JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.004.632.99-65

Contrato - dupla representação - contratante e contratada representadas pela mesma pessoa física - contrato consigo mesmo - inocorrência de conflito de interesses, de prejuízo às partes ou de abuso no desempenho do mandato - acolhidos ajuste e aditivos - (m.v. voto de desempate proferido pelo Cons. Walter Abrahão) - (v.tb. TCs 1.263/95-70, 1.874/96-45, 5.994/96-49, 388/97-72 e 6.424/97-57)

Relatório.

Versa o presente Processo da análise do Contrato número 02/99, celebrado entre a Prefeitura Municipal de São Paulo, por intermédio do Departamento de Operação do Sistema Viário - DSV e a Companhia de Engenharia de Tráfego, tendo por objeto a prestação de serviço de detecção, registro e processamento de infrações de trânsito, do Termos Aditivo número 01/99, de prorrogação de prazo de 02 (dois) meses, do Termo Aditivo número 02/99, para remanejamento de recursos entre os modos de operação dos radares fotográficos, sem alteração do valor contratual e do Termos de Recebimento. 1

O Departamento de Auditoria I, entendeu que os Termos Aditivos e o Termo de Recebimento Definitivo, encontram-se formalmente regulares, no entanto, ressaltou que o Contrato 02/99 que o mesmo foi assinado tanto pelo CONTRATANTE, como pela CONTRATADA, pela mesma pessoa. 2

A Assessoria Técnica Jurídica concluiu, independente de já haver julgado favorável em processo similar, manteve seu entendimento na tese de direito de CONFLITO DE INTERESSES, uma vez que o Contrato 02/99 foi assinado pelo mesmo Agente Público, tanto pelo Contratante, como pelo Contratado.

Dessa forma manifestou pela irregularidade do Contrato e de seus Termos Aditivos. 3

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento do Contrato, dos Termos Aditivos e do Termo de Recebimento. 4

A Secretaria-Diretoria Geral entendendo que a matéria do presente processo era idêntica a tratada no TC 72.006.424-97 e, uma vez que já tinha se manifestado naquele expediente, juntou ao presente cópia de seu parecer, o qual defendia a tese do CONTRATO CONSIGO MESMO. 5

Dessa forma, opinou pelo acolhimento do Contrato 02/99, dos 02 (dois) Termos Aditivos, bem como pelo conhecimento do Termo de Recebimento.

É o relatório.

(1) folhas 69/75; 138/139; 193/194; 208/209
(2) folhas 81/82; 212/213; 214/215 e 216
(3) folhas 86/87; 105/106 e 223/224
(4) folhas 94; 118; 219 e 227
(5) folhas 229/246

VOTO

Inicialmente convém salientar que, a doutrina costuma distinguir, dentre os contratos da Administração Pública em sentido amplo, aí compreendidas pessoas jurídicas de direito público (Autarquias e Fundações) e de direito privado (Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Privadas da Administração), em contratos administrativos e contratos de direito privado.

Dentro desse entendimento, as pessoas de direito público podem celebrar contrato de direito privado, desprovidas de suas prerrogativas de autoridade e pessoas governamentais de direito privado também podem celebrar contratos administrativos de direito público.

Daí, se pode concluir a existência de certos contratos que, celebrados por certas entidades governamentais, e em determinadas circunstâncias, não se submetem ao regime da Lei número 8.666/93, quer no que concerne ao procedimento licitatório, porque com ele incompatível e não se trata sequer de dispensa ou inexigibilidade de licitação consoante a referida lei, quer no que concerne ao seu conteúdo.

São os contratos firmados entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços, diretamente pertinentes ao exercício das atividades negociais correntes que levaram o Estado a atuar no campo que a Constituição da República reserva, em princípio, à iniciativa privada.

Tais contratos podem ser firmados independentemente de quaisquer procedimentos licitatórios, razão pela qual as partes não estão sujeitas a limitações decorrentes de vinculação do contrato à matriz consubstanciada nas cláusulas do edital, em seus anexos e na própria proposta oferecida, sendo incabível opor resistências a alterações contratuais eventualmente desejadas pelas partes sob o argumento de que poderiam significar burla à licitação.

No entanto, mesmo se tratando da atividade contratual da Administração Pública, onde se tem diminuída, substancialmente, a autonomia de vontade por força da ordem jurídica, eis que, a medida em que o Administrador Público não administra bens e interesses particulares, não podem os referidos contratos ignorarem normas estabelecidas no Direito Objetivo Brasileiro.

