

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

RECURSO ESPECIAL N. 448.442-MS (2002/0082995-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Aimar Joppert
Advogado: Wagner Crepaldi e outro
Recorrido: Ênio Martins Murad
Advogado: José da Fonseca Simões Filho
Recorrido: Município de Bataguassu
Advogado: Luciana Romão de Oliveira Freitas
Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Ação popular. Contratação de advogado sem licitação. Notória especialização. Súmula n. 7-STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Diante da lesividade decorrente da contratação ilegal, é patente o cabimento da Ação Popular.

4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.

5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei n. 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.

6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto n. 2.300/1986, vigente à época dos fatos.

7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

8. Quanto à pretensão de que seja afastada a condenação ao ressarcimento do valor pago, friso que o art. 49 do Decreto-Lei n. 2.300/1986 e o art. 49 da Lei n. 8.666/1993, mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais. Com relação ao art. 22 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de carecer de prequestionamento, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convencionados por meio de contratação ilegal.

9. O fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

10. Além disso, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto-condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que "o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município".

11. *Ad argumentandum*, de acordo com o art. 59 da Lei n. 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se aplica quando demonstrada a *inequívoca boa-fé do contratado*. Precedentes do STJ.

12. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 24.09.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 1.287):

Apelação cível. Ação popular. Prejuízos. Patrimonial ou moral. Contratação de advogado sem licitação. Serviços técnicos especializados na área administrativa e tributária. Vinculação de receita de ISS. Ação procedente. Sentença mantida. Recursos improvidos.

A ação popular é o meio adequado para o cidadão pretender a anulação de ato que cause prejuízos ao patrimônio público, tanto material como moral.

A contratação direta de advogado para serviços técnicos especializados exige que se demonstre ser inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizar os serviços, seja porque existe apenas um objeto que satisfaça o interesse da administração, devendo, ainda, possuir contornos de singularidade ou não de continuidade, nos termos do que dispõe o Decreto-Lei n. 2.300/1986.

A vinculação da receita de ISS para pagamento dos honorários viola o princípio constitucional inserto no art. 167, IV, autorizando a sua anulação.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 350).

Em suas razões, o recorrente suscita divergência jurisprudencial e violação dos arts. 332, 333 e 535 do CPC; dos arts. 12 e 23 do Decreto-Lei n. 2.300/1986; dos arts. 1º e 2º da Lei n. 4.717/1965; e do art. 22 da Lei n. 8.906/1994. Alega, em síntese, que:

a) “os serviços contratados e prestados pelo recorrente são os de advogado e se enquadram, só por esse fato, como serviços técnicos profissionais especializados” (fl. 401);

b) “os ‘serviços semelhantes’ que o próprio v. Acórdão reconhece ter o recorrente prestado anteriormente para outros Municípios (pessoas jurídicas de direito público interno), todos com o mais completo êxito por sinal, conforme amplamente demonstrado nos autos, se constituem em dois dos requisitos objetivos causadores da notória especialização, quais sejam: desempenho anterior e experiência”;

c) a sua notória especialização torna inexigível o procedimento licitatório;

d) “independentemente dos trabalhos serem ou não corriqueiros e singelos, ou complexos e sofisticados, a doutrina e a jurisprudência também são pacíficas no sentido de que a natureza singular do serviço decorre da própria notória especialização do futuro contratado e em especial da confiança que a Administração deposita no mesmo como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado” (fl. 1.407);

e) a vedação à vinculação de receitas, prevista no art. 167 da Constituição, “à dirigida ao Legislador, à lei, e não ao Executivo quanto aos seus atos ou contratos administrativos” (fl. 1.419);

f) “nem a Carta Política e nem qualquer norma infraconstitucional existente impedem que a receita do ISS, obtida em razão dos trabalhos do recorrente, seja usada pela Administração, consoante as verbas orçamentárias próprias que existiam para a finalidade, para o pagamento dos honorários contratados” (fl. 1.420);

g) o contrato em questão “não vincula a despesa com os honorários à receita do ISS, já que esta serviu apenas como parâmetro para a fixação do valor” (fl. 1.420);

