



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL nº 0028823-21.2011.815.2001

RELATOR : Desembargador LEANDRO DOS SANTOS

APELANTE : Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Ivan Burity de Almeida

APELADO : Cavalcanti Primo Veículos Ltda.

ADVOGADO : Delosmar Mendonça Júnior e outros

ORIGEM : Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital

JUÍZA : Maria de Fátima Lúcia Ramalho

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR. NOTA DE EMPENHO NÃO QUITADA. ALEGAÇÃO DE QUE OS TÍTULOS NÃO PODEM SER EXECUTADOS PORQUE DECORRENTES DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EIVADO DE VÍCIOS INSANÁVEIS. COMPROVAÇÃO DE OFENSA AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. OBJETO DA LICITAÇÃO COM ESPECIFICAÇÕES EXCESSIVAS. OFENSA AO ART. 3º, II, DA LEI 10.520/2002. DECLARAÇÃO DE NULIDADE QUE OPERA EFICÁCIA *EX TUNC*, NÃO EXONERANDO, PORÉM, A ADMINISTRAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO, EXCETO SE COMPROVADA A MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O LICITANTE CONCORREU PARA OS VÍCIOS DO PREGÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO QUE NÃO IMPEDE O PAGAMENTO DAS NOTAS DE EMPENHO QUANDO O CONTRATO FOI CUMPRIDO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RECHAÇADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

– É sabido que após a expedição da ordem de pagamento (nota de empenho) poderá ser anulado o título se comprovado vício no procedimento licitatório que o originou. Também é do conhecimento jurídico que no regime jurídico dos contratos administrativos, a declaração de nulidade opera eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativamente, não exonerando, porém, a Administração do dever de indenizar o contratado (Lei nº 8.666/93, art. 59, parágrafo único) quando demonstrada a boa-fé desde, ou seja, ressalvada a

hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.

– Analisados os pontos arguidos pelo Estado como capazes de macular o procedimento licitatório, vê-se que restou provada, apenas, a ofensa ao princípio da competitividade. Entretanto, para que tal fato impeça a Apelada de executar o ente público, uma vez que já emitidas as notas de empenho e entregue o material, é necessário saber se a Apelada agiu de má-fé, pois, conforme já mencionado, o contrato administrativo, cuja nulidade tenha sido declarada não produz efeitos, a teor do art. 59 da Lei nº 8.666/93, e não desonera a Administração de indenizar a contratada pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, exceto se demonstrada a má-fé da contratada ou que ela concorreu para a nulidade.

– A especificação excessiva que maculou o procedimento por ferir a competitividade do certame não é suficiente para evidenciar a má-fé do contratado. Por mais que seja um forte indício, não se pode afirmar, com a certeza que o direito exige, que ele estava envolvido em qualquer fraude licitatória, até porque o procedimento foi aprovado pelo TCE. Ao contrário, cabe a Administração comprovar que o contratado lhe induziu a erro e propiciou a contratação viciada. Caso fosse admitida de má-fé a pura e simples contratação da Apelada, não haveria razão de ser a própria jurisprudência do STJ, a qual preconiza que os serviços efetivamente prestados, ainda que declarado nulo o contrato, devem ser pagos sob pena de enriquecimento ilícito. Assim, se o Poder Público recebeu as ambulâncias pelo Recorrido sem se opor, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública).

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados:

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, em **DESPROVER** a Apelação, nos termos do voto do Relator e da certidão de julgamento de fl. 624.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível contra sentença de fls. 59/61, que julgou improcedentes os Embargos à Execução, determinando a continuidade do processo quanto ao pagamento e ao valor cobrado nas notas de empenho.

Inconformado, o Apelante pugnou pela reforma “in totum” da sentença recorrida, renovando, para tanto, os mesmos argumentos expostos na exordial (fls. 446/448).