Dessa feita, o Administrador Público cumprindo dever jurídico no exercício de sua **FUNÇÃO**, condicionado a validade dos atos que expede, dos acordos que firma, a uma avalanche de princípios e normas jurídicas, muitos deles estranhos ao direito privado, não deve ignorar normas legais de ordem superior.

Bem entendeu a Assessoria Técnica Jurídica a respeito do assunto, quando expressou: “a questão principal é o **CONFLITO DE INTERESSES** decorrentes de um contrato administrativo, que diferentemente de um contrato de direito privado, é dotado de

cláusulas exorbitantes ou de privilégio, que visam garantir a satisfação do interesse público" e "é o exercício das prerrogativas inerentes ao contrato administrativo, que acentua o **CONFLITO DE INTERESSES,** por uma das partes, a Administração, sobre a outra, a contratada, deve ser desempenhado em sua plenitude, o que, entretanto, encontrará barreiras na situação posta nos autos, em que contratante e contratada são representadas por uma só pessoa. Tal circunstância anula, a meu ver, as cláusulas exorbitantes, invalidando o contrato administrativo celebrado."

Outrossim, o presente caso não se enquadra no alegado pela Secretaria-Diretoria Geral, de que **"o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela validade do denominado "contrato consigo mesmo", transcrevendo sumariamente Ementa referente ao Recurso Extraordinário número 104.307-5, desconhecendo o inteiro teor do acórdão.**

Já se não admitia em Roma antiga que o Juiz decidisse tendo em mira uma parte da Lei; cumpria examinar a norma em conjunto: **"É CONTRA O DIREITO JULGAR OU EMITIR PARECER, TENDO DIANTE DOS OLHOS, AO INVÉS DA LEI EM CONJUNTO, SÓ UMA PARTE DA MESMA" –** ***(Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere).***

Dessa forma, para que não paire dúvidas a respeito do não enquadramento do presente caso nos ditames do referido Acórdão, detalharei, minuciosamente, a respeito do processo que levou ao supracitado apelo supremo.

O Recurso Extraordinário é originário de uma ação de execução proposta pelo Banco Real de Investimento S/A contra Leonardo de Almeida Bernardi e Jarbas Juarez Werb Cidade, para cobrar importância representada por uma nota promissória. Em dita cártula figuravam como emitentes dois prepostos da Companhia Real de Investimentos, a qual por sua vez, agia por mandato cambial que lhes teria outorgado a Empresa Brasileira de Fundações S/A, tendo esta na qualidade de devedora principal, e os executados na condição de avalistas.

A ação de execução foi julgada **IMPROCEDENTE**, em Primeira e Segunda instância, chegando por Recurso Extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, com suporte na alegação de **DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.**

O Recurso Extraordinário, sob número 104.307-5, foi conhecido e provido, nos seguintes termos, expresso na Ementa de 22/11/85**:**

> **"EM PRINCÍPIO, NÃO EXISTEM ÓBICES LEGAIS À OUTORGA DE MANDATO, PELO MUTUÁRIO, À EMPRESA VINCULADA AO GRUPO CREDITÍCIO DO MUTUANTE, PARA AGIR SEGUNDO CONDIÇÕES PREVIAMENTE CONTRATADAS. A POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE DE INTERESSES DO REPRESENTANTE HÁ DE SER AFERIDA, EM CADA CASO, MEDIANTE O EXAME DA EXTENSÃO DOS PODERES DEFERIDOS AO MANDATÁRIO E A OCORRÊNCIA, OU NÃO, DE ABUSO NO DESEMPENHO DO MANDADO."**

A limitação do provimento ao caso específico ficou claro no voto do então Relator, Ministro Octávio Gallotti:

Relatou o Ministro:

"Não vejo por outro lado, caracterizada a afronta aos artigos 1.288 e seguintes do Código Civil.

Por essas razões, não merece o recurso que dele se conheça, com base na alínea "a", do artigo 119, III, da Constituição Federal.

Pela letra "d", entretanto, é irrecusável o cabimento do apelo, ante o dissídio jurisprudencial demonstrado em relação aos acórdãos do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo nos Embargos Infringentes número 295.620 e nas Apelações Cíveis números 296.649, 296.702, 303.092 e 315.046, anexados de inteiro teor, às folhas, admitiram, estes, a validade do mandato outorgado, pelo mutuário e seus avalistas, à empresa integrante do mesmo grupo financeiro do banco credor, enquanto o acórdão recorrido declarou inválido o mandato, em iguais condições, sob o fundamento da incompatibilidade de interesses concentrados na pessoa do mandatário."

