se destina às sociedades limitadas. Ali se prevê que, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, até 30 de abril portanto, a assembléia dos sócios tomará as contas dos administradores e deliberará sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico. De duas uma: ou se estende a regra específica de levantamento dos balanços das sociedades limitadas às demais sociedades, e então dir-se-ia que os balanços só são exigíveis, em relação ao exercício imediatamente anterior, a partir de 1º de maio, porque até 30 de abril teriam as sociedades prazo garantido pelo NCC para a sua aprovação interna; ou se rejeita a interpretação porque a norma tem por exclusiva destinatária a sociedade limitada, e também porque, ao classificar tal prazo como de aprovação, a lei indiretamente está a dizer que os balanços já existiam antes daquela data, embora carecessem de aprovação, e seriam, destarte, exigíveis, o que não resolve o problema. Este está em se saber a partir de quando ditos balanços se tornam exigíveis, para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, em relação ao exercício imediatamente anterior àquele em que se realiza a licitação.

Vero é que há atos normativos fiscais que fixam prazos variados para o levantamento de balanços. Teriam eficácia tão genérica e universal sobre a ordem jurídica em que se movimentam as sociedades empresárias, a ponto de induzirem a certeza de que, até para efeitos não fiscais, tais prazos seriam os autorizados, de modo a que somente a partir deles é que os balanços

***(...) ou se estende a regra específica de levantamento dos balanços das sociedades limitadas às demais sociedades, e então dir-se-ia que os balanços só são exigíveis, em relação ao exercício imediatamente anterior, a partir de 1º de maio, porque até 30 de abril teriam as sociedades prazo garantido pelo NCC para a sua aprovação interna; ou se rejeita a interpretação porque a norma tem por exclusiva destinatária a sociedade limitada, e também porque, ao classificar tal prazo como de aprovação, a lei indiretamente está a dizer que os balanços já existiam antes daquela data, embora carecessem de aprovação, e seriam, destarte, exigíveis, o que não resolve o problema.***

se tornariam exigíveis, para fins de comprovação de qualificação econômico-financeira nas licitações públicas? A questão não conta com elementos suficientes para uma conclusão definitiva. De um lado, se se estendesse o prazo conferido às sociedades limitadas às demais sociedades, ter-se-ia de admitir que, nas licitações realizadas no primeiro quadrimestre de cada exercício, cujos editais requisitassem a apresentação dos balanços, só poderiam ser considerados exigíveis aqueles levantados em relação ao exercício anterior ao último, porque, em relação ao exercício imediatamente anterior, os balanços não seriam exigíveis antes de 30 de abril. Se, de outro turno, recusar-se a generalização da regra, fica-se sem parâmetro legal e chegar-se-ia ao extremo de admitir que, sendo anuais e vinculados ao encerramento do exercício, ditos balanços teriam de estar levantados já em 1º de janeiro, o que não soa razoável em face da evidente necessidade de tempo hábil para que se opere o levantamento.

O que por ora parece razoável é fixar-se 30 de abril como a data do termo final do prazo para o levantamento dos balanços e 1º de maio como a data do termo inicial de sua exigibilidade. Antes dessas datas, somente seriam exigíveis os balanços do exercício anterior ao encerrado. Assim, por exemplo, de janeiro a abril de 2004, se se quiser o balanço como prova de qualificação econômico-financeira, somente será exigível o referente a 2002. Solução não imune à crítica de que, então, não disporia a Administração de retrato atualizado dos demonstrativos contábeis do licitante, o que poderia toldar o exame da qualificação econômico-

financeira. A réplica seria a de que a aferição dessa qualificação não se prende a apenas um requisito, podendo outros ser exigidos, dentre aqueles relacionados no art. 31 da Lei nº 8.666/93.

