CONTRATO ADMINISTRATIVO — PUBLICAÇÃO DE ATOS DA CÂMARA MUNICIPAL — NULIDADE

— Não tendo sido o contrato precedido de concorrência pública, à Administração toca declarar a sua nulidade.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Recorridos: "O Liberal", S. A., Emprêsa Jornalística e a Prefeitura Municipal de Moji das Cruzes

Recurso *ex officio* n.º 84.229 — Relator: Sr. Desembargador RODRIGUES ALCKMIN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 84.229, da comarca de Moji das Cruzes, em que é apelante o Juízo *ex officio*, sendo apelados "O Liberal" S. A., Emprêsa Jornalística e outros: Acordam, em Quarta

Câmara Civil do Tribunal de Justiça, depois de adotado como integrante dêste, o relatório de fls., negar provimento ao recurso, por maioria de votos.

Trata-se de ação movida por emprêsa jornalística para cobrar da Municipalidade de Moji das Cruzes a importância de Cr$ 81.010,00, acrescida de juros da mora, custas e honorários de advogado, devida pela prestação de serviços contratados com a Câmara da cidade, de publicação de seus atos. Argüiu a Municipalidade a nulidade do contrato, porque feito sem concorrência pública, com desobediência ao disposto no art. 101 da Lei Orgânica dos Municípios, e sem que existisse verba suficiente para o pagamento da despesa.

A sentença, que acolheu a ação, excluída a verba de honorários de advogado, merece subsistir.

Realmente, sendo indispensável prévia concorrência pública, sòmente com a realização regular desta, poderia ser contratada a publicação dos atos. Sem a concorrência pública, nulo foi o contrato, porque feito com desobediência à lei. E à própria Administração pública tocava declarar a nulidade, corrigindo seu ato ilegítimo.

Reconhecida a nulidade do contrato, certo é que a quem contratou, irregularmente, com a Administração pública, não toca o direito de reclamar os esperados lucros, ou cláusula penal, ou perdas e danos pelo inadimplemento, verbas que, sòmente se válido o contrato, seriam de pretender. Tem o contratante, porém, o direito de obter remuneração pelos serviços prestados, para que não haja injusto enriquecimento da Administração.

Tal remuneração deverá atender aos preços normais dos serviços, não apenas o reembôlso do custo, porque, se assim não fôsse, ainda ocorreria injusto locupletamento, com obtenção de serviço por preço inferior ao normal.

No caso dos autos, o preço básico reclamado na inicial não foi argüido de excessivo pela ré. Por esta circunstância, ainda que a nulidade do contrato não imponha o acolhimento da remuneração dêle constante, tal preço é de considerar-se normal, dispensando-se maiores ônus com o arbitramento, na execução. Conseqüentemente, merece mantida a sentença que condenou a ré ao pagamento da quantia reclamada na inicial.

Custas, como de direito.

São Paulo, 10 de outubro de 1957. — *Leme da Silva*, Presidente com voto. — *J. G. Rodrigues de Alckmin*, Relator designado. — *O. A. Bandeira de Melo*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: De início é de ponderar-se que a ação deveria ser proposta contra o Município de Moji das Cruzes e não contra a sua Prefeitura com assistência da Câmara, visto que a pessoa jurídica, capaz de direitos e sujeita a obrigações, é aquêle, pois estas últimas são simples órgãos do organismo municipal. Tal impropriedade não foi alegada, e, a final, se subentendeu que a ação era contra o Município, embora o próprio MM. Juiz, na sua decisão, haja só se referido à Prefeitura. Não obstante procedentes as objeções do Município, através do procurador da Prefeitura, da nulidade do contrato de valor de Cr$ 100.000,00 e da irregularidade da suplementação da verba, não pode êle locupletar-se à custa alheia, e lhe cumpre pagar o serviço feito em proveito da Câmara. Mas como é nulo o contrato, só deve pagar o custo dêsse serviço, jamais o lucro que dêle auferiria a emprêsa jornalística na sua prestação. Por isso, embora confirmasse a sentença na sua tese jurídica, a reformaria nos têrmos em que a aplicou. Condenaria o Município de Moji das Cruzes a pagar, tão-sòmente, a importância correspondente ao custo de serviço prestado, o que se apuraria em execução, acrescido dos juros da mora e custas em proporção.

Há atos jurídicos das pessoas de Direito Público que podem ser formados pela manifestação de vontade declarada de um só órgão. Na maioria das vêzes, no entanto, dependem, para a sua perfeição ou eficácia, de manifestação de vontade de outro órgão, ou mesmo, de

órgão de outra pessoa de Direito Público. Há, então, uma conjugação de vontades, cuja falta faz com que se considere a nulidade do ato praticado (cf. Erico Pressutti, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. I, pág. 157, ed. de 1931, e Pierre Wigny, *Principes Généraux du Droit Administratif*, pág. 254, ed. de 1953). A conclusão de contrato sem estas formalidades substanciais torna-o absolutamente nulo (cf. Fritz Fleiner, *Les Principe Généraux du Droit Administratif Allemand*, traduction de Ch. Eisemann, pág. 134, ed. de 1933).