O fato do Recurso Extraordinário somente ter sido aceito pela alegação de **DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL**, comprova a disparidade de entendimentos que campeiam demais Tribunais de Justiça e de Alçada do País, a respeito da matéria.

Continuou o Senhor Ministro:

"A tese em debate está intimamente ligada a admissibilidade, no ordenamento jurídico, do chamado CONTRATO CONSIGO MESMO, porquanto a Companhia Real de Valores, ao mesmo tempo em que é instituída mandatária dos devedores, participa do grupo creditício a que pertence o credor.

O CONTRATO CONSIGO MESMO não encontra vedação expressa em nosso direito positivo, nem objeção teórica de monta, pois, na representação, a vontade que se obriga é a do representado, cujo patrimônio é distinto do pertencente ao representante".

Nesses parágrafos ficou clara a extensão do mandato outorgado, ou seja, ele apenas representava **FORMALMENTE** o credor e o devedor, não transmitindo qualquer responsabilidade financeira ou patrimonial, restringindo-se ao outorgado, unicamente os deveres **FORMAIS** expressos.

E continuou:

"Como esclarece Carvalho de Mendonça, apoiado em Chironi e Windescheid, desde que um indivíduo pode agir ao mesmo tempo por si e como representante de outrem, desde que é possível conceber-se que alguém obre representante de uma pessoa jurídica ou física, há na realidade, dois patrimônios colocados um defronte do outro e desde então é sempre possível entre um vínculo

obrigacional, tanto e com tanta extensão como entre duas individualidades diferentes (Contrato de Direito Administrativo Brasileiro, volume I, página 267).

Por isso, a validade do mandato, em tais circunstâncias, há de ser apreciada em razão de regras de moralidade, ficando então na dependência, sobretudo, da extensão dos poderes do mandatário."

Ainda nestes parágrafos, nota-se a preocupação do Ministro Relator quanto à **FORMALIDADE** da extensão dos poderes contidos no mandato, a fim de que ele não prejudique e nem atinja o patrimônio pessoal do mandatário, citando a seguir:

"Se há regra, colisão de interesses quando o representante contrata consigo mesmo, não se pode afirmar (...); depende da maior ou menor extensão dos poderes, depende das circunstâncias que apontam não se ter preocupado com a pessoa do figurante o representado" (Pontes de Miranda, tomo III, Quarta Edição, 1974, Editora Revista dos Tribunais)

Com essa afirmação, delineou o Senhor Ministro Relator que cada caso deverá ser analisado individualmente, eis que não havia um entendimento único e homogêneo a respeito de matéria enfocada, ou seja, a respeito do **CONTRATO CONSIGO MESMO,** conforme expressou a Secretaria-Diretoria Geral e que foi acatado por esta Corte de Contas.

Continuou o Relator**:**

"Ora, no caso, a mandatária, ao emitir a nota promissória, desincumbiu-se do mister que lhe fora cometido pelo mandante por meio da cláusula com poderes expressos e especiais, constante no contrato de financiamento.

Os poderes do mandatário, na espécie, mais se aproximam, pelos limites em que estão tolhidos, da figura do núncio, tendo-se em vista que o conteúdo da obrigação já havia sido previamente fixado, com a manifestação cabal da vontade do mutuário e dos seus avalistas, para o fim exclusivo da emissão do título.
Ao representante, não foi facultado o poder de decidir sobre a conveniência do negócio, nem escolher a pessoa do outro contratante. Coube-lhe apenas aderir a um teor contratual predeterminado, com estipulações objetivamente definidas, pelo que desaparecem óbices, lógicos ou práticos, à legalidade da conduta focalizada no processo, à qual os recorridos não opõem evidência ou mesmo alegação concreta de fraude nem de abuso no desempenho do mandato."

Nota-se, claramente, a impossibilidade de admitir que o Contrato existente entre o Departamento de Operação do Sistema Viário - **DSV** e Companhia de Engenharia de Tráfego - **CET**, possa ter como **parâmetro de legalidade** o acórdão citado na manifestação exarada pela Secretaria-Diretoria Geral.

