



NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 02/2019/SUGACI/CGE

SGD: 2019/09049/008691

AUTOR DA CONSULTA: Junta Comercial do Estado do Tocantins – JUCETINS, nos termos do OFÍCIO/JCTO/GAB/Nº 222/2019 (sgd: nº 2019 20579 01247).

TEOR DA CONSULTA: Orientação a respeito de providências relativas a pagamento de despesas de forma indenizatória, bem como sua correta classificação contábil.

A matéria é regida pelas disposições contidas na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, na Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da união, dos estados, dos municípios e do distrito federal, a Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos, e ainda, no arcabouço doutrinário do Direito Administrativo Brasileiro.

2 A autoridade consulente manifesta interesse em obter esclarecimentos acerca de providências a serem tomadas quanto a pagamento de despesas sem a devida cobertura contratual. Relata o fato de ter sido dada continuidade na prestação dos serviços após expirada a vigência do contrato. Em síntese, trata-se realização de despesa sem a devida formalidade legal.

3 A rigor, a Administração Pública não admite contrato verbal, nem tampouco a execução de despesas sem o cumprimento da devida formalidade legal, sendo o contrato uma das exigências necessárias para formalização da relação jurídica entre a Administração e o particular contratado, salvo as exceções que também são previstas em lei. Por isso, o contrato administrativo deve obedecer as normas do edital, bem como, as legislações jurídicas, seja a CRFB/88, sejam as demais leis infraconstitucionais como a Lei Federal nº 8.666/93 e a Lei Federal nº 4.320/64, observando sempre todos os princípios e direitos fundamentais dos contratantes, com vistas à isonomia, para que não haja injustiça ou arbitrariedade por qualquer das partes.

4 Por definição, contrato administrativo é a manifestação de vontade entre duas ou mais pessoas com fins à celebração do negócio jurídico, havendo a participação do Poder Público, atuando com todas as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, visando sempre à persecução de um fim coletivo. O contrato Administrativo é regido pelo direito público, sendo inerentes a ele todas as prerrogativas e limitações do Estado¹.

5 Muito embora a Administração possua a prerrogativa das chamadas cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei Federal nº 8.666/93, presentes

¹ Carvalho Mateus.

Manual de Direito Administrativo - Matheus de Carvalho – 4. Ed. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.





implicitamente em todos os contratos administrativos, e que lhe define algumas garantias²; também é fato que tais atos dependem, para sua eficácia, além do cumprimento da estrita legalidade, de estarem alicerçados nos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

6. Partindo dessas premissas básicas, o que se verifica é que o caso em tela vai de encontro às regras e princípios que orientam o contrato administrativo, com destaque especial aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, bem como, às legislações específicas vigentes, especificamente à exigência de prévio empenho para realização de despesa pública, os requisitos para a verificação do direito adquirido na fase de liquidação da despesa; e ainda, às normas específicas de validade do contrato administrativo, conforme as leis e os dispositivos baixo citados :

Lei 4.320/64:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Art. 63 (...)

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Lei 8.666/93:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

² Cláusulas exorbitantes são aquelas que “excedem o Direito Comum para conseguir uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao Contratado” (MEIRELLES, 2001, p. 203), provocando, portanto, uma desigualdade entre as partes. No âmbito dos contratos privados, essa espécie de cláusula seria ilícita, porém é válida no direito administrativo, tendo como finalidade o melhor atendimento do interesse público – que se sobrepõe aos interesses particulares.





Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

7. Como se vê, o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato. Nesse sentido leciona (Carvalho, Matheus – 2017, p. 67) “*Com efeito, o administrador público somente pode atuar conforme determina a legislação. É a garantia de que todos os conflitos sejam solucionados pela lei, não podendo o agente estatal praticar condutas que considere devidas, sem que haja embasamento legal específico*”. Isso porque os atos públicos são subordinados à lei. Pode se entender, portanto, que o princípio da legalidade é o corolário da regra da indisponibilidade do interesse público. O gestor não pode atuar à sua maneira, sendo sempre dependente da autorização da lei.

8. Com efeito, consequência para o contrato administrativo que não cumpre os preceitos da legalidade é a sua nulidade. Pois assim prevê o Parágrafo Único do art. 60, da Lei nº 8.666/93: “*É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento,(...)*”; e o fundamento legal para que a Administração decrete a nulidade contratual reside no art.59 da mesma lei, determinando 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*”.

9. Destarte, com base nos princípios da legalidade e da moralidade, estando a gestão ciente de situação de contrato verbal, deve declará-lo nulo, e sua nulidade opera efeitos *ex tunc*, retroagindo às suas origens, invalidando as consequências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação.

(SUMULA 473 - STF) - “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”

10. Por outro lado, há que se considerar que, ainda que o contrato verbal realizado com a Administração Pública seja nulo, implicando a desconstituição de seus efeitos jurídicos de forma retroativa, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados e pelos prejuízos decorrentes, desde que comprovados, ressalvadas as hipóteses de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade. Isso porque a Administração não pode enriquecer às custas do particular, nem causar danos a terceiros.

Lei 8.666/93 - art. 59, parágrafo único - A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que ele houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contando que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.





11. Sobre o assunto, o Professor Marçal Justen Filho³, comenta:

[...] “o legislador brasileiro efetivou opção clara pelas soluções compatíveis com um Estado Democrático de Direito. Além de todas as determinações atinentes à responsabilização civil do Estado, consagrou-se a disciplina específica do parágrafo único do art. 59 para a contratação administrativa inválida. Daí se segue que a invalidação, por nulidade absoluta, de qualquer ajuste de vontades entre a Administração e o particular gerará efeitos retroativos, mas isso não significará o puro e simples desfazimento de atos. Será imperioso produzir a compensação patrimonial para o particular, sendo-lhe garantido o direito de haver tudo aquilo que pelo ajuste lhe fora assegurado e, ainda mais, a indenização por todos os prejuízos que houver sofrido”. **(grifo nosso)**

Hely Lopes Meirelles⁴ assevera que:

“Mesmo no caso do contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda a obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização”. **(grifo nosso)**

12. No tocante de como a gestão deve proceder, em termos práticos, diante de situação, temos que, o primeiro passo é declarar a nulidade do ato, apurar a responsabilidade buscando saber quem deu causa a tal fato e proceder com as devidas sanções; apurar o valor devido, reconhecer a dívida e proceder com o pagamento. Esse é o aspecto jurídico da questão.

13. Já para o aspecto contábil da questão, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – Mcasp, (2019, p.110)⁵ orienta que, na hipótese de tais despesas ocorrerem dentro do exercício, o correto é que o registro seja no elemento próprio que retrate a despesa, (30 se aquisição de bens ou 39 se contratação de serviços); e segue orientando, que nesses casos, não deve ser utilizado o elemento 93 (indenização), pois a despesa está sendo paga diretamente à empresa contratada por conta de uma relação contratual, muito embora haja vícios de legalidade nessa relação, mas que devem ser sanados, em vista de a Administração não poder locupletar-se. Orienta ainda que, caso a despesa venha a ser empenhada no exercício seguinte à prestação do serviço ou entrega do bem, que seja utilizado o elemento 92, por caracterizar uma despesa de exercício anterior.

14. Por fim, em razão de tudo isso, cumpre alertar ao gestor público que adote todas as cautelas possíveis para evitar a manutenção de relação extracontratual, atuando sempre dentro da estrita legalidade, como exige os preceitos do direito público, procedendo com a regular e eficiente gestão e fiscalização dos contratos administrativos, com vistas a

³ FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996

⁵ **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) – 8ª Edição** - <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/contabilidade>





possibilitar a realização tempestiva das necessárias licitações, ou, quando for o caso, dos aditivos contratuais, evitando assim, irregularidades administrativas e a consequente apuração de responsabilidade.

SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO DE AÇÕES DE CONTROLE INTERNO, em Palmas, aos 29 dias do mês de outubro de 2019.

ASSINADO ELETRONICAMENTE

ELIANA RODRIGUES DA SILVA

Administradora

ASSINADO ELETRONICAMENTE

ELAINE CRISTINA ZANETTI AVELINO

Gerente de Orientação e Normas

ASSINADO ELETRONICAMENTE

KILVÂNIA RODRIGUES DE MELO MIRANDA

Diretora de Controle da Gestão Governamental e Prevenção à Corrupção

ASSINADO ELETRONICAMENTE

BENEDITO MARTINIANO DA COSTA NETO

Superintendente de Gestão e de Ações de Controle Interno

1 – De acordo com a orientação. Encaminhe-se ao setor consulente.
Em: 29/10/2019

ASSINADO ELETRONICAMENTE

SENIVAN ALMEIDA DE ARRUDA

Secretário-chefe

