

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202100047000113

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA CASA MILITAR

ASSUNTO: CONSULTA

DESPACHO Nº 570/2021 - GAB

EMENTA: 1. CONSULTA. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEM COBERTURA CONTRATUAL. 3. INCIDÊNCIA DO ART. 59 DA LEI N. 8.666/93. 4. CONFIGURAÇÃO DA MÁ-FÉ DA CONTRATADA: ANÁLISE CASUÍSTICA E VALORADA CONFORME AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DE CADA SITUAÇÃO. 5. (IM)POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. 6. MATÉRIA ORIENTADA. 7. ELEIÇÃO COMO DESPACHO REFERENCIAL PARA FINS DA PORTARIA N. 170/2020-GAB/PGE.

1. Versam os autos sobre representação formulada perante o Tribunal de Contas do Estado de Goiás pela empresa **Voar Táxi Aéreo Ltda.** em desfavor do Serviço Aéreo do Estado de Goiás (SAEG), unidade da Secretaria de Estado da Casa Militar, em razão de débitos pendentes relativos aos serviços de inspeção/revisão e manutenção de aeronave(s) pertencente(s) ao ente estadual, prestados sem a devida cobertura contratual.

2. Os autos vieram à Procuradoria-Geral do Estado por encaminhamento do **Parecer SECAMI-PROCSET n. 19/2021** (000018685280), da Procuradoria Setorial da Secretaria da Casa Militar, que suscitou a manifestação da Casa, em relação à **Nota Técnica n. 01/2012 - PGE¹**, aos questionamentos estampados nos itens 15, 16 e 23, a saber:

- a) Que tipo de conduta se enquadraria como “má-fé”, cuja extensão e grau afastariam o pagamento de uma despesa realizada e compatível com os preços de mercado?
- b) Se persistir a irregularidade fiscal que ensejou a outorga condicionada, poderá ocorrer o pagamento?

3. Referente ao elemento anímico da conduta em apreço, o parecer foi categórico ao defender, em seu item 15, que *“ainda que a contratada tenha concordado em celebrar o aditivo contratual sem que houvesse a regularidade fiscal para tanto, **não há prova em contrário que afaste o referido pressuposto legal**, o que motivou, inclusive, as anteriores tratativas de acordo com a empresa [...]”* (negrito no original). Partilhou, ainda, no item 16, da opinião de que a subsunção da má-fé ocorre *“tão somente quando o ato se reveste de infração penal (crime ou contravenção) à Administração Pública, eis que, com base no princípio da moralidade (art. 37, CF) e complementada teoria dos atos próprios [...]”*.

4. Já sobre o segundo questionamento, a peça opinativa propôs no item 23 a integração, por analogia, da orientação encartada no **Despacho Referencial n. 2173/2020 - GAB**, que dispõe acerca de dispensa de determinados documentos de regularidade fiscal e trabalhista em caso de despesa de pequena monta de pronto pagamento, de modo igual para respaldar o pagamento por regularização de despesa, uma vez que, apesar de a Nota Técnica n. 01/2012 - PGE vedar que o procedimento de regularização de despesas se deflagre em razão da irregularidade fiscal, o entendimento incorporado no citado precedente é o que melhor compõe os princípios jurídicos em conflito.

5. Por fim, encaminhou os autos a esta Procuradoria-Geral do Estado para que, com fulcro no art. 1º, inciso I c/c art. 2º, § 1º, alínea “a”, da Portaria n. 170-GAB/2020-PGE, seja veiculada orientação referencial acerca da temática (regularização de despesas) à luz dos argumentos sustentados, considerando seu ineditismo e suas potenciais repercussões jurídicas e administrativas.