Na Decisão de fls. 445/448, foi negado seguimento à Apelação por ofensa ao princípio da dialeticidade e, posteriormente, foi negado provimento ao Agravo Interno (fls. 502/504).

Dessa Decisão, interpuseram Recurso Especial (fls. 507/517), o qual foi inadmitido e, em seguida, opuseram Agravo, que foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça e dado provimento ao Recurso Especial para anular o Acórdão, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da Apelação (607/611).

É o relatório.

VOTO

Sustenta o Apelante que o processo licitatório que deu origem aos títulos executados está eivado de vícios insanáveis, tais como: falta de certidões que demonstrem a idoneidade fiscal da empresa, direcionamento do objeto do certame com o fito de beneficiar a empresa exequente, inexistência nos autos do pregão de ordem de faturamento e de notas fiscais originais, comprovação do recebimento da mercadoria, termo de aceitação dos automóveis e devido tombamento legal.

Argumenta que, diante de tantas irregularidades, o pagamento fere as normas de despesas públicas e que as notas de empenho devem ser anuladas.

Pois bem.

A Cavalcanti Primo alega que o parecer contrário à execução das notas de empenho foi elaborado em 02/06/2011, enquanto que o encerramento do processo licitatório, faturamento e entrega dos veículos ocorreram em 2010, após aprovação pelo Tribunal de Contas do Estado do procedimento licitatório.

É sabido que após a expedição da ordem de pagamento (nota de empenho) poderá ser anulado o título se comprovado vício no procedimento licitatório que o originou. Também é do conhecimento jurídico que no regime jurídico dos contratos administrativos, a declaração de nulidade opera eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativamente, não exonerando, porém, a Administração do dever de indenizar o contratado (Lei nº 8.666/93, art. 59, parágrafo único) quando demonstrada a boa-fé desde, ou seja, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.

Vejamos a norma citada:

“Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

Ocorre que o Estado alega que houve má-fé do exequente na medida em que houve o direcionamento do objeto do certame (aquisição de sete ambulâncias tipo UTI, destinada ao núcleo de assistência hospitalar/SES/PB. PF.NO.1039/10-PREGÃO Nº 94/2010) com o fito de beneficiar a empresa.

Este suposto “benefício”, segundo o ente público explicou no parecer de fls.05/14, ocorreu porque as especificações das ambulâncias são

excessivamente detalhadas, sem justificativa técnica para tanto, sendo idênticas ao veículo tipo Furgão da marca Ford (“Transit Furgão Longo”) e excluindo veículos de outras marcas porque não podiam atender às exigências de tração traseira, motor *turbointercooler* de no mínimo 2.4, tanque de 80 litros e potência de, no mínimo, 115 cavalos.

Alega que se for observada a ficha técnica de veículos de outras marcas, tais como o Ducato da Fiat, o Boxer da Peugeot e o Jumper da Citroen, nenhum atende os requisitos do edital em sua totalidade, mas apenas o automóvel da marca Ford. Explica que todas as empresas ficaram de fora do certame por não atender a exigência de uma motorização mínima de 2.4 CC quando a exigência mínima poderia ser de 2.0 CC, bem como, por se requerer tração traseira quando a dianteira em nada prejudicaria e atenderia a finalidade da licitação.

Argumenta que a exigência demasiada inibiu a inscrição de produtos concorrentes que cumpririam com a finalidade desejada pela Administração Pública e ofendeu o caráter competitivo do certame.

De fato, não há dúvidas de que as exigências foram feitas sem qualquer explicação do motivo pelo qual outros automóveis não estariam aptos a prestar os serviços, até porque, como é sabido, em todo o país, e, especificamente, no Estado da Paraíba, muitas ambulâncias não são da marca Ford e, mesmo assim, atendem a finalidade da Administração.

O art.3º, inc.II, da Lei nº 10.520/2002, prescreve que “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição**”.

É justamente esta a hipótese aqui levantada pelo Apelante.