### 3. A BOA-FÉ OBJETIVA DEMANDA MAIOR RIGOR NA FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, INCLUINDO O EXERCÍCIO DAS PRERROGATIVAS DE SUA ALTERAÇÃO POR ATO UNILATERAL DA ADMINISTRAÇÃO E DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES AO CONTRAENTE FALTOSO

Verificaram-se, até aqui, as mais perceptíveis repercussões do NCC sobre o processo preliminar das contratações da Administração Pública, que é o da licitação de que surta a apuração da proposta mais vantajosa, identificando-se o seu proponente como aquele com quem a Administração deve contratar, *intuito personae*, por isto que indispensável o procedimento de aferição dos requisitos de habilitação.

Apontar-se-á, agora, aquela que parece ser a mais notável repercussão no que respeita aos resultados da contratação, vale dizer, a influência que o NCC estará a exercer sobre as prerrogativas da Administração para introduzir, unilateralmente, alterações nas cláusulas de serviço ou regulamentares dos contratos, bem assim para exercer eficiente e eficaz fiscalização da execução dos direitos e obrigações decorrentes de suas cláusulas.

Reportando-se à lição de Reale e Caio Mário, tal como vem sendo absorvida pelo Tribunal de Contas da União (remete-se para o item 1, retro), serão ainda os princípios da eticidade e da socialidade os regentes da atividade contratual da Administração, instrumentalizados pela boa-fé objetiva e pelos usos e costumes do local da execução.

Se, em face do dogma da prevalência do interesse público, já se cobrava do gestor público rigor no manejo daquelas prerrogativas (modificação unilateral de cláusulas e fiscalização da execução, de que é corolário o poder-dever de impor penalidades ao contraente faltoso), ainda maior exação será exigível dos agentes e fiscais que, em nome da Administração, respondam pela gestão dos contratos que esta celebra.

Propõe-se a adoção do seguinte roteiro, a um só tempo estratégico (os fundamentos e as prioridades da ação administrativa), gerencial (a organização dos recursos de toda sorte postos ao serviço da contratação) e operacional (máxima efetividade da relação custo-benefício por efeito dos contratos):

(a) a contratação resulta, por expressa exigência constitucional, de processo administrativo, cujo rito (procedimento) deve garantir tratamento igualitário da Administração a todos os licitantes;

(b) o processo administrativo é necessário, quer se trate de contratação direta (sem licitação) ou mediante licitação, somente admitindo-se a primeira se configurada, nos autos do processo, hipótese de exceção expressamente prevista em lei;

“Se, em face do dogma da prevalência do interesse público, já se cobrava do gestor público rigor no manejo daquelas prerrogativas (modificação unilateral de cláusulas e fiscalização da execução, de que é corolário o poder-dever de impor penalidades ao contraente faltoso), ainda maior exação será exigível dos agentes e fiscais que, em nome da Administração, respondam pela gestão dos contratos que esta celebra.”

(c) em qualquer caso de contratação, o processo administrativo inicia-se com medidas preparatórias, que, como previsto nos artigos 7º e 14 da Lei nº 8.666/93, são a especificação do objeto (projeto básico), a estimação do valor de mercado do objeto, a reserva desse valor pelo órgão de execução orçamentária, o atendimento, se for o caso, do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e a autorização da autoridade competente;

(d) a especificação do objeto é a medida preparatória que condiciona todas as demais, devendo traduzir o coeficiente de inteligência da licitação e da contratação — objeto bem especificado é prenúncio de boa contratação, objeto inadequadamente especificado abre portas para contratação insatisfatória, quando não viciada;

(e) enquanto tais medidas preparatórias não estiverem completas nos autos do processo, não se pode instaurar a licitação, nem autorizar-se contratação direta;

(f) tratando-se de contratação direta, às medidas preparatórias se devem seguir outras que complementem a instrução do processo, especialmente documentos e pareceres que claramente configurem a hipótese de exceção ao dever de licitar presente no caso concreto, bem assim que atendam aos requisitos do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93;

(g) na hipótese da configuração da exceção depender de razões de ordem técnica, estas devem ser expostas com clareza e objetividade, de modo que justifiquem e dêem sustentação à decisão administrativa, não bastando que técnicos meramente afirmem, sem fundamentação, que tal ou qual solução é a melhor;