Assim, do acôrdo de vontades, constitutivo de um contrato da Administração, se distinguem certos atos unilaterais, de atividades preparatórias, pressupostos processuais ou substanciais dêle, e de atividades integrativas, condições da sua eficácia, cuja falta ou irregularidade vicia o contrato e o torna nulo. Entre as figuras jurídicas de atividade preparatória, está a concorrência. Consiste em processo para determinar-se qual a pessoa que oferece condição mais vantajosa para a celebração de um contrato. Começa com um convite aos interessados para que, sujeitando-se às bases preparadas pela Administração pública, através de caderno de encargos, formulem propostas, das quais a Administração seleciona e aceita, a final, a mais vantajosa, adjudicando-lhe a concorrência. Funda-se nos princípios da igualdade dos licitantes e no cumprimento estrito do caderno de encargos. Entre os tipos de concorrência, o mais importante é a hasta pública, pela qual pode ofertar qualquer pessoa que se encontre em posição de cumprir o fornecimento, a obra, ou o serviço licitado.

Em princípio, os contratos da Administração pública, mesmo regidos pelo Direito Privado, são precedidos de concorrência pública, e, se prevista em lei, torna-se obrigatória e a sua falta acarreta a nulidade do contrato (cf. Miguel Angel Berçaitz, *Teoria General de los Contratos Administrativos*, pág. 261, ed. de 1952, e Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, cuarta edición, pág. 319, tomo I, ed. de 1947).

Conseqüentemente, contrato de uma pessoa de Direito Público, independente da indagação se as suas relações são públicas ou privadas, levado a efeito sem a necessária concorrência pública, prevista, obrigatòriamente, em lei, deve ser havido como eivado de nulidade, como concluído sem a satisfação de formalidade preliminar essencial. A nulidade do contrato, por falta de concorrência pública, pode ser argüida pela própria Administração e por terceiros interessados. A jurisprudência do Conselho de Estado da França, de início, só admitia essa prerrogativa à própria pessoa de Direito Público, mas posteriormente, também a estendeu a terceiros interessados (cf. Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, vol. IV, págs. 110-112, troisième edition, 1934).

Na verdade, no Direito brasileiro, cabe a qualquer cidadão pleitear, mediante ação popular, o reconhecimento de nulidade de atos da Administração, que lesam o patrimônio público. Consiste em garantia constitucional, inserta no art. 141, § 38, da Magna Carta. Essa declaração de nulidade dos atos administrativos pode ser feita pela própria Administração, independente de pronunciamentos judiciais.

Realmente, verificada a nulidade, cabe à própria Administração pública, de ofício, fazer tal declaração. Não se trata de revogação de ato administrativo, por motivo de conveniência ou oportunidade, no uso do seu poder discricionário, respeitados os direitos subjetivos de terceiros, e de efeito constitutivo, operando *ex nunc*. Mas, ao contrário, de nulidade de ato administrativo, por razões de ilegitimidade, de relação inválida, onde se não pode cogitar de direito adquirido de terceiros, e de efeito meramente declaratório, operando *ex tunc*. Êsse poder da Administração, de auto-impugnação dos seus próprios atos, corresponde à outra face do problema relativo à obrigatoriedade de sua execução, e é reconhecido, de modo indis-

cutível, pela doutrina nacional ou alienígena (cf. Seabra Fagundes, *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, fasc. 2, págs. 485 e 487, outubro de 1945). Tal prerrogativa se reconhece, não só com referência aos atos unilaterais da Administração, mas mesmo com os contratuais (cf. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 575, ed. de 1953).

Declarada a nulidade de ato unilateral ou contratual, tem-se o ato como não existente, e, por conseguinte, sem possibilidade de gerar direitos para quem quer que seja. Processa-se *ex tunc*, por jurìdicamente inoperante. As partes retornam à situação em que se encontravam. Mas, se isso foi impossível? Então serão indenizadas com o equivalente. O contrato em si não prevalece nulo, porém, em face do princípio do enriquecimento sem causa, receberá o que realmente lhe fôr devido, a parte credora (cf. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, pág. 316, 3.ª ed., 1951).

A respeito é expresso, aliás, o nosso Código Civil, no art. 158. Sendo nulo o contrato, não há-de cogitar-se de penalidades contratuais. Não tem direito até mesmo a perdas e danos, porque estas são inadmissíveis nos contratos com a Administração, nulos por falta de satisfação de formalidades legais, pois a parte devia atentar, prèviamente, na verificação se tais requisitos eram atendidos (cf. Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, troisième edition, pág. 49, 1934).