O procedimento licitatório é regido por princípios específicos, dentre os quais o princípio da igualdade ou da isonomia entre os licitantes.

Logo, toda restrição impertinente, irrelevante ou desarrazoada ao objeto do certame, vicia irremediavelmente o procedimento, que deverá ser declarado nulo pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, no controle de sua legalidade.

No caso, as descrições dos automóveis excluíram outros da mesma categoria de marcas distintas, mas que atenderiam, perfeitamente, as necessidades públicas, o que denota ofensa ao princípio da competitividade.

Já não bastasse este fato, também afirma o Apelante que as certidões apresentadas pelo Apelado estavam vencidas antes da assinatura do contrato, em 21/07/2010.

De fato, a apresentação de certidões vencidas resulta na inabilitação da empresa licitante.

Compulsando os autos, vê-se que a certidão de regularidade perante a Fazenda Pública teve sua validade expirada em 12/07/2010 (fl.367). Já a certidão de regularidade de FGTS teve seu prazo de validade encerrado em 07/07/2010 (fl.371) e a certidão cível negativa foi emitida em maio de 2010. Entretanto, embora demonstrado que as certidões já não tinham valor quando da assinatura do contrato, não vislumbro razão para, considerando este fato, isoladamente, tornar o título nulo, porquanto a licitação foi homologada em 01 de julho de 2010 quando todas as certidões ainda estavam em vigor.

Por fim, aduz o Estado que não houve comprovação do recebimento da mercadoria, termo de aceitação dos automóveis e devido tombamento legal.

Esta afirmativa vai de encontro às provas apresentadas pela parte contrária, uma vez que o material objeto do contrato (aquisição de SETE ambulâncias tipo UTI, destinada ao núcleo de assistência hospitalar/SES/PB. PF.NO.1039/10-PREGÃO Nº 94/2010), foi efetivamente entregue, conforme

provam os documentos de fls. 76, 78, 80, 82, 84, 85, 88 e as notas fiscais eletrônicas às fls. 68/74.

Assim, analisados os pontos arguidos pelo Estado como capazes de macular o procedimento licitatório, vê-se que restou provada, apenas, a ofensa ao princípio da competitividade. Entretanto, para que tal fato impeça a Apelada de executar o ente público, uma vez que já emitidas as notas de empenho e entregue o material, é necessário saber se a Cavalcanti Primo agiu de má-fé, pois, conforme já mencionado, o contrato administrativo cuja nulidade tenha sido declarada não produz efeitos, a teor do art. 59 da Lei 8.666/93, e não desonera a Administração de indenizar a contratada pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, **exceto se demonstrada a má-fé da contratada ou que ela concorreu para a nulidade.**

Assim, a pergunta é: qual o ato praticado pela contratada que teria a propriedade de contaminar a avença?

A especificação excessiva que maculou o procedimento por ferir a competitividade do certame não é suficiente para evidenciar a má-fé do contratado. Por mais que seja um forte indício, não se pode afirmar, com a certeza que o direito exige, que ele estava envolvido em qualquer fraude licitatória, até porque o procedimento foi aprovado pelo TCE. Ao contrário, cabe a Administração comprovar que o contratado lhe induziu a erro e propiciou a contratação viciada. Caso fosse admitida de má-fé a pura e simples contratação da Apelada, não haveria razão de ser a própria jurisprudência do STJ, a qual preconiza que os serviços efetivamente prestados, ainda que declarado nulo o contrato, devem ser pagos sob pena de enriquecimento ilícito.

Segundo o STJ, “ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a

nulidade" (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009).

Com base neste argumento, entendo que, apesar de evidenciado vício que maculou o procedimento licitatório, o qual, conseqüentemente, acarreta a nulidade do pregão, isto não implica afirmar que as notas de empenho devem ser anuladas, posto que não restou provada a má-fé do contratado.

O dever da pessoa jurídica de direito público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que evidada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37 da CF.