O Ministro Gallotti, ao equiparar o mandatário a núncio, despiu-o de toda e qualquer responsabilidade material, deixando-lhe apenas com as responsabilidades

FORMAIS expressas no mandato, situação completamente diferente da que se apresenta com relação ao contrato administrativo assinado entre o Departamento de Operação do Sistema Viário - **DSV** e a Companhia de Engenharia de Tráfego - **CET**, eis que seus signatários assumem as responsabilidades **FORMAIS** e **LEGAIS** expressas no mesmo, que se constituem em **DEVERES E OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS** e não **CONCOMITANTES,** situação que caracteriza o **CONFLITO DE INTERESSES.**

Quanto ao Recurso Especial número 1.294/RONDÔNIA, citado pela Secretaria-Diretoria Geral, o mesmo foi interposto pelo Unibanco contra Cerealista JX Ltda., com suporte no artigo 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, perseguindo a reforma do acórdão da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim assentado:

> **"A PROCURAÇÃO OUTORGADA À FIRMA DO MESMO GRUPO FINANCEIRO QUE NÃO SE LIMITA A ACEITAR E AVALIZAR AS LETRAS DE CÂMBIO REPRESENTATIVAS DE DÉBITO PRINCIPAL, INCORRE EM COLISÃO DE INTERESSES, PRESUMINDO-SE QUE O MANDATO ESTÁ A ATENDER MAIS AO INTERESSE DA CREDORA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."**

Da mesma forma que o Recurso Extraordinário, o supracitado Recurso Especial foi admitido, unicamente, face a comprovação de **divergência jurisprudencial.**

Nota-se, desde logo, o favorecimento da Recorrida, ante a existência de **COLISÃO DE INTERESSES,** situação semelhante ao que ocorre no contrato assinado entre a Companhia de Engenharia de Tráfego - **CET** e o Departamento de Operação do Sistema Viário - **DSV**, tendo em vista que os **INTERESSES DO CONTRATANTE DO DEPARTAMENTO DE OPERAÇÃO DO SISTEMA VIÁRIO - DSV SE OPÕEM, TÉCNICA, LÓGICA E LEGALMENTE CONTRA OS INTERESSES DA CONTRATADA A COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO - CET.**

Melhor ficará entendido, portanto, para comentar o voto do Ministro Cláudio Campos:

Relatou o Senhor Ministro:

> **"Trata-se da velha questão do CONTRATO CONSIGO MESMO, atualmente em larga aplicação no mercado bancário brasileiro, com a variação de o mandatário, em geral, não ser o próprio credor, mas a empresa de prestação de serviços integrante do mesmo grupo financeiro.**
>
> **São, na verdade, conflitantes as decisões de tribunais diversos do País, estando, na verdade, bem caracterizada a divergência jurisprudencial, de modo que, preliminarmente, conheço do recurso.**
>
> **Como Desembargador, tive a oportunidade de manifestar-me sobre o problema, em caso análogo, chegando à conclusão assim ementada:**

NULA É A CLÁUSULA DE MANDATO CAMBIÁRIO SE HÁ COLISÃO DE INTERESSES ENTRE MANDANTE E MANDATÁRIO, SENDO LÓGICA A PRESUNÇÃO DE CONFLITO, FACE PERTENCER O ÚLTIMO AO GRUPO FINANCEIRO DO CREDOR." (ACÓRDÃO NÚMERO 17.105, DE FORTALEZA, UNÂNIME, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DE 05.12.85)

A fundamentar meu voto alinhei, de início, os seguintes argumentos:

SOBRE A TESE DO RECORRENTE ALGUNS AUTORES JÁ SE OCUPARAM, SENDO DE MENCIONAR O RENOMADO WHITAKER, PARA QUEM NÃO É EFICAZ A REPRESENTAÇÃO QUANDO HÁ OPOSIÇÃO DE INTERESSES ENTRE REPRESENTANTE E REPRESENTADO *(NEMO POTEST ESSE AUCTOR IN REM SUAM*), (*in* Letra de Câmbio).

Está implícito nos parágrafos acima, que o **CONTRATO CONSIGO MESMO** é um **ARTIFÍCIO** empregado no **SETOR BANCÁRIO,** para a formalização de interesses recíprocos sem que o mandatário assuma a responsabilidade legal exclusiva do Contratado e/ou do Contratante.

Da mesma maneira e indiscutivelmente, o Contrato Administrativo em tela manifesta clara oposição de interesses, eis que regidos por cláusulas legais e não cláusulas formais, tendo em vista que os serviços contratados não serão entregues formalmente e da maneira que bem entender, mas na **confrontação de interesses opostos,** que são delineados nas obrigações dos SERVIÇOS EXECUTADOS PELA **CONTRATADA** contrapondo às exigências dos SERVIÇOS A SEREM RECEBIDOS PELA **CONTRATANTE**.

Continuou o Relator:

"No final, após a invocação de julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, louvei-me de precedente da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, conforme acórdão número 14.340, também de Fortaleza, de 24.05.82, da lavra do eminente e culto Desembargador Carlos de Miranda Bezerra, com a seguinte ementa:

O CONTRATO CONSIGO MESMO SÓ É ADMISSÍVEL QUANDO INEXISTE CONFLITO DE INTERESSES. CARÊNCIA DE AÇÃO DE EXECUÇÃO.