h) não houve lesão concreta ao patrimônio público, sendo descabida a anulação do contrato com base em lesividade presumida;

i) a condenação a devolver o dinheiro auferido viola o direito aos honorários advocatícios pelos serviços prestados e implica enriquecimento ilícito da Administração;

j) omissão quanto à existência de prévio procedimento administrativo de contratação, “já que o mesmo encontrava-se apenso aos autos e esse fato foi alegado e demonstrado em várias oportunidades pelo recorrente, principalmente porque a pretensa inexistência do mesmo constituiu-se em fator decisivo para a conclusão de ilegalidade do contrato por falta de licitação” (fl. 434), bem como indevida inversão do ônus probatório, ao impor ao réu a comprovação da existência de tal processo.

Contra-razões apresentadas (fls. 1.600-1.609 e fls. 1.633-1.641).

O recurso teve seguimento negado, subindo os autos por força do provimento do AG n. 397.999-MS.

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do apelo (fls. 1.736-1.742).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Cuidam os autos de Ação Popular movida contra o Município de Bataguáçu, seu ex-prefeito e o advogado por ele contratado, ora recorrente.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios, especificamente de assessoria tributária, condenando os dois últimos réus a ressarcir os cofres municipais.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença, corroborando a conclusão de que houve ilegalidade na contratação sem licitação.

Passo a analisar as razões recursais.

1. Violação do art. 535 do CPC não configurada

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2007; e REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.06.2007.

Observo que, nos Embargos de Declaração opostos contra o acórdão que manteve a sentença, o ora recorrente suscitou omissão e contradição no tocante à suposta ausência de lesividade ao patrimônio público, à existência de prévio procedimento administrativo que justificasse a contratação sem licitação e à comprovação da sua notória especialização, asseverando que o Tribunal de origem se baseou em premissas equivocadas.

Ocorre que todos os pontos suscitados pelo recorrente foram apreciados pelo Tribunal de origem, e a alegação de equívocos no julgamento apenas evidencia o seu intuito de rediscutir as questões decididas, não servindo os Aclaratórios para esse fim.

Com efeito, o acórdão recorrido está clara e suficientemente fundamentado na verificação de que, na hipótese dos autos, a contratação não prescindia de licitação, bem como de que houve lesão ao patrimônio público, tanto que o ressarcimento foi determinado. Quanto ao procedimento prévio, o Tribunal de origem enfatizou que não ficou comprovado.

Os argumentos do recorrente denotam mero inconformismo com o julgamento que lhe foi desfavorável, não estando evidenciadas as supostas

omissões e contradições. Nesse diapasão, a rejeição dos Embargos de Declaração não implicou negativa de prestação jurisdicional.

Observo que o art. 22 da Lei n. 8.906/1994 e os arts. 332 e 333 do CPC não foram suscitados nos Aclaratórios. A ausência de manifestação sobre as normas neles contidas, por sua vez, implica a falta do necessário prequestionamento e atrai a incidência da Súmula n. 282-STF.

2. Cabimento da Ação Popular

O recorrente sustenta o descabimento da Ação Popular para anulação do contrato, por inexistir lesividade concreta ao patrimônio público.

Ocorre que o Tribunal *a quo* reconheceu a existência de lesividade patrimonial, tanto que, conforme salientado alhures, determinou o ressarcimento do Erário. O prejuízo decorreu da própria contratação ilegal, feita sem a necessária licitação. Como se sabe, a Ação Popular não se limita a casos de lesão econômica aos cofres públicos.

Transcrevo o seguinte excerto do voto do Desembargador Relator, Joenildo de Sousa Chaves (fl. 1.278):

O ato praticado, consistente na celebração do contrato de prestação de serviços, sob a alegação de que se tratava de serviços técnicos especializados, possibilitou a contratação direta do apelante pela Fazenda Pública do Município de Bataguassu, sem licitação, o que sem dúvida alguma acarreta grandes prejuízos ao patrimônio público material e moral, porquanto inviabilizou a competição, sem observar o universo dos possíveis licitantes, em total ofensa aos princípios administrativos.