Vale ressaltar que se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica, já que foi a Administração que publicou edital com as exigências desarrazoadas e homologou a licitação. Seria iníquo que o agente violador do direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Outrossim, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Assim, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Assim, somente se comprovada a má-fé do contratado, uma vez que é vedada sua presunção, restaria excluída a responsabilidade do Estado.

Ademais, caberia ao Estado, uma vez verificada a suscitada ilegalidade do contrato, responsabilizar os agentes públicos que diz terem exorbitado de seus poderes, uma vez que uma das alegações feitas pelo ente

público, administrativamente, é de que o pregoeiro não era devidamente habilitado para atuar como tal por não fazer parte do quadro da Administração.

Agora, se o Poder Público recebeu as ambulâncias pelo Recorrido sem se opor, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública).

Exemplo esclarecedor desta questão cita Marçal Justen Filho:

“Um exemplo permite compreender facilmente o raciocínio. Suponha-se um contrato administrativo nulo, em que o defeito resida no ato de instauração da licitação. Reconhecido o defeito e pronunciada a nulidade com efeito retroativo, ter-se-ia de reconstituir a situação fática anterior à contratação. Isso significa não apenas que o particular teria de restituir à Administração as prestações que houvesse recebido, mas que também a própria Administração teria de adotar idêntica conduta. Ou seja, não seria cabível que a Administração incorporasse em seu patrimônio a prestação recebida do particular e se recusasse a produzir a remuneração correspondente, alegando a nulidade. (...) Ou seja, o Estado não pode apropriar-se de um bem privado, a não ser mediante desapropriação, com o pagamento de justo preço. É evidente que seria inconstitucional o Estado comprar um bem e, em seguida, anular o contrato e ficar com o bem sem pagar o preço. Muito mais despropositado seria produzir esse resultado mediante a invocação de defeito na própria atividade administrativa pública. A anulação contratual não pode gerar efeitos equivalentes aos do confisco. Tudo aquilo que não é lícito ao Estado obter diretamente também é ilícito ser obtido por via indireta - especialmente, por meio de um ato administrativo reputado inválido. No exemplo considerado, existem apenas duas alternativas jurídicas: ou o Estado devolve o bem comprado ou indeniza o particular pelo preço correspondente. Em qualquer caso, deverá ademais de tudo compor outras perdas e danos decorrentes de sua atuação defeituosa.(...) Bem por isso, a solução já fora consagrada no âmbito do Direito francês, no qual se admite que a teoria do

enriquecimento sem causa 'permite assegurar indenizações, que a equidade recomenda, nos casos especialmente em que as obras foram executadas ou as prestações fornecidas com base em um contrato que, finalmente, não foi concluído, que foi entranhado de nulidade, que atingiu a seu termo ou em que nenhum instrumento foi preparado ou ainda à margem de um contrato'.(...)" (In Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição - Dialética, páginas 517/519)"

Inclusive, o Ministro Mauro Campbell no RESP Nº 1.148.463 - MG (2009/0030763-2) entendeu que, até mesmo em caso de contrato verbal celebrado pela Administração Pública, deve o ente público ressarcir o contratado. Vejamos:

“Por isso, na ausência de contrato formal entre as partes - e, portanto, de ato jurídico perfeito que preservaria a aplicação da lei à celebração do instrumento -, deve prevalecer o princípio do não enriquecimento ilícito. Se o acórdão recorrido confirma a execução do contrato e a realização da obra pelo recorrido, entendo que deve ser efetuado o pagamento devido pelo Município recorrente”.