Com todo respeito a qualquer entendimento, o que se assevera é que o **ARTIFÍCIO** do Contrato Consigo Mesmo, somente encontra eco no Direito Civil, jamais no Direito Administrativo, principalmente, quando se tratar de **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

A seguir, o Ministro citou o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do acórdão proferido no Recurso Extraordinário supracitado, e, a final, por

maioria de votos **NÃO CONHECEU DO RECURSO.**

Ora, ao se invocar jurisprudência, principalmente jurisprudência isolada e divergente de outros Tribunais, melhor seria argüir como parâmetro jurisprudência remansosa que campeia demais Tribunais de Contas, sabidamente aplicáveis na área do Direito Administrativo.

Dentro dessa premissa, destacamos o voto, **PELA ILEGALIDADE,** que garante a impossibilidade de se aplicar na esfera do Direito Administrativo o artifício do **CONTRATO CONSIGO MESMO**, para validar o contrato assinado entre o Departamento de Operação do Sistema Viário - **DSV** e a Companhia de Engenharia de Tráfego - **CET**, proferido pelo Tribunal de Contas da União, na decisão número 18/98, que teve como Relator o Ministro Bento José Bugarin, publicada no Diário Oficial da União de 16.02.98, a respeito da **PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES OU EMPREGADOS DA EMPRESA CONTRATANTE NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS A CARGO DA CONTRATADA,** que se aplica, indiscutivelmente no caso analisado**:**

> **"Dessa forma, não há como aceitar que tais coordenadores, sendo empregados da Empresa Correios e Telégrafos, tenham atuado no concurso como agentes da firma contratada e não como fiscalizadores do serviço em nome da Empresa Correios e Telégrafos. Houve, portanto, infringência ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei número 8.666/93, que assim dispõe:**
>
> **Artigo 9º – Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:**
>
> **III – Servidor ou DIRIGENTE de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação."**

Tais assertivas foram consubstanciadas por ato do Secretário Municipal de Transportes, que usando de suas atribuições legais editou a Portaria número 171/99, que **RECONHECENDO A IRREGULARIDADE** resolveu, em seu inciso II:

> **"DELEGAR AO CHEFE DE GABINETE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAR, APRECIAR E DECIDIR SOBRE TODOS OS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI MUNICIPAL NÚMERO 10.544 DE 31 DE MAIO DE 1988 E NA LEI FEDERAL NÚMERO 8.666/93, ATUALIZADA PELA LEI FEDERAL NÚMERO 8.883, DE 08 DE JUNHO DE 1994".**

Assim, doravante, os contratos celebrados entre si pelas empresas, Departamento de Operação do Sistema Viário - **DSV** e Companhia de Engenharia de Tráfego - **CET**, quando houver conflito de competência, passaram a ser assinados nos termos da referida Portaria, evitando-se assim, confronto com os princípios que regem as normas dos contratos em geral.

Ora, a edição da Portaria número 171/99 da Secretaria Municipal de Transportes caracterizou que, de fato, o contrato analisado apresenta o **CONFLITO DE INTERESSES.**

A CONFISSÃO EXPRESSA UM ATO DE LIVRE VONTADE, TORNANDO-SE A RAINHA DAS PROVAS.

Não importa o meio utilizado para a retirada da Portaria número 187/93 da Secretaria Municipal de Transportes do meio jurídico, seja a **REVOGAÇÃO**, por conveniência ou oportunidade ou a **ANULAÇÃO**, por motivo de ilegalidade, eis que ambos procedimentos não alteram o mérito de sua retirada. O que importa é que a mesma saiu do meio jurídico-administrativo por pressão da irregularidade apontada por esta Corte de Contas, portanto, o **FIM FOI ALCANÇADO** e a confissão supracitada, caracterizada.

Também, neste caso, não se pode ignorar a questão **ÉTICO** ou **OBRIGACIONAL,** que é a reunião, numa mesma pessoa, da qualidade de credor e devedor, de modo que tal pessoa teria de exigir um crédito de si própria, independentemente de não se vislumbrar dolo ou má-fé.

Porém, o que reputo como de difícil solução para questão, é a existência das **CLÁUSULAS EXORBITANTES,** características próprias do contrato administrativo. Essas cláusulas podem consignar as mais diversas prerrogativas no interesse do serviço público, sendo, as principais, as que exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão contratual; no equilíbrio econômico-financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato e na **APLICAÇÃO** de penalidades contratuais.