6. Relatados os principais fatos, extraídos dos poucos documentos que instruem os autos, prosseguiu-se com a fundamentação, adiantando que não compete a este Gabinete, nos termos do ato normativo acima mencionado, apreciar o juízo de valor externado no item 15 do **Parecer SECAMI-PROCSET n. 19/2021** (000018685280), no sentido de que a empresa **Voar Táxi Aéreo Ltda.** procedeu com boa-fé na execução dos serviços realizados durante o período compreendido no 4º (quarto) Termo Aditivo do Contrato nº 47/2013 - SCM (Processo n. 201300015000284).

7. Apenas para a situar os limites cognitivos deste despacho, serão objeto de consideração as teses jurídicas abordadas nos itens 16 e 23 do parecer, relatadas nos itens 3 e 4 acima, porquanto pautadas em premissas objetivas dotadas de generalidade e abstração em grau suficiente para torná-las replicáveis numa ampla gama de hipóteses semelhantes.

8. Ao que se pode compreender destes autos a contratação da empresa de aviação seguiu regularmente até a celebração do 3º (terceiro) Termo Aditivo. Para a outorga do 4º (quarto) Termo Aditivo, a Procuradoria Setorial, por meio do **Parecer n. 20/2017 SEI - ADSET** (0617529), condicionou a produção dos regulares efeitos do negócio jurídico à comprovação de regularidade fiscal da empresa perante as Fazendas Públicas dos níveis federal e municipal, o que, no entanto, não ocorreu.

9. Com a inércia da empresa em apresentar as certidões de regularidade fiscal, como previamente condicionado, operou-se a ineficácia do mencionado termo aditivo e o que, mais tarde, ocasionou a deflagração de procedimento licitatório do qual se sagrou vencedora a empresa **Voar Aviation Manutenção de Aeronaves Ltda.**

10. Percebe-se que o caso em tela não se trata de hipótese de irregularidade fiscal percebida durante a execução do contrato administrativo regularmente celebrado, cenário em que a Administração não poderá reter o pagamento por serviço já executado ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa do ente público, como amparam os arts. 5º, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, todos da Lei n. 8.666/93. Há, portanto, circunstâncias fáticas distintas dentro do mesmo pano de fundo, que é a situação de irregularidade fiscal por aquele que fornece serviços ou bens ao Poder Público.

11. A situação posta no parecer trata de não preenchimento, pelo fornecedor, de condição necessária para a celebração de novo termo aditivo; em outras palavras, o prazo de vigência do contrato apenas seria prorrogado por outros 12 (doze) meses se a empresa apresentasse as certidões de regularidade fiscal. Ocorre que, em razão da inação e com a expiração do prazo de vigência do 3º (terceiro) Termo Aditivo, operou-se a extinção do ajuste, tornando o negócio jurídico sem efeito.

12. Antes de outras considerações, é preciso esclarecer que a caracterização do contrato como nulo ou inexistente não tem pertinência na seara do Direito Administrativo, pois *“em razão da formalidade obrigatória e da presunção de legalidade, o ato inexistente se assimila ao ato inválido”*².

13. No âmbito dos contratos administrativos, em casos de nulidade, o art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 contempla o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa ao enunciar que *“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”*.

14. Com efeito, é certo que os serviços prestados por particulares com fundamento em contratos administrativos nulos ou inexistentes constitui fato gerador do dever da Administração efetuar a correspondente contraprestação financeira, tendo em vista que o pagamento nesses casos não se fundará na obrigação contratual, mas no dever legal de indenizar a obra, serviço ou fornecimento de bens³ fundado no postulado moral que veda o enriquecimento sem causa.

15. Todavia, não é menos certo que o pagamento só será juridicamente possível, também à luz dessa mesma perspectiva ética, nos casos em que verificada a boa-fé do contratado, não assistindo ao particular que deu causa ou concorreu para a produção do vício contratual o direito ao ressarcimento pelos serviços prestados, entendimento que vai ao encontro do princípio geral do direito *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza). Em suma, o agir corretamente, pautado pela boa-fé contratual constitui condicionante legal do pagamento pelos bens e serviços prestados.