Saliento que a Ação Popular, na vigência da Constituição anterior, restringia-se à *proteção do patrimônio público*, o que transparece na simples leitura do art. 1º da Lei n. 4.717/1965. Confira-se (grifei):

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de *atos lesivos ao patrimônio* da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

O próprio legislador, com o claro intuito de evitar a interpretação excessivamente fazendária do objeto da Ação Popular, preocupou-se em definir “patrimônio público” de forma a nele incluir “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, § 1º).

Mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se ampliou, de modo significativo, o escopo da Ação Popular, para abarcar a proteção expressa a bens intangíveis, de natureza não-econômica – nem por isso “bens de segunda classe” –, como a *moralidade administrativa* e o *meio ambiente*. É o que se observa no art. 5º, LXIII, da CF/1988 (grifei):

Art. 5º...

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular *ato lesivo* ao *patrimônio público* ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Note-se que, ao contrário da redação original da Lei n. 4.717/1965, na Constituição de 1988 separam-se do conceito de *patrimônio público* os outros bens que ensejam a propositura de Ação Popular, quais sejam os que constituem o patrimônio histórico e cultural, acrescentando-se-lhes dois outros bens, não previstos na Lei: o *meio ambiente* e a *moralidade administrativa*. Numa palavra, o legislador constitucional simultaneamente delimitou o conceito amplo de patrimônio público, fixado em 1965, dele retirando o patrimônio histórico e cultural, e, em sentido contrário, ampliou a base de valores protegidos pela ação popular, inovando com o meio ambiente e a moralidade administrativa, elevados ambos à categoria de *bens jurídicos autônomos*, para tais fins.

É, entre outros autores, o entendimento de Rodolfo Mancuso (*Ação Popular, Proteção ao Erário, do Patrimônio Público, da Moralidade Administrativa e do Meio Ambiente*, 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2008, p. 131, grifei):

Presente a ampliação do objeto da ação popular, a partir do novo conceito inserto no art. 5º, LXXIII, impende destacar um relevante aspecto se a causa da ação popular for um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativo, sem outra conotação de palpável lesão ao erário, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal pretensão, porque a atual CF erigiu a “moralidade administrativa” em *fundamento autônomo* para a ação popular.

In casu, diante do prejuízo patrimonial e moral reconhecido pela instância ordinária, é patente a adequação da Ação Popular.

3. Ilegalidade da contratação sem procedimento licitatório

O recorrente sustenta a legalidade da contratação dos seus serviços advocatícios sem licitação, ante a sua notória especialização, e reputa violados os arts. 12 e 23 do Decreto-Lei n. 2.300/1986 – vigentes até a edição da Lei n. 8.666/1993 –, de seguinte teor:

Art. 12. Para os fins deste decreto-lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

§ 1º A contratação dos serviços previstos neste artigo com profissionais ou empresas de notória especialização dispensa licitação.

§ 2º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Art. 23. É inexistente a licitação quando houver inviabilidade jurídica de competição, em especial:

(...)

III - para a contratação, com profissionais ou firmas de notória especialização, dos serviços enumerados no art. 12;

IV - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas à licitação.

§ 1º É vedada a licitação quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, a juízo do Presidente da República.

§ 2º É permitida a contratação de remanescente de licitação, para a execução de obra, serviço ou fornecimento idêntico ao licitado, desde que atendidas a ordem de classificação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Não cabe discutir a competência do advogado contratado, pois, ainda assim, a sua escolha não fica ao talante da Administração.

Nos termos dos dispositivos acima citados, a contratação sem licitação estava vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho fosse o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, dessa forma, inviável a competição entre outros profissionais.

A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.

A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei n. 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento extraordinário do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.

Na hipótese, o Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, foi contundente ao afirmar a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado, tendo ressaltado ainda que o trabalho efetivamente prestado não exigiu conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido feito pelos servidores concursados do ente municipal.