E, é na aplicação de **penalidades contratuais** que reside o nó indesatável da questão.

A aplicação de penalidades, como uma das prerrogativa da Administração, está correlata à do controle do contrato. Seria inútil o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração punilo pela falta cometida, aplicando-lhe as penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas expressamente no contrato, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário.

Essas penalidades, que compreendem desde as advertências e multas, até as mais severas, muitas vezes extrapolam a contratada, no caso de pessoa jurídica, para atingir a pessoa do responsável pela assinatura do contrato.

Quando, e se isso acontecer, o que não se assevera impossível, estará criado um fato, onde o signatário do contrato deverá **PUNIR** a **SI MESMO.**

Qual seria o seu procedimento ??? Dosaria a pena objetiva ou subjetivamente ??? Aceitaria a auto-apenação de bom grado ou apelaria ao princípio do direito de que NINGUÉM É OBRIGADO A AGIR CONTRA SI MESMO ??? - *(NEMO CONTRA SE EDERE TENETUR).*

No que tange a hipótese de que a regularidade da matéria, ora em julgamento, encontra receptividade nesta Corte de Contas, ante a existência de precedentes favoráveis, dente eles, os TCs números 2.994/96; 1.075/96; 5.249/95; 1.074/96; 1.263/95; 5.994/96; 1.874/96 e 388/97.

Discordo de tal entendimento, primeiro porque o Direito é dinâmico. Cada caso é um caso. As interpretações de normas legais não são estáticas ou imutáveis,

estando, sujeitas a sofrer constantes alterações no tempo e em razão de novos entendimentos.

Segundo, porque, mesmo se houvesse nesta Corte, jurisprudência unânime a respeito, a mesma seria verdadeiro suplemento da legislação, não obrigando absolutamente o Julgador, estando este ao cumprimento estrito da lei.

Terceiro, ainda não se conseguiu no meio jurídico brasileiro, a aprovação da tese da SÚMULA VINCULANTE, ante a acirrada crítica desfavorável dos setores jurídicos, como cerceadora da liberdade de interpretação dos Julgadores.

Ora, deve prevalecer a livre convicção, quando não se tratar de inútil abuso contra o entendimento pacífico sobre qualquer questão.

Finalmente, o que se evidenciou das razões expostas foi que a **IRREGULARIDADE** é evidente**.** Ignorá-la com suporte nas justificativas já acatadas por este Tribunal, é um equivoco que pode ser revisto.

Isto posto, reitero a tese do conflito de interesses, por entender ser a que mais se adequa ao procedimento da Origem, **JULGANDO IRREGULARES** o Contrato, os Termos Aditivos e o Termo de Recebimento, eis que foram assinados pela mesma pessoa, representando, simultaneamente o **CONTRATANTE** e a **CONTRATADA**.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de novembro de 2000.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

(1.948ª S.O.)

C E R T I F I C O

que, em sessão desta data, o Excelentíssimo Senhor Conselheiro EDSON SIMÕES relatou ao Egrégio Plenário a matéria constante do processo epigrafado, que cuida de contratação celebrada entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego - CET, referente à prestação de serviços de detecção, registro e processamento de infrações de trânsito.
Certifico, outrossim, que Sua Excelência considerou irregulares o contrato, os termos aditivos e o termo de recebimento, eis que foram assinados pela mesma pessoa, representando, simultaneamente, a contratante e a contratada.

Certifico, ainda, que, na presente sessão, o Excelentíssimo Senhor Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Revisor acompanhou, na íntegra, o voto do Nobre Conselheiro Relator.
Certifico, afinal, que, na fase de votação, o Excelentíssimo Senhor Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO solicitou vista dos autos, o que foi deferido.

09-novembro-2000

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

V O T O E M S E P A R A D O

Em julgamento, contrato nº 02/99-DSV/SMT e Termos Aditivos nº 01, 02 e Termo de Recebimento celebrados entre a Secretaria Municipal de Transporte e a Cia. Engenharia de Tráfego.

O relator, o Nobre Conselheiro Edson Simões, votou pela irregularidade dos instrumentos em razão de o Sr. Nelson Ibrahim Maluf El-Hage ter assinado por ambas as partes, na qualidade de Diretor do DSV (Departamento de Sistema Viário) e de Presidente da CET, cargos que acumulava.

Realço, por oportuno, que, nos Termos Aditivos nº 01 de 25 de agosto de 1999, nº 02 de 28 de outubro de 1999 e no de Recebimento de 20 de janeiro de 2000 não ocorreu a dupla representação. Não foram assinados pela mesma pessoa física a representar o contratante e o contratado, não estando, pois, inseridos na objeção levantada pelo Ilustre Relator. Por esta razão e na esteira das manifestações técnicas, acolho, desde logo, os referidos Termos.

No que tange ao contrato entendido irregular, trata-se, segundo a doutrina, do "contrato consigo mesmo" ou "auto-contrato", definido como o negócio jurídico feito por representante, agindo por si e pelo representado ou agindo por dois representados seus.

O ordenamento jurídico brasileiro só proíbe expressamente tal situação no caso de compra pelo mandatário de bem do representado (art. 1.133 do Código Civil).

Os doutrinadores não autorizam sua utilização irrestrita. José Paulo Cavalcanti, autor do livro "O Contrato Consigo Mesmo", sustenta que sua aceitação não depende do puro e simples conflito de interesses, mas, da inexistência de prejuízo, de enriquecimento ilícito às expensas do representado.

No mesmo sentido caminha a jurisprudência, embora não unânime, conforme decisão do STF, citada pela Secretaria-Diretoria Geral:

"A possível incompatibilidade de interesses do representante há de ser

aferida, em cada caso, mediante o exame da extensão dos poderes deferidos ao mandatário e a ocorrência, ou não, de abuso do desempenho do mandato." (Lex 11, 64/65.)

Em suma, o instituto será regular quando inexistir **conflito de interesses**, **prejuízo às partes** e **abuso no desempenho do mandato**.

Examinemos o caso concreto, seguindo orientação da suprema Corte, verificando cada um desses aspectos essenciais à sua regularidade.

I - Do conflito de interesses.

O ajuste administrativo foi celebrado entre órgão da Administração Direta e ente da Administração Indireta, criado exatamente para auxiliar a Municipalidade a exercer as atribuições determinadas no inciso I do artigo 179 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, combinado com a Lei Municipal 8.394/76 e Estatuto Social da C.E.T., a fim de garantir maior segurança e fluidez ao trânsito e ao tráfego da cidade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal bem sintetizou a questão, concluindo que "inexiste, no presente caso, conflito de interesses", visto configurar-se contrato firmado entre dois entes públicos, "ligados à Secretaria Municipal de Transportes, sendo certo que a CET foi criada especificamente para a prestação, dentre outros, dos serviços objeto do mesmo contrato" (fls. 248 – T.C. 388-97-72).

Diante do exposto, fica clara a inexistência de um conflito de interesses entre contratante e contratada. Ao contrário, há uma convergência para o interesse público.

II - Da ausência de prejuízo.

Alegar que a dupla representação, por si só, inibiria aplicação das cláusulas exorbitantes, podendo trazer prejuízos à Administração, não procede. Traz conseqüências, na verdade, à execução contratual. Logo, relaciona-se com o responsável pela fiscalização do ajuste.

Ora, vários técnicos, conjugadamente, participam da aplicação das penalidades previstas em lei e no contrato. São responsáveis pela fiscalização dos serviços executados. Eis a "teoria do órgão" que exporemos no próximo item.

A fls. 77, constata-se que o Sr. Diretor do DSV indicou para acompanhamento dos serviços, a arquiteta Vera Cerqueira Alves Barbosa, ocupante do cargo de Diretor da Divisão de Projetos e Operação de Tráfego – DSV-2. O Diretor de Operações da C.E.T., por sua vez, indicou o Sr. Marcos Antonio de Souza, para o mesmo fim.

Se esses servidores apontassem a ocorrência de qualquer irregularidade na execução contratual, e o Diretor do DSV não exercesse suas atribuições legais deixando de aplicar a pena cabível, o ilícito estaria caracterizado.

Contudo, inexiste nos autos informação de que tais agentes públicos tenham descumprido suas atribuições legais, causando danos à Municipalidade. Se prejuízo houvesse, ademais, deveria ser comprovado, o que, no caso, não ocorreu.

Com efeito, não há como julgar pela irregularidade do instrumento sob exame, com base na hipótese de que o subscritor, eventualmente, poderia cometer ilícito no

exercício de suas funções. Sem nenhum indício sequer, de fato dessa natureza, não se pode tirar a ilação de real ferimento de cláusulas contratuais – repita-se – não apontado e nem mesmo insinuado nos autos.

III - Da inexistência de abuso no desempenho do mandato.

Para SDG, o subscritor do instrumento não é nem um mandatário comum, nem um representante convencional; prevalece a "teoria do órgão" pela qual "a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que, quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a idéia de representação pela de imputação ".(Maria Sylvia Zanella Di Pietro – Direito Administrativo – Ed. Atlas – 5ª Edição, página 348.)

Com razão, aquela Secretaria. Sem dúvida houve uma CONJUGAÇÃO DE VONTADES manifestada pelo agente ao assinar o termo tanto pela contratante, quanto pela contratada. A CET, expressando-a por uma decisão colegiada, e o DSV, por ter sua vontade formada por meio dos vários órgãos técnicos.

E " ainda que se tratasse de representação", continuou o Sr. Secretário Diretor Geral, "o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela validade do denominado 'contrato consigo mesmo', salvo a hipótese de excesso ou abuso de poder, inocorrente no caso" (fls. 242).

Ora, o Presidente e os Diretores da Sociedade Anônima declararam a vontade da Companhia amparados na Lei das Sociedades Anônimas e no Estatuto Social. O Diretor da DSV assinou o contrato, nos limites do Decreto Municipal 28.714/90. Observo que, a fl. 67, consta despacho autorizando o ajuste nº 02/99-DSV, com fundamento no inciso VIII do art. 24 da lei Federal 8.666/93, e a fl. 189 e 207, viabilizando a lavratura dos Termos Aditivos nºs 1 e 2, autorizações essas assinadas pelo próprio Sr. Secretário Municipal de Transportes, Dr. Getúlio Hanashiro. Ao firmar o Termo de Recebimento e sua autorização, o Diretor do DSV levou em especial consideração, as manifestações das Diretorias de DSV/4, DSV/2, da Assistência Técnica e do Diretor Técnico do DSV, noticiando a prestação satisfatória dos serviços.

Com efeito, seja qual for a teoria adotada, dupla representação, mandato ou "teoria do órgão", não ocorreu, na hipótese, qualquer ilegalidade ou abuso na delegação de atribuições, nem na atuação do agente público, segundo concluiu SDG a fls. 207/208 do T.C. 388-97-72:

> *"Na verdade, não há irregularidade alguma no fato de a mesma autoridade, na qualidade de titular dos cargos respectivos, assinar o contrato e o termo aditivo correspondente, no exercício das duas competências cumuladas.*
> *Se não se investe contra o exercício cumulativo dos cargos, não se pode investir contra o exercício das atribuições que lhes são inerentes.*
> *De resto, o contrário é que não se poderia tolerar, como ocorreria se a autoridade se recusasse a exercer as competências que lhe foram legalmente atribuídas, sem estar respaldada em permissivo legal expresso, a pretexto de exercer cumulativamente dois cargos com o respectivo feixe de atribuições."*

Também quanto à edição da Portaria 171/99, não concordo com a conclusão do Relator.

À época da assinatura do contrato nº 02/99, encontrava-se vigente a Portaria nº 187/93-SMT/Gab., que delegava expressamente competência do Sr. Secretário Municipal de Transportes ao Sr. Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário, para lavratura dos ajustes, de suas alterações e rescisões, em pleno acordo com o disposto no Decreto supra-referido.

Cabe destacar que inúmeros contratos e aditivos assinados por uma mesma pessoa física em nome de duas pessoas jurídicas, contratante e contratada, já foram julgados regulares por esta Corte (TCs'.01.263.95-70, 01.874.96-45, 05.994.96-49, 00388.97-72 e 06.424.97-57), consubstanciando jurisprudência unânime deste Tribunal sobre a matéria.

Endosso, por fim, as palavras do Ilustre Conselheiro Dr. Eurípedes Sales em sessão Plenária distinguindo pessoa física e parte: "Partes não se confundem com pessoas; uma só pessoa pode representar as duas partes, como neste caso...".

Diante de todo o exposto, VOTO pelo acolhimento do contrato examinado e dos Termos Aditivos, bem como conheço do Termo de Recebimento.

São Paulo, 29 de novembro de 2000.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.004.632.99-65, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, após vista que lhe fora concedida na 1.948ª S.O., quando votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES - Relator e ROBERTO BRAGUIM - Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelo voto em separado do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, bem assim pelo voto do Conselheiro Substituto DJALMA DONATO, votando o Conselheiro Presidente WALTER ABRAHÃO para efeito de desempate, nos termos do artigo 20, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, acolher o contrato examinado e os termos aditivos, bem como conhecer do termo de recebimento.

Vencidos os Conselheiros ESON SIMÕES - Relator, nos termos do relatório e voto apresentados, e ROBERTO BRAGUIM - Revisor.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES - Relator, ROBERTO BRAGUIM - Revisor, e o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente, com voto

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo único, do artigo 115, do Regimento Interno desta Corte