16. Em mesmo andar são os ensinamentos de Marçal Justen Filho⁴, ao comentar o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações: *“Por igual, o particular que tiver atuado maliciosamente não pode ser beneficiado pela teoria da vedação ao enriquecimento sem causa, que se funda em juízo*

ético-moral. Aquele que atuou de modo reprovável eticamente não pode invocar benefícios fundados na equidade.”

17. Desse modo, o pressuposto para o pagamento da indenização no contrato nulo/ineficaz é sempre a boa-fé do contratado. Requisito que também foi observado por Justen Filho:

*“Nesse sentido é que se afirma que a boa-fé do terceiro caracteriza-se quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência. O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha ocorrido, o particular deve manifestar-se. **Se não o fizer, atuará culposamente.** Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla.”*

18. Percebe-se que se o particular, em razão de sua conduta (c)omissiva, der causa à nulidade ou ineficácia do contrato não poderá, futuramente, aproveitar-se dessa circunstância por ele próprio provocada para pleitear indenização por sua prestação material (dar, fazer, entregar etc.), uma vez que estava plenamente ciente da ilegalidade do ato.

19. Assim, a exigência de boa-fé traduz-se a reprovação à conduta de fraude consciente à exigência legal, de modo a configurar a busca preordenada à obtenção do resultado sabiamente ilegal. Não pode tutelar-se aquele que, tendo pleno conhecimento sobre a irregularidade de certa prática, pretende criar situação repudiada pelo Direito e daí obter vantagens - indevidas, portanto⁵.

20. Jesús Gonzalez Pérez⁶ leciona que boa-fé não atua só no âmbito do exercício de direitos e poderes, mas também na constituição das relações e no cumprimento dos deveres, ensejando a necessidade de uma conduta leal, honesta, estimada e que se pode esperar de uma pessoa, protegendo a confiança que, fundamentadamente, pode-se depositar no comportamento de outrem.

21. Ainda segundo aquele autor, o princípio da boa-fé pode ser violado pela simples circunstância de uma das partes não observar a lealdade e confiança devida a quem se relaciona, sendo prescindível indagação acerca da presença de dolo.

22. Munido dessa compreensão e retomando as singularidades do caso concreto, **não procede**, por ausência de amparo legal, a primeira tese defendida no parecer, qual seja: a configuração de má-fé do particular restringe a situações tipificadas como infrações penais (crime e contravenções) contra a Administração.

23. As condutas humanas praticadas em desconformidade com as normas estabelecidas no ordenamento jurídico são sancionadas de diversas formas, como, por exemplo, mediante imposição de multas pecuniárias, restrição de direitos, obrigações de fazer, privação de liberdade, entre outros. O Direito Penal regula apenas uma parte dessas condutas ocorridas no mundo dos fatos que estejam no último grau de reprovação social, sendo considerado, por força do princípio da fragmentariedade, como *ultima ratio* da tutela do Estado em prol dos bens jurídicos mais caros de qualquer sociedade.

24. O eventual balizamento da possibilidade de pagamento de indenização por serviços prestados sem respaldo contratual válido, à compatibilidade de preços dentro do mercado e à

inexistência, em tese, de atos caracterizados como crimes ou contravenções penais enfraqueceria sobremaneira o combate à corrupção generalizada e enraizada nas relações público-privadas brasileiras, num evidente retrocesso às diretivas internacionais (ex. OCDE) que vêm sendo gradualmente incorporadas em nosso ordenamento.

25. A tese sustentada no parecer levanta sérias dúvidas se não passaria a ser vantajoso, sob o ponto de vista jurídico-econômico (alocação de riscos em prol dos benefícios visados), para o particular predisposto a agir maliciosamente, ao menos tentar negociar com o Poder Público de maneira espúria, já que, salvo em casos extremos (crime/contravenção), de difícil comprovação, a sanção seria o ressarcimento pelo preço praticado no mercado. Em outras palavras, o agente sancionado por sua conduta antijurídica e antiética sequer experimentaria uma redução patrimonial; na pior das hipóteses, sofreria apenas um empate.