(h) os pareceres técnicos devem ser sempre prévios à decisão, seja para a configuração do cabimento da contratação direta, seja para justificarem alterações que se pretendam introduzir no projeto cuja execução esteja em curso — são as “devidas justificativas” referidas na cabeça do art. 65 da Lei nº 8.666/93;

(i) nenhuma alteração de projeto pode ocorrer durante a execução do contrato sem prévia autorização da autoridade competente;

(j) na interpretação das normas do edital e das cláusulas do contrato, a Administração deve aplicar o princípio do art. 41 da Lei nº 8.666/93 (vinculação ao instrumento convocatório) levando em conta as regras de hermenêutica, notadamente aquelas desenvolvidas pela escola teleológica (lógica das finalidades), mercê das quais a melhor interpretação nem sempre será a que resulte da literalidade do texto, mas as que privilegiam as finalidades públicas a alcançar;



(l) a Administração deve designar um fiscal da execução de cada contrato, fiscal este que será o seu representante no exercício da prerrogativa prevista no art. 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93;

(m) as atribuições desse fiscal, definidas no art. 67 da Lei nº 8.666/93, têm como limite a fiel execução do projeto contratado, vedado ao fiscal autorizar, por iniciativa própria, qualquer alteração, quantitativa ou qualitativa, no objeto contratado;

(n) as alterações regularmente autorizadas não podem exceder os limites estabelecidos no art. 65, §1º, salvo se presentes, cumulativamente, em situações excepcionais, os pressupostos estabelecidos pela Decisão Plenária nº 215/99, do Tribunal de Contas da União;

(o) as alterações que, propostas pela sociedade empresária contratada, pareçam ao fiscal procedentes, devem ser por este submetidas aos órgãos competentes da Administração, para exame e lavratura de termo aditivo, no caso de serem autorizadas;



(p) o termo aditivo somente será desnecessário nas hipóteses previstas no art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93, em que bastará o apostilamento;

(q) caberá também ao fiscal da execução do contrato expedir determinações para a regularização de faltas ou defeitos observados, exigindo que o contratado as atenda nos termos do art. 69 da Lei nº 8.666/93;

(r) se o contratado resistir ou recalcitrar no atendimento às determinações do fiscal, este deve comunicar o fato à Administração Superior, convindo que esta defina rotinas administrativas para o processamento da apuração da conduta do contratado, com vistas à aplicação, após o devido processo legal, das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93;

(s) a conduta inadequada de um empresário no cumprimento do contrato não pode servir de motivo para a Administração impedi-lo de participar de futuras licitações e contratações, salvo se houvesse oportunamente imposto a sanção de suspensão ou de declaração de inidoneidade;

(t) não cabe ao fiscal do contrato examinar pleitos de reajuste, revisão, repactuação, correção ou atualização de contrato; a cada uma dessas figuras corresponde um conceito jurídico próprio, que deverá presidir a apreciação do respectivo pleito pelos órgãos competentes da Administração, certo que nenhum deles poderá ser atendido sem o processamento devido perante a autoridade que tenha a competência funcional para deferir-lhos ou indeferir-lhos.

#### **4. A TÍTULO DE CONCLUSÃO: A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**

De certo que inúmeras outras repercussões do NCC se apresentarão sobre a jornada diária da atividade contratual da Administração Pública, calcadas, sobretudo, em seus artigos 113, 187 e 421-423, que consagram a probidade, a boa-fé e a função social do contrato. Repercussões vinculantes tanto da conduta dos gestores públicos quanto dos particulares que contratam com a Administração. Os primeiros, sujeitos aos órgãos de controle, interno, externo, judicial e popular. Os segundos, desde logo postos sob as prerrogativas da Administração. Daí o conselho que se deixa a título de conclusão: as normas, só por si, não bastam para movimentar o sistema jurídico de acordo com os valores que impregnam sua existência e seus rumos.

