

# REQUISITOS PARA PAGAMENTO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES – CONSULTA

Manoel de Andrade  
Conselheiro do TCDF - Relator

Consulta formulada pela PGDF. Requisitos para pagamento de despesas de exercícios anteriores. Unidade Técnica formula sugestões. Parquet especial diverge. Acolhimento parcial das proposições, com ajustes.

Cuidam os presentes autos de consulta formulada pela douta Procuradoria Geral do Distrito Federal acerca de peculiaridades afetas a pagamentos de despesas de exercícios anteriores.

A diligente Unidade Instrutiva, mercê da Informação nº 10/2010-CICE/AT, assevera:

2. Três perguntas foram elaboradas sintetizando o conteúdo da consulta:
  - a) Em quais casos poderá haver pagamento de despesas de exercícios anteriores?
  - b) Nos casos de ausência de contrato, é possível tal pagamento?
  - c) Quando o terceiro poderá ser considerado de boa-fé para fins do eventual pagamento?
3. Para responder a presente consulta, a informação está organizada em quatro partes. Na primeira constam algumas preliminares, em seguida a admissibilidade da consulta é analisada, na terceira são apresentados os fundamentos jurídicos utilizados na resposta e a jurisprudência sobre o assunto e, na última, é apresentada sugestão de resposta à consulta para deliberação plenária.

## I - PRELIMINARES

4. Preliminarmente, o PGDF suscita controvérsia a respeito do tema. Traz o disposto no art. 52 da Lei nº 4.836/2009 (Lei das Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2010 – LDO/2010) e o conteúdo da Decisão TCDF nº 84/2008, fl. 17.

5. O referido dispositivo da LDO-2010 informa que:

*Art. 52. As despesas de exercícios anteriores relativas aos órgãos e entidades do Poder Executivo somente poderão ser pagas administrativamente se precedidas de regular contratação e comprovada a existência de crédito próprio com saldo suficiente para atendê-las no respectivo orçamento, cujo empenho tenha sido considerado insubsistente e anulado no exercício correspondente e desde que o credor tenha cumprido sua obrigação no prazo estabelecido no instrumento contratual.*

*§ 1º Verificados os requisitos de que trata o caput desse artigo, o pagamento das despesas a que se refere estará condicionado à disponibilidade orçamentária do exercício de 2010, previamente consignada em processo, de modo a não comprometer a regularidade das contas governamentais, e à estrita observância do que dispõe os arts. 37 e 63, da Lei nº 4.320/64 e*

*os arts. 52, 80 e 81, do Decreto nº 16.098/94, mediante exame prévio da Secretaria de Ordem Pública e Social e Corregedoria-Geral do Distrito Federal e regulamentação específica em ato próprio do Chefe do Poder Executivo.*

*§ 2º O descumprimento de qualquer dispositivo legal afeto ou correlato a essa matéria, em especial o art. 42, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, implicará a responsabilidade pessoal de quem lhe der causa, a ser apurada por meio de processo administrativo disciplinar e, quando for o caso, de tomada de contas especial, ambos os procedimentos sob a responsabilidade da Secretaria de Ordem Pública e Social e Corregedoria-Geral do Distrito Federal.*

*§ 3º Os requisitos previstos no caput desse artigo não se aplicam a despesas de exercícios anteriores