



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>



**CONTROLADORIA-GERAL
DO ESTADO**

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



Praça dos Girassóis, Esplanada das
Secretarias. S/N
Palmas – Tocantins – CEP: 77.001-020
Tel: +55 63 3218-2563
www.cge.to.gov.br

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