26. Se a correção desse tratamento jurídico já seria, por si só, altamente duvidosa acaso fosse conferido por determinação de norma expressa, fruto da vontade popular manifestada pelos representantes do titular do poder político, quanto mais se o fosse implementado pela via da interpretação/construção jurídica, como advoga a peça opinativa.

27. Não é demais lembrar que levado esse raciocínio ao extremo até mesmo atos de improbidade administrativa, apesar de sua inquestionável antijuridicidade e reprovação social, poderiam, em tese, render ao agente ímprobo o direito à indenização pela prestação de bens e serviços realizada sem cobertura contratual.

28. Na mesma toada, não há elementos fáticos ou jurídicos que amparem a aplicação analógica da orientação referencial externada pela esta Casa no **Despacho Referencial n. 2173/2020 - GAB⁷**, uma vez que o dispositivo legal analisado (art. 32, § 1º, da Lei n. 8.666/93) permite expressamente que o ordenador de despesa dispense, no todo ou em parte, a apresentação de certidões comprobatórias de regularidade fiscal nas hipóteses nele previstas (convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão). Com efeito, o dispositivo veicula regra de exceção e, como tal, não comporta interpretação extensiva nem autoriza o emprego de métodos de integração normativa (como a analogia) que terminem por ampliar seu antecedente normativo (juízo hipotético) e, assim, abarcar outras situações de fato não pretendidas pelo legislador.

29. Ante o exposto, **conheço parcialmente** do **Parecer SECAMI-PROCSET n. 19/2021** (000018685280), da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Casa Militar e, na extensão conhecida (itens 16 e 23), **deixo de aprová-lo**, sem demérito algum de seu signatário e sem prejuízo de a conclusão assentada no item 15 (presença de boa-fé do fornecedor de serviços contratualmente descoberto) ser devidamente fundamentada em outras premissas fáticas e jurídicas.

30. Matéria orientada, encaminhem os presentes autos à **Secretaria de Estado da Casa Militar, via Procuradoria Setorial**, para conhecimento. Antes, porém, dê-se ciência dessa orientação referencial (instruída com cópia do **Parecer SECAMI-PROCSET n. 19/2021** e do presente despacho) aos Procuradores do Estado lotados nas **Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da Administração direta e indireta** e no **CEJUR** (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE.

Juliana Pereira Diniz Prudente
Procuradora-Geral do Estado

[1] *Inteiro* *teor* *disponível* *em:*
<https://www.procuradoria.go.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2013-10/notatecnica01-2012.pdf>.

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 155.

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. RT, p. 232.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

[5] STJ - ARESP: [1104383](#) SP [2017/0115972-2](#), Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 27/10/2017.

[6] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 69/70.

[7] "Despacho 2173 - SEI - GAB - Ementa: consulta. Fundo rotativo. Possibilidade, haurida do § 1º do art. 32 da lei nacional nº 8.666/93, de dispensa de determinados documentos de regularidade fiscal e trabalhista, na hipótese de despesa de pequena monta de pronto pagamento. Medida excepcional condicionada à aferição pelo gestor, no caso concreto, da compatibilidade da exigência de habilitação à garantia do cumprimento da obrigação contratual. Documentação de habilitação relativa à seguridade social e à fazenda pública do estado de Goiás não suscetível de ser dispensada, com fulcro no § 1º do art. 32 da lei nacional nº 8.666/93. Questão atinente ao fracionamento ilegal de despesa deve ter como parâmetro o planejamento do exercício, por injunção do princípio da anualidade do orçamento enfeixado no caput do art. 2º da lei nacional nº 4.320/64. Matéria orientada. ELEIÇÃO Do presente despacho como referencial para fins de aplicação da Portaria nº 170-Gab/2020-PGE."

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 19/04/2021, às 21:54, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador 000019746243 e o código CRC 9CAD2D09.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS
RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ. COM A
AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER



Referência: Processo nº 202100047000113



SEI 000019746243