

Sentença.
Administrativo e constitucional.
Ação de cobrança. Preclusão do
direito de juntar documento.
Nulidade do contrato por
inexistência de licitação.
Improcedência.

2ª VARA DA COMARCA DE IGUAPE DO ESTADO DE SÃO PAULO

VISTOS.

I - Relatório

Cuida-se de Ação de Cobrança proposta por GBL CONSULTORIA EMPRESARIAL S.C. LTDA. em face do MUNICÍPIO DE IGUAPE.

A autora alega que: a) celebrou contrato de prestação de serviços técnicos especializados com o réu; b) a remuneração seria devida pelo aumento no repasse do percentual do réu na arrecadação de ICMS; c) executou os serviços, que não foram pagos. Pugna por R\$ 274.123,95 (duzentos e setenta e quatro mil cento e vinte e três reais e noventa e cinco centavos), corrigidos e com juros moratórios.

Juntou documentos (fls. 7-74).

O réu contestou aduzindo: a) os serviços executados não lhe trouxeram o benefício prometido; b) o repasse de recursos é feito pela própria Secretaria Estadual da Fazenda, independentemente da intervenção de terceiros; c) não houve comprovação do valor cobrado.

Réplica às fls. 101-139.

As partes foram instadas a indicarem as provas que queriam ver produzidas (fl. 101), vindo as manifestações pelo julgamento antecipado (fls. 133-134 e 140).

Determinação de vinda do certame licitatório por duas vezes (fls. 141 e 143), sem cumprimento (fls. 142 e 144-145).

Era o que cabia detalhar.

II - Fundamentação

O feito já comporta julgamento, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil, e consoante a longa mas necessária fundamentação que se seguirá.

Como medida prodrômica ao julgamento em si, cumpre consignar que o contrato originário destes autos foi lavrado ainda sob a égide do Dec.-Lei nº 2.300/86, de onde que, em prol da irretroatividade das normas como regra geral constitucional (art. 5º, XXXVI), inaplicáveis os preceitos da Lei nº 8.666/93.

Previamente

Não se descarta que é dado ao juízo requisitar documentos (art. 399, do CPC), quando, embora de encargo originário das partes, o acesso reste inviabilizado.

Só que aqui isso não ocorreu.

Embora público o documento (art. 3º, § 3º, do Dec.-Lei nº 2.300/86 - retratado no art. 3º, da Lei nº 8.666/93), limitou-se a autora a dizer que enfrentou resistência para isso, **sem nenhuma prova disso**. Como? Em que circunstâncias? Chegou a protocolar algum pleito administrativo? Se sim, porque não o acostou?

É jurisprudência firme e de há muito pacificada que só excepcionalmente e quando *comproadamente* a parte não tenha conseguido suas pretensões *por meios próprios* é que haverá a requisição judicial. Do contrário, estar-se-á valendo indevidamente do aparato jurisdicional. Por todos e *in verbis*:

“Não demonstrada, ainda que perfunctoriamente, a impossibilidade da parte obter diretamente a documentação que entende lhe ser útil, descabe a sua requisição pelo juiz” (RSTJ 23/249).

Quis a autora transferir para o juízo o encargo originário seu, porque era e é seu o *onus probandi*, em face do princípio dispositivo.

Causa mais espécie ainda é que uma empresa de consultoria empresarial, que visa otimizar trâmites e rotinas de trabalho, não tenha observado o cuidado de arquivar uma via do certame licitatório que diz ter existido.

Isso é estranho também porque diversamente tem em mãos uma via do contrato (cópia acostada nos autos). Este, por sua vez, não faz nenhuma menção ao processo de licitação (o que seria de rigor - art. 51 do Dec.-Lei nº 2.300/86 e art. 61 da Lei nº 8.666/93), provavelmente porque nunca existiu.

Por isso é que declaro preclusa a oportunidade para a autora produzir a prova pendente (cópias do certame licitatório ou de dispensa/inexigibilidade).

No mérito

A administração pública rege-se, dentre outros, pelos princípios da legalidade e moralidade (art. 37, da Constituição Federal).

O primeiro diz respeito *“à completa submissão da Administração às leis. Essa deve*

tão-somente obedecer-lhes, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois essa é a posição que lhes compete no direito brasileiro” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 57). Já o segundo resulta que a “administração e seus agentes têm de atuar na conformidade dos princípios éticos” (autor e ob. cit., p. 69).

Tem-se, pois, que estes dois princípios são de irrenunciável observância pela pública administração.

E, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados 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 de obrigações” (art. 37, XXI, da Carta Política).

Portanto, obras, serviços e compras serão sempre precedidas de licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação. Acerca da importância da licitação, é de ouro a lição autorizada de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “A licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isso) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

Destarte atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais — ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito ao princípio da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) — pela abertura de disputa do certame e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput e 82, V, da Carta Magna brasileira” (ob. cit., p. 316, os destaques não são do original).

As exceções são justamente aquelas previstas nos arts. 22 e 23 do Dec.-Lei nº 2.300/86 (arts. 24 e 25, da Lei nº 8.666/93), que tratam das hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Na primeira, a “licitação é dispensada, como se pode ver, em situações descritas pela legislação, nas quais se perderá, em tese, realizar o procedimento licitatório, mas que, pelas razões em cada caso apontadas, entende-se desnecessário o certame, já que sua realização não propiciaria ao Poder Público a escolha de proposta economicamente mais adequada, nem o pronto atendimento do interesse público (nacional, estadual ou local) que requer providências imediatas” (cfr. ANTÔNIO ROQUE CITADINI, *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*, 3ª ed., Max Limonad, p. 183). Na segunda, preceitua “a lei que é inexigível licitar quando ocorreu a inviabilidade de competição, podendo isto se dar por algumas razões: quando, comprovadamente houver somente um fornecedor do produto desejado pela Administração, portanto, é o caso de fornecedor exclusivo; quando forem contratados serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, que sejam de natureza singular e realizados por profissionais ou empresas notoriamente especializadas (exceto publicidade e divulgação); e, finalmente, se se tratar de contratação de profissionais do setor artístico” (cfr. ANTÔNIO ROQUE CITADINI, ob. cit., pp. 217-218).

Entretanto, ainda que configurada hipótese legal de dispensa ou inexigibilidade de licitação, necessário o ato que as autorizou, nos termos do § 2º do art. 44 do Dec.-Lei nº 2.300/86 (processo de justificação com os requisitos previstos, nos termos do art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

Ora, ausente procedimento licitatório próprio e ilegítimo o contrato, não há falar em pagamento de valores, posto que não há responsabilidade contratual (art. 1.056, do Código Civil). Afigura-se ausente a forma prescrita em lei, o que é causa de nulidade dos atos jurídicos (art. 145, III, do Código Civil). Com efeito, é tido por nulo “o contrato realizado sem concorrência, quando a lei a exigir, ou mediante concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento ou, ainda, quando o ajuste contraria normas legais em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial. A nulidade da licitação induz à do contrato” (cfr. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit. p. 217). Aliás, sobre a imprescindibilidade da licitação, já se decide à sociedade a tal respeito:

“Licitação - Dispensa - Empresa de notória especialização - Inocorrência - Serviço que nada tem de especializado - Existência de outras empresas habilitadas - Especialidade que não é imprescindível à Administração - Dispensa, ademais, que não veio devidamente fundamentada - Ação procedente - Recurso não provido. A notória especialização há de ser aferida para critério de ausência de comparação com os demais. O grau de especialização há de ser incomparável com os demais profissionais da área” (STF, 2ª T., Recurso Extraordinário nº 160.381-0, São Paulo, rel. MARCO AURÉLIO, v.u., 29.03.94).

“Ação popular - Procedência - Inocorrência de nulidade diante da ausência de despacho saneador - Afastada a preliminar jurídica do pedido, baseada na desnecessidade de licitação para o contrato - Houve contratação de serviço de publicidade, em valores de vulto e com cláusula de acréscimo ulterior incomensurável, sem licitação e sem exposição motivada de razões convincentes de dispensa da licitação - Honorários advocatícios adequadamente fixados - Recursos não providos” (TJSP, Apelação Cível nº 239.980/1, Guarujá, 9ª Câmara de Direito Público, rel. SIDNEI BENETI, 17.04.96, v.u.).

“Ação popular - Obra pública - Ausência do procedimento seletivo prévio - Ofensa às disposições legais - Pleito recursal inacolhido. Atuando como fator de eficiência e moralidade, objetiva a licitação assegurar igual oportunidade para os que pretendem contratar com o Poder Público, respeitada a ordem jurídica e as regras previamente fixadas. Patente a inexistência do certame, indispensável na espécie, e demonstrada a lesividade, a par da ilegalidade e da condição de eleitor, o pacto celebrado é ineficaz” (TJSC, Apelação Cível nº 96.000643-5, de Joaçaba, rel. FRANCISCO OLIVEIRA FILHO).

Tivesse ocorrido certame, teria a autoria do edital e do procedimento administrativo. De toda sorte deveria tê-lo juntado desde a inicial (art. 283 c/c 396, do CPC), não lhe socorrendo pugnar pela utilização do art. 399, do Código de Processo Civil, quando o documento é público e a todos acessível (art. 3º, § 3º, e 53, ambos do Dec.-Lei nº 2.300/86 - art. 3º da Lei nº 8.666/93).

Perceba-se mais outros vícios do pacto: 1) não tem prazo de duração, transfigurando-se em de duração indeterminada, o que é vedado não só em sede de direito administrativo (art. 47, do Dec.-Lei nº 2.300.86 - art. 57, § 3º, da Lei nº 8.666/93), mas em toda a teoria geral dos contratos; 2) não há indicação do preço (condicionado ao aumento

da arrecadação e atribuindo-se parcela do **erário público a um ente particular**) (art. 46, do Dec.-Lei nº 2.300/86).

Por outro lado, também não poderia haver a prorrogação do contrato. Primeiramente, porque se válida não era a avença, ilegítima seria sua prorrogação. Segundo, porque em não tendo prazo certo de vigência, estaria em aberto sua vigência *ad infinitum*. Terceiro, porque esta pressupõe a necessária justificação legal (art. 65, da Lei nº 8.666/93, já aplicável porque o aditamento se deu sob sua vigência - fls. 21-22).

Não socorre à autora a confissão parcial do débito por conta do réu, uma vez que **indisponível** os direitos em litígio (art. 302, II, do CPC), tanto mais no caso em concreto. Em tal trilhar:

“Prova - Confissão ficta - Revelia - Inadmissibilidade - Artigo 351 do Código de Processo Civil - Ente público, no caso, a Fazenda Pública - Impossibilidade de extração ficta pela revelia - Direitos fazendários considerados indisponíveis - Aplicação do artigo 320, II, do Código de Processo Civil - Anulação da sentença - Recurso provido para esse fim. Em se tratando de pessoa jurídica de Direito Público (União, Estado, Território ou Município) a revelia não induzirá a que se reputam verdadeiros os fatos alegados pelo autor. É que, quando se trate de uma daquelas entidades, seus representantes ou administradores não têm a disponibilidade dos direitos, que são, assim, indisponíveis situando-se a hipótese na alínea II do artigo 320” (TJSP, Apelação Cível nº 219.305-1, Serra Negra, rel. GUIMARÃES E SOUZA, CCIV 1, v.u., DJ 16.12.94).

“Revelia - Fazenda Pública - Direitos indisponíveis - Inaplicabilidade do art. 319 do Código de Processo Civil - Circunstância entretanto, que não impede o julgamento antecipado da lide, ante a suficiência das provas apresentadas pelo autor - Sentença confirmada” (JTJ 129/253).

O eventual direito há de ser buscado ao agente público que deu causa ao contrato nulo, sendo certo que dentre os poderes que lhe foram conferidos pelo povo **não estavam a dilapidação do patrimônio público**.

Fala-se ainda, para fundamentar reflexos patrimoniais derivados de contratos inválidos, no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, sufragado parcialmente no art. 59 da Lei nº 8.666/93, em alguns arestos e em certa doutrina (como na excelente monografia de JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*, São Paulo: Malheiros, 1999).

E aqui vem uma pergunta nevrálgica: o princípio do enriquecimento sem causa é compatível com o regime jurídico da administração pública?

Ora, percebe-se que se positiva a resposta em nada adianta o zelo constitucional aos princípios da legalidade e moralidade. Isso porque a sua observância finda por prejudicar a quem mais os mesmos (princípios) se prestam a proteger — a sociedade e o patrimônio dela — e ainda porquanto referenda a continuidade de tal prática pelos administradores públicos e os que com eles contratam.

Por isso que raciocinar assim significa que todo administrador pode sair por aí, contratando indevidamente quem quer que seja, fazendo avenças de idoneidade duvidosa, enfim, administrando como com certeza não faz em casa própria, que ainda assim surgirá alguém invocando a tal vedação do princípio do enriquecimento sem causa e pior, retirando a proteção normativa à supremacia do interesse público.

É, em uma singela expressão, mais ou menos como “*você não pode fazer isso assim, mas, se fizer, o erário suportará e, portanto, não se preocupe*”. Só que a segunda parte da afirmação não tem previsão normativa e, principalmente, esvazia a primeira.

O argumento fulcral na fundamentação da sua aplicabilidade diz respeito à boa fé do contratante (cfr. JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, ob. cit., p. 100). Ora, venhamos e convenhamos: *alguém, em sã consciência, crê que alguma empresa, hoje em dia, desconhece que é necessária licitação para contratar com a administração pública, tanto mais uma da envergadura da autora, consultora empresarial????*

Esforço-me muito e é necessária muita falta de lucidez para não perceber duas coisas simples: 1) todo mundo, hoje em dia, sabe que a contratação com a administração pública deve ser precedida de uma licitação ou uma justificativa para sua ausência; 2) reconhecer a indenizabilidade por contratos administrativos nulos para os quais o postulante contribuiu é jogar por terra os princípios constitucionais da administração pública (art. 37) e antes é dar carta branca para sua inobservância reiterada e costumeira.

De toda sorte, ainda que se transponha e vença todos os óbices indicados, mais precisamente no caso concreto tenho que não se deu a prova de que os serviços da autora se prestaram ao aumento das repasses de ICMS ao réu.

Os documentos nos autos constantes demonstram que ela existiu, mas daí a dizer que houve algum nexo de causalidade (um dos elementos etiológicos da responsabilidade civil - art. 1.056 do Código Civil) é algo absolutamente diverso.

É só atentar que, embora tenham sido feitas reclamações administrativas pela autora em nome do réu (fls. 23-73), não se constatou em que medida a Secretaria Estadual da Fazenda alterou os percentuais cabíveis ao réu por tal conduta.

E, mesmo que assim tenha procedido o órgão estadual, esse aumento de arrecadação não poderia ser vinculado a um ente particular, como consta no contrato.

Destarte, improcede a inaugural.

III - Dispositivo

Ante o exposto, julgo **improcedente** a presente ação proposta por GBL CONSULTORIA EMPRESARIAL S.C. LTDA. em face do MUNICÍPIO DE IGUAPE, e, em consequência, extingo o processo com julgamento do seu mérito, nos conformes do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Fixo os honorários advocatícios de sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (art. 20, § 4º, do CPC), sendo que a autora também deverá arcar com as despesas processuais, incluídas as custas (art. 20, § 2º, do CPC), tudo devidamente atualizado e corrigido.

Somente não se determinam as providências do art. 40, do Código de Processo Penal, c/c 102, da Lei nº 8.666/93, porque o delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 foi criado posteriormente à formalização do contrato, bem como, com relação a eventual improbidade administrativa, pelo fato do então alcaide já ser pessoa falecida.

De qualquer forma, abra-se vista destes autos ao Ministério Público, para seu conhecimento e para suas eventuais providências.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Iguape, 10 de agosto de 2001.

FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES

Juiz de Direito