Há inacabada e rica tertúlia acadêmica, de extraordinárias conseqüências práticas, acerca das correlações que devam existir entre princípios e normas. Para uns, diferença não há entre eles. Para outros, distinguem-se apenas quanto à densidade de suas proposições. Para terceiros, princípios e normas ocupam planos hierárquicos distintos de um sistema jurídico, sendo o princípio mais do que a norma.

Quando a Constituição de 1988, no art. 195, §3º, estabeleceu a proibição de contratar pessoa jurídica em débito com a seguridade social, norma da mais elevada hierarquia, situada no vértice da pirâmide normativa da ordem jurídica brasileira, criou situação de perplexidade. Havia serviços essenciais (como os de telefonia, então monopólio de concessionárias estaduais) cujas prestadoras muito deviam à previdência social. Se não se podia contratar pessoa jurídica em débito com a previdência, impunha-se, a rigor, a rescisão de todos os contratos existentes com aquelas concessionárias, até que quitassem os débitos, o que era inatingível em

face do volume da dívida. A consequência seria não se contar com os respectivos serviços. Diante de uma norma cuja aplicação conduz a um beco sem saída, perante a qual parece não haver exceção possível, sob pena de se recusar cumprimento a norma expressa, e a cessação da atividade supostamente proibida é lesiva ao interesse público, a via jurídica que descortinará a solução não estará em outra norma. No caso que ilustra o raciocínio, nem poderia haver outra norma que suplantasse aquela posta no texto máximo da República. A solução há de vir de um plano mais elevado do que aquele em que circulam as normas. É o plano dos princípios.

As Cortes de Controle Externo, TCU à frente, validaram os contratos de telefonia com as concessionárias devedoras da previdência social porque o que estava em jogo era o princípio da continuidade dos serviços públicos. Sem telefonia, a Administração se inviabilizaria, ao menos em termos de modernidade de comunicações, e não havia alternativa tecnicamente idônea. Quando esses três fatores convergem — ausência de alternativa idônea, essencialidade do serviço, sua paralisação por força de vedação absoluta —, a composição encontra-se no plano dos princípios, no caso o da continuidade dos serviços públicos.

Assim, quando o confronto das normas de direito administrativo com as do NCC, em matéria de negócios jurídicos, engendrar aparentes impasses, a solução também terá de ser encontrada no plano dos princípios.

Evoquem-se os grandes navegadores dos séculos XV e XVI, Cabral, Vasco da Gama, Vespúcio, Colombo. Partiam do litoral europeu para a descoberta de novos mundos, afrontando preconceitos curiosos, porém razoáveis para a ciência da época, como o de que o mundo era um disco, cuja borda despencava em abismos insondáveis. Esses homens enfrentaram o desafio contando com o conhecimento que tinham sobre as estrelas. Com aparelhos singelos, como o sextante, estabeleciam os pontos cardeais e as rotas a partir da posição das constelações. Em suma, navegavam segundo as estrelas.

Imagine-se Vespúcio, ao levantar âncoras de um porto genovês, recebendo, para experimento, um modelo rudimentar de bússola. Em alto mar, querendo o rumo sudeste, compara seus dois parâmetros e, atônito, verifica que se contradizem: a bússola aponta o sudeste numa direção; as estrelas indicam direção oposta. De certo que Vespúcio seguiu a direção indicada pelas estrelas, pela evidente razão de que elas não mudam de posição, estão no mesmo ponto do firmamento hoje, como estiveram ontem e estarão amanhã. E chegou ao destino desejado. A comparação, relevada a sua simplicidade, é esta: a norma está para a bússola como o princípio está para as estrelas. A norma é uma medida de comportamento para se chegar a um destino, mas que se pode perder no caminho. O princípio é um valor, perene, fixo, certo, o norte confiável do sistema.

O princípio é paramétrico, preenche lacunas, corrige omissões, retifica rumos, descortina horizontes, traça objetivos. Na dúvida entre norma e princípio, ou na falta da norma, é o princípio que orienta a navegação do sistema jurídico. No caso da Administração Pública brasileira, são os princípios postos na Constituição, explícita (art. 37, *caput*) ou implicitamente.

