JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.919.97-27

Recurso – ausência de empenho – rejeição de ajustes – reconhecimento prévio de seus efeitos financeiros – reexame parcial da decisão – conhecido e provido o recurso – acolhido os ajustes – exceção valor onerado à título de DEA – vencido no mérito o Cons. Roberto Braguim

RELATÓRIO

Em exame recurso interposto pela **Procuradoria da Fazenda Municipal**, com arrimo no artigo 45, incisos I e IV, da Lei Municipal nº 9.167/80, e na forma das razões apresentadas.

A recorrente sustenta, no rigor da síntese, incoerência do v. Acórdão atacado, ao rejeitar os instrumentos analisados no âmbito deste TC, e, paralelamente, admitir a validade dos pagamentos efetuados à contratada, em respeito aos princípios da segurança e estabilidade das relações jurídicas.

A Instituição entende, no reforço de sua argumentação, inexistir lógica na deliberação tomada, porque a aceitação dos efeitos patrimoniais importaria no reconhecimento da regularidade dos ajustes correspondentes.

A Assessora Jurídica, Dra. Maria Dulce Jorge, manifestou-se pela acolhida do apelo, no parecer exarado às fls. 193/195, ao passo que a douta Subchefia da Assessoria Jurídica posicionou-se em sentido contrário (fl. 196), o que recebeu o amplo aval da Secretaria Geral, na derradeira intervenção técnica de fls. 197/198.

É o relatório abreviado.

VOTO

Conheço do recurso em exame, por satisfeitos os requisitos de admissibilidade, mas, no mérito, NEGO-LHE provimento, na conformidade dos pareceres da Subchefia da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral e dos precedentes desta Egrégia Corte de Contas, entre outros, projetados nos TCs 3.205.94-64, 3.713.96-87 e 12.361.98-02, todos da relatoria do nobre Conselheiro Antonio Carlos Caruso.

Realmente, não há qualquer contradição ou incoerência lógica no julgamento proferido, porque o v. Acórdão, convalidando os pagamentos efetuados, simplesmente respeitou o princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas, enquanto que a rejeição dos ajustes respectivos decorreu de irregularidade na sua formalização, por descumprimento do artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64 (ausência de empenho prévio), e do Decreto Municipal nº 23.639/87, que dispõe sobre o empenho prévio.

Ora, a despeito daquele vício de origem, houve a execução e cumprimento regular dos contratos pela contratada, que, destarte, fazia jus ao pagamento do preço convencionado, sob pena de locupletamento ilícito da contratante.

Não é outra a preleção do Prof. Marçal Justen Filho, ao comentar o artigo 59 da Lei Federal nº 8.666/93:

> **"Aplica-se a regra constitucional que vincula a Administração Pública pelos atos praticados por seus agentes. O ato praticado pelo agente administrativo, ainda quando viciado, vincula a Administração Pública. O terceiro, desde que de boa-fé, não pode ser prejudicado pelo vício que desconhecia nem poderia conhecer. Se foram cumpridas, ainda que aparentemente, todas as etapas do procedimento licitatório, daí derivando uma contratação, a Administração tem de responder integralmente pelos atos praticados.**
>
> **A questão se torna ainda mais complexa se o terceiro tiver executado, total ou parcialmente, as prestações que o contrato (nulo) lhe impunha. A Administração Pública tem de arcar com as conseqüências dos atos praticados por seus agentes. Em caso de ato lesivo ao particular, a Administração está obrigada a indenizar, do modo mais amplo e completo, as perdas e danos daquele derivadas. Nem se pode cogitar de enriquecimento sem causa da Administração Pública. Se a Administração recebesse a prestação executada pelo particular e se recusasse a cumprir o contrato por invocar sua nulidade, haveria seu locupletamento indevido"** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2000, pág. 534).

Esse foi o fundamento que respaldou a decisão deste Egrégio Tribunal, que, por isso mesmo, não poderia dar guarida ao ajuste lavrado irregularmente, por desobediência às normas que disciplinam a execução orçamentária do Município.

Desta forma, este Sodalício não incidiu em qualquer impropriedade lógica ou erro de julgamento, uma vez que decidiu que o Contrato nº 29/97 e o Termo de Aditamento nº 56/97 estão em plena consonância com as normas e princípios superiores do Direito Público.

É como voto.

TCM, 17 de novembro de 2004.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Peço vênia para apresentar meu voto em separado, ao vislumbrar a necessidade de analisar a tese defendida pela Procuradoria da Fazenda Municipal acerca da existência de contradição nas decisões desta Corte ao tempo em que, embora julgue irregulares determinados atos da Administração, reconhece por outro lado seus efeitos financeiros. Assim entendo, ainda que a Assessoria Jurídica já venha afastando referida tese, uma vez que verifico a

necessidade de uma abordagem aprofundada e detida sobre o assunto, considerando que o mesmo tem surgido com determinada freqüência.

De fato, as decisões precedentes acerca da questão colocada merecem ser mantidas, já que referida tese não deve prosperar, razão pela qual justifico esta breve retomada do tema para explicitar as razões que albergam sua manutenção.

Interpôs, a Procuradora da Fazenda Municipal, Recurso com fundamento no artigo 45, incisos I e V, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, sustentando o sentido de prejudicialidade em torno de aspectos de legalidade e contradição no acórdão prolatado nos autos do presente feito que, por maioria de votos, rejeitou os instrumentos contratuais, todavia reconhecendo, por unanimidade, os pagamentos efetuados pelos serviços prestados, em respeito à certeza e segurança das relações jurídicas. Desta feita, pleiteia, a Procuradoria da Fazenda, o acolhimento dos ajustes rejeitados e a manutenção dos demais aspectos da decisão.

Vale de início considerar que as situações jurídicas consolidadas, decorrentes de ajustes formalizados em desacordo com as normas legais, em determinadas situações, devem ser reconhecidas para preservação da estabilidade das relações constituídas, desde que diante da ausência de lesão ao erário e de terceiros de boa-fé.

Assim, é assente na doutrina que determinados atos, ainda que produzidos de maneira inválida, tenham seus vícios supridos com a recomposição do sentido de validade, desde que observados os limites ao dever de convalidar. Mas não é somente diante das situações em que se encontra presente o dever e a possibilidade jurídica de convalidar, que os efeitos produzidos pelos atos inválidos devem ser preservados.

De outra forma, vale ainda considerar que se verificam onde os princípios da segurança jurídica e da boa-fé também protegem os efeitos decorrentes de atos viciados não passíveis de convalidação, ou seja, hipóteses que não possam ter a validade restabelecida, e isto surge diante de uma realidade em que não se pode negar que atos inválidos geram conseqüências que podem também se estabilizar em face do decurso do tempo, convertendo-se muitas vezes, sobretudo diante da já citada boa-fé, em situações merecedoras de proteção.

Tais observações têm apenas a finalidade de evidenciar a diferença formal existente entre a convalidação de um ato e o mero reconhecimento de seus efeitos já consolidados pela ação do tempo, para deixar patente que o reconhecimento dos efeitos gerados por um ato administrativo não devem, necessariamente, levar ao reconhecimento de sua validade, ou mesmo ao restabelecimento da validade através do ato de convalidação.

É que a convalidação se opera através de ato posterior, que supre o vício existente, restaurando a legalidade do ato viciado com efeitos “ex tunc”, situação que, como ensina a melhor doutrina, nem sempre é viável, já que existem limites à convalidação do ato administrativo, conforme o elemento viciado (vícios nos elementos conteúdo, causa, motivo e finalidade, via de regra, são tidos por inconvalidáveis).

Deste modo, há que se questionar qual atitude a ser adotada diante de ato inválido e não convalidável. Como ficam seus efeitos? Devem simplesmente ser declarados nulos com a desconsideração dos efeitos gerados desde sua constituição até a declaração de nulidade?

É certo que, assim como a doutrina aponta limites à convalidação dos atos administrativos, também os aponta com relação à invalidação, ou seja, alguns atos jurídicos, ainda que invalidáveis, deverão permanecer no mundo jurídico em vista da necessária proteção de outros valores também tutelados pelo ordenamento. São estas as palavras de Lúcia Valle Figueiredo: *"Sem dúvida, valor a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica, a segurança das relações estabelecidas."* (Curso de Direito Administrativo, 5ª edição – Malheiros – pág. 236).

Tratamos aqui do fenômeno da estabilização, que, como já se viu, difere da convalidação, porque, neste caso, o contrato administrativo permanece ostentando o mesmo vício de quando foi celebrado.

Jacintho de Arruda Câmara analisou esta questão com profundidade na obra "Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos", sendo suas assertivas e conclusões de grande valia para a questão que aqui se coloca.

Invoca o jurista, para a estabilização, e, em decorrência, para o reconhecimento das conseqüências derivadas do contrato administrativo inválido, a necessidade do transcurso do tempo (prescrição que atinge a relação jurídica constituída), ou ainda da presença dos princípios já elencados quando da citação da obra de Lúcia Valle Figueiredo, quais sejam, segurança jurídica e proteção à boa-fé.

Diz o autor que *"Essas normas de estabilização correspondem às chamadas 'barreiras ao dever de invalidar', expressão cunhada pela professora Weida Zancaner, em sua obra Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, para discriminar as situações em que atos maculados de vícios insanáveis não devem ser invalidados pelo Estado (Administração e Judiciário)."* Isso não significa dizer, como alerta Arruda Câmara, *"... que as barreiras não prescricionais só impedem a invalidação de cláusulas contratuais que tenham produzido efeitos merecedores da aludida proteção jurídica. Assim, entendemos possível a estabilização de apenas parte do contrato; isto é, admitimos que, em determinadas situações, não obstante o Direito estabilize algumas cláusulas de uma avença (ou seus efeitos), outras possam exigir a invalidação. Somente a análise da situação concreta permitirá dizer se todas ou apenas parte das cláusulas de um contrato foram estabilizados pelo ordenamento jurídico"* (obra citada, Malheiros, pág. 40/42).

Na linha de raciocínio do autor, com a qual partilhamos e enfatizamos nesta oportunidade, tal situação se dá porque apenas podem ser estabilizadas cláusulas merecedoras de proteção pelos princípios já invocados, já que o contrato inválido perde sua eficácia jurídica, mas não sua eficácia de ordem fática, pois algumas dessas situações criadas a partir do contrato inválido não são suscetíveis de desconstituição.

É com esta questão que nos deparamos diante das decisões desta Corte que vêm sendo questionadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal sob o argumento de contraditórias.

Da possível contradição existente entre a invalidação de um contrato e o reconhecimento de seus efeitos fáticos, em face do princípio da legalidade, também questionado pela Procuradoria, há que se observar que a noção da invalidação, como ato retroativo que sempre tem como conseqüência o desfazimento de todos os efeitos do contrato anulado, sofre o influxo de outros princípios jurídicos a serem considerados. E não é outro o entendimento do

mencionado jurista, que ressalta que a desconstituição dos efeitos jurídicos do contrato inválido se dá precipuamente em atendimento ao princípio da legalidade, já que as conseqüências jurídicas só podem ser obtidas com a decretação da invalidade, tal como a responsabilização funcional pela transgressão à lei.

A inexistência de lesão na execução de contratos inválidos não deve resultar em outra solução. E esta posição também é adotada pelo Judiciário. Exemplo é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no caso da construção do Memorial da América Latina, onde o Tribunal anulou o contrato, com a manutenção dos efeitos fáticos dele oriundos e não contrários ao Direito: a construção da obra em si e a remuneração justa do serviço. Referindo-se a essa situação, comenta Jacintho Arruda Câmara que *"Neste caso, está vislumbrada a possibilidade de se anular um contrato desconstituindo apenas seus efeitos jurídicos e mantendo a natureza fática"* (obra citada, pág. 47).

Desta feita, não há que se aceitar a tese defendida, que é o principal argumento do recurso interposto, já que como demonstrado e decidido em diversas oportunidades por esta Corte, a contradição alegada inexiste.

Não obstante, cumpre observar, no presente caso, que, embora os dispositivos legais invocados no recurso façam referência à contradição no decisório, entendo que o mesmo pode ser recebido porque nesta situação a lei não estabelece como requisito de admissibilidade a existência de contradição, e, no mérito, merece ser provido porque a matéria impugnada não se resume à referida contradição.

Alega a Procuradoria da Fazenda Municipal que a impropriedade havida na época – ausência de recursos financeiros disponíveis para o empenho – acabou superada, diante da regularidade dos pagamentos.

Na verdade, as impropriedades apontadas nos instrumentos rejeitados já foram relevadas por esta Corte de Contas em situações análogas, em decorrência do rígido controle orçamentário imposto pela Administração Municipal, como apontado nas manifestações da Secretaria-Diretoria Geral, à fl. 170, e pela Assessoria Técnica Jurídica, às fls. 193/195.

Diante do exposto, voto pelo recebimento do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, pelo provimento, com a reforma da decisão recorrida, para acolher os ajustes, à exceção do valor apontado por AUD, às fls. 154/155, que onerou dotação a título de DEA no exercício de 1997, aceitando, contudo, seus efeitos financeiros, em face da inexistência de prejuízo e em homenagem a estabilidade das relações jurídicas.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 17 de novembro de 2004.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso, por satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, outrossim, no mérito, por maioria, consoante voto apresentado em separado pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, bem assim pelo voto do Conselheiro EURÍPEDES SALES, em dar provimento ao recurso, para o fim de acolher os ajustes, à exceção do valor apontado pelo então Departamento de Auditoria I desta Corte, às fls. 154/155 dos autos, que onerou a dotação a título de Despesas de Exercício Anteriores – DEA, no exercício de 1997, aceitando, contudo, seus efeitos financeiros, em face da inexistência de prejuízo ao Erário e em homenagem à estabilidade das relações jurídicas.

Vencido, quanto ao mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, que, nos termos do relatório e voto apresentados, negou provimento ao recurso, na conformidade dos pareceres da Subchefia da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral, bem assim dos precedentes desta Corte de Contas, entre outros, projetados nos TCs 3.205.94-64, 3.713.96-87 e 12.361.98-02, todos da relatoria do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES.

Ausente o Conselheiro Edson Simões, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de novembro de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do artigo 136, parágrafo 7º, do Regimento Interno desta Corte