É possível, portanto, que a Administração Pública seja condenada a efetuar pagamento por fornecimento dos veículos licitados, ainda que a licitação respectiva padeça de nulidade, na hipótese em que a empresa contratada busca apenas o preço cobrado e resta comprovado nos autos o cumprimento do contrato administrativo, a boa-fé do contratado e o fato de ele não haver concorrido para a nulidade da licitação. Isso porque, apesar de a declaração de nulidade do contrato administrativo, em regra, ter eficácia *extunc*, em observância ao parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993 e aos princípios da boa-fé objetiva e da vedação do enriquecimento sem causa, mesmo em caso de nulidade do contrato administrativo, o ente público é obrigado a efetuar o pagamento pelos serviços prestados e pelos prejuízos comprovados aos quais deu causa, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade, conforme o entendimento do STJ que abaixo cito.

Vejamos:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PAGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA. VEDAÇÃO DO CONFISCO. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DOS ADMINISTRADOS. PRESUNÇÃO DA LEGITIMIDADE DAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE.

1. Conforme a moldura fática delineada pela corte de origem, não obstante a invalidade do contrato, a recorrida prestou integralmente os serviços contratados (pavimentação de vias e drenagem pluvial em ruas no exercício de 1999), mas o pagamento não foi efetuado nas épocas previstas nos contratos.

2. A ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. **O Direito não pode servir de proteção àquele que após empenhar uma despesa, e firmar o contrato de aquisição de serviço, e receber a devida e integral prestação deste, deixa de atestar a correta realização da despesa e proceder à liquidação para finalmente efetuar o pagamento, sobretudo diante da proteção da confiança dos administrados, da presunção da legitimidade das contratações administrativas, do princípio da moralidade, do parágrafo único do artigo 59 da Lei n.8.666/1993** (segundo o qual a nulidade do contrato administrativo "não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável") e dos artigos 36 a 38 da Lei n. 4.320/1964, que nunca instituíram o enriquecimento indevido.

3. **Tal inadimplemento também fere o princípio da vedação do locupletamento ilícito, a proteção à propriedade privada e a vedação ao confisco, uma vez que a Administração, que teve um incremento patrimonial sem justa causa, deixará de pagar ao contratado pelos serviços regularmente prestados e pela mercadoria devidamente entregue.** Precedentes.

4. **A nulidade do contrato administrativo, quando sequer se põs em questão a boa-fé do particular, pode até autorizar a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, mas não permite deixar a descoberto o adimplente quanto às**

despesas realizadas, com o cancelamento da nota de empenho.

5. Recurso especial não provido (REsp 1366694/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013)”

Portanto, em função da teoria da responsabilidade civil, a Administração tem o dever de responder por todos os atos que pratica, inclusive aqueles viciados.

A alegação de ofensa aos princípios que regem a licitação, por si só, não isenta o ente público do dever de pagar o valor ajustado porque os veículos foram recebidos pela Administração e não foram quitados.

Não pode o contratante ser penalizado pelo fato de não ter o administrador observado os princípios que regem os Contratos Administrativos e as regras contidas na Lei nº 8.666/93, tendo, então, direito ao pagamento pelos serviços prestados ao Estado da Paraíba, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Ademais, a nota de empenho contém os elementos essenciais de identificação contratual (nome da contratada, endereço e CNPJ, valor, origem licitatória, objeto e sua quantidade, e a assinatura do ordenador de despesa), sendo documento suficiente para atestar o débito.

Nesse sentido, a sua emissão pressupõe obrigação realizada, devendo ser satisfeita pelo Estado, sob pena de enriquecimento sem causa.

Diante de todos os fundamentos expostos, **desprovejo o recurso apelatório.**

É o voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto. Participaram do julgamento, além do Relator, Excelentíssimo Senhor Desembargador **Leandro dos Santos**, o Excelentíssimo Senhor Dr. **Ricardo Vital de Almeida** (Juiz convocado para

substituir a Exma. Desa. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti) e o Excelentíssimo Senhor Desembargador **José Ricardo Porto**.

Presente à sessão a douta representante do Ministério Público, Dra. **Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa**. Promotora de Justiça convocada.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 03 de março de 2015.

Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
Relator