O NCC é um conjunto normativo com sabor principiológico, porque todas as suas normas partem desses três valores fundamentais e a eles conduzem: eticidade (a probidade e a boa-fé); socialidade (a função social do contrato e o respeito aos usos e costumes do local da execução do negócio jurídico); operabilidade (a responsabilidade, que substitui a obrigação principal inadimplida, tende a ser sempre objetiva, de modo a, tanto quanto possível, não deixar dano injusto sem reparação, pela busca, não raro infrutífera, de culpas e dolos do agir humano, quando toda a sociedade deve ser solidária na reparação).

As normas do NCC incentivam a possibilidade e o dever de aplicação dessa trilogia a cada passo das relações jurídicas. Dela, consubstanciada notadamente nos artigos 113, 187, 371, 421 a 423, 931 a 933, se irradiarão consequências fundamentais sobre a elaboração, a execução, a interpretação, o controle e a avaliação dos resultados dos contratos celebrados pela Administração Pública.

Apenas para exemplificar, veja-se como o art. 20 da Lei nº 8.666/93 ganha nova dimensão diante do art. 113 do NCC (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”). Preceitua o dispositivo da Lei Geral das Licitações e Contratações que a competição deve ocorrer no lugar onde haverá a prestação. A regra não poderá mais ser considerada facultativa, uma opção geográfica ou de racionalidade topográfica. Diante da eticidade (boa-fé) e da socialidade (usos do lugar de celebração), qualquer dúvida de interpretação do contrato administrativo haverá de resolver-se também compulsando-se os costumes do local da execução das obrigações, o que admitirá que, na região A, se interprete de um modo, e de outro modo poder-se-á interpretar na região B, se diversos forem os respectivos usos de cada região. A boa-fé impedirá que os contraentes se surpreendam com interpretações sacadas de última hora, sem nexos com a realidade do local da prestação, isto é, fora do contexto, com os seus usos peculiares, em que houve o acordo de vontades.

A projeção, no campo das responsabilidades funcionais, será, como já tem sido, notável. Retome-se, para concluir, a decisão do Tribunal de Contas da União, no processo citado no item 1 desta exposição. Após aludir aos parâmetros trazidos pelo NCC, decide a Corte, na esteira do voto condutor: “... a empresa H. deve ser chamada a integrar o feito na qualidade de responsável solidária pelo débito acima indicado, em conjunto com os servidores da Entidade que acatarem os valores exorbitantes apresentados pela contratada e efetuaram o pagamento sem nenhum questionamento. Por este fato deve responder, também, o engenheiro da C. que atestou (fls. 224/225 do Vol. IV) que os preços apresentados pela H. estariam em conformidade com os praticados no mercado. Deve ser responsabilizado ainda o Gerente de Atendimento e o Gerente Nacional de Suprimentos da Entidade, que também aceitaram os preços e afirmaram, *verbis*: ‘avaliados em comparação com os valores praticados em contratações envolvendo fornecimentos e serviços da mesma natureza, os preços propostos mostram-se compatíveis com os correntes no mercado, conforme manifestações juntadas aos autos.’”

Eis a responsabilidade solidária entre o particular contratado e os agentes da entidade administrativa contratante, pela lesão infligida ao interesse público, lesão essa tanto mais grave, e mais severamente exposta à censura, quanto violadora da boa-fé e da probidade na condução da licitação e na contratação de proposta viciada pelo falseamento de seus motivos e finalidades. Será, enfim, na prática, a plena consecução do que renunciava o art. 74, §1º, da Constituição da República, ao estabelecer a responsabilidade solidária em favor do interesse público e contra as irregularidades ou ilegalidades que o afligem. Assim seja.

***"Será, enfim, na prática, a plena consecução do que renunciava o art. 74, §1º, da Constituição da República, ao estabelecer a responsabilidade solidária em favor do interesse público e contra as irregularidades ou ilegalidades que o afligem. Assim seja."***