No voto-condutor do acórdão recorrido, foi expressamente ratificado o seguinte posicionamento do Juiz Roberto Lemos dos Santos Filho, que sentenciou o feito (fl. 1.280):

Não obstante haver prova de que o advogado prestou assessoria a outros Municípios com relação a questões imbricadas com o recolhimento do ISS, tais serviços não se apresentam como aqueles em que emerge a notória especialização do executor.

De fato, com a devida vênia, penso que os serviços contratados poderiam ser executados por tributaristas que, diante da natureza íntima do objeto contratado, poderiam desenvolver trabalho tão ou mais profícuo que o desenvolvido pelo advogado contratado.

(...)

Com o máximo respeito, registro meu sentir na senda de que, conforme as provas trazidas com as volumosas contestações apresentadas, o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município.

Além de repisar os fundamentos da sentença, o Tribunal *a quo* reforçou que o trabalho do recorrente não era essencial; o serviço prestado não era complexo; e o município possuía quadro próprio de advogados aptos a executá-lo. Cito o seguinte excerto (1.282):

Ora, em nenhum momento restou demonstrado que o trabalho prestado pelo apelante fosse essencial ou o mais adequado à satisfação dos interesses do Município, principalmente tendo em vista que certamente existem outros profissionais tão ou mais qualificados que ele. Também não se pode olvidar que possuindo a entidade pública quadro próprio de

advogados, e não sendo os serviços efetivamente prestados de natureza complexa, poderiam perfeitamente ser por eles prestados, como aliás bem alinhou o magistrado na sentença apelada.

Ademais, da forma como foram contratados os serviços, não se pode considerá-los como serviço específico e singular, já que mais se enquadram em prestação de serviços de forma continuada, uma vez que foram prestados ao longo de quase dois (2) anos.

Nesse contexto, a análise da tese recursal, de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação, demandaria o reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

Cito precedentes, *mutatis mutandis*:

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Administrativo. Ação popular. Contratação de escritório de advocacia sem licitação. Alegação de notória especialização. Reexame de matéria probatória. Súmula n. 7-STJ.

1. A inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25, da Lei n. 8.666/1993), assentada pela Corte *a quo*, reclama a incursão em matéria de cunho fático probatório, interdita em sede de recurso especial, consoante a *ratio* da Súmula n. 7-STJ.

2. Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento dos danos causados ao patrimônio do Município de Nhandeara, decorrentes da contratação do Escritório de Advocacia, sem prévio certame licitatório, para a prestação de serviços de consultoria jurídica, visando a defesa dos atos praticados pela ex-Prefeita do mencionado município.

3. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula n. 7-STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.052.231-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 02.09.2009)

Ação civil pública. Contrato para realização de serviços técnicos especializados. Escritório de advocacia. Licitação. Inexigibilidade. Recurso especial. Violação aos arts. 458 e 535 do CPC. Inocorrência. Acórdão recorrido fundado em substrato fático-probatório. Reforma. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Incidência.

I - A questão de direito fulcra-se na necessidade ou não de licitação para a contratação dos serviços especializados de advocacia. O julgador, em análise dos autos e fundamentando suficientemente seu proceder, entendeu que a hipótese era mesmo de inexigibilidade de licitação. Atuando como fez,

não agiu aquele Sodalício com *error in procedendo*, visto que lastreou o julgado com razões jurídicas pertinentes, estando assim afastada a alegada violação aos artigos 458 e 535, II, do CPC.

II - A singularidade dos serviços e a notória especialização da contratada foram reconhecidos expressamente pelo Tribunal *a quo*, valendo-se, para tanto, de circunstâncias fáticas e probatórias.

III - Este Superior Tribunal de Justiça já externou entendimento no sentido de que “A averiguação de enquadramento da empresa recorrente em algum dos casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25 da Lei n. 8.666/1993) demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é defeso a esta Corte Superior, a teor do Verbete Sumular n. 7-STJ” (REsp n. 408.219-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.10.2002). Assim sendo, inviável a reforma do acórdão recorrido nesta estreita via do recurso especial.

IV - Confirma-se, ainda, caso em tudo semelhante ao presente o REsp n. 785.540-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.03.2008, p. 1.

V - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (REsp n. 764.956-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 15.04.2008, DJe 07.05.2008)

4. Ressarcimento do Erário

O recorrente sustenta que, diante da prestação do serviço, descabe o ressarcimento do valor que lhe foi pago.

Nesse ponto, friso que o art. 49 do Decreto-Lei n. 2.300/1986 e o art. 49 da Lei n. 8.666/1993, embora mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais.

Quanto ao art. 22 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de não ter sido prequestionado, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convençados por meio de contratação ilegal.

Não comungo da tese de que, havendo prestação do serviço contratado, descabe o ressarcimento do valor pago.

Ora, o fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua, outrossim, a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

Ademais, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, de que o serviço prestado pelo recorrente poderia ter sido prestado pelos servidores concursados do município, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, devendo ser ressarcido.

Apenas para deixar clara a questão, lembro que o art. 59 da Lei n. 8.666/1993 – que não foi questionado pelo recorrente – estabelece que “a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”. A ressalva constante no seu parágrafo único é apenas no sentido

de 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”.

Ou seja: a efetiva prestação de serviço pode ensejar indenização (o que não se confunde com o valor pago indevidamente), desde que verificada a *inequívoca boa-fé do contratado*. Nesse sentido:

Administrativo. Ação de cobrança. Prestação de serviços de publicidade. Nulidade do contrato administrativo por ausência de licitação. Art. 59, parágrafo único da Lei n. 8.666/1993.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, embora o contrato administrativo cuja nulidade tenha sido declarada não produz efeitos, a teor do art. 59 da Lei n. 8.666/1993, não está desonerada a Administração de indenizar o contratado 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.

2. Procedência da ação de cobrança que se mantém.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 928.315-MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007, p. 573)

Contrato firmado com Município. Ausência de licitação. Ação popular. Anulação. Indenização pelos serviços prestados. Ausência de boa-fé. Pouca relevância dos serviços. Súmula n. 7-STJ.

I - Este Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a indenização pelos serviços prestados à Administração em decorrência de contrato nulo deve-se lastrear na boa-fé do contratante. Precedentes: REsp n. 928.315-MA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2007; REsp n. 707.710-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.11.2005; REsp n. 579.541-SP, Rel. Min. José

Delgado, DJ de 19.04.2004; AgRg no REsp n. 303.730-AM, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 02.12.2002.

II - Na hipótese, além de refutar a boa-fé da contratante, o acórdão estadual destacou a pouca relevância dos serviços prestados à Administração.

III - Dessarte, é inadmissível o recurso especial, tendo em conta a necessidade de revolvimento fático-probatório para se concluir em sentido inverso ao exposto pelo acórdão estadual. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

IV - Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.134.084-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 29.06.2009)

In casu, contudo, a responsabilidade pela nulidade é imputada à Administração e também ao ora recorrente, por terem celebrado contratação direta sem que estivesse configurada hipótese de dispensa ou inexigibilidade da licitação. E a leitura do acórdão recorrido não permite constatar a boa-fé do contratado.

Insisto que a instância ordinária foi contundente ao afirmar que o trabalho executado não exigia o conhecimento técnico de advogado e poderia ter sido prestado pelos servidores concursados, conforme se infere do seguinte excerto da sentença, reiterado no voto-condutor do acórdão (fl. 1.280):

Com o máximo respeito, registro meu sentir na senda de que, conforme as provas trazidas com as volumosas contestações apresentadas, o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município.

Nesse contexto, afasto a pretensão de que seja mantida a remuneração que lhe foi paga ilegalmente.

Com relação à vinculação dos honorários advocatícios à receita do ISS, consigno que o fundamento do acórdão recorrido é estritamente constitucional, não comportando análise em Recurso Especial.

5. Divergência jurisprudencial não-configurada

A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RISTJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c, III, do art. 105 da Constituição Federal.

Na hipótese, os julgados apontados como paradigmas não guardam similitude com o caso concreto, dadas as suas peculiaridades fáticas.

6. Conclusão

Diante do exposto, *conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.*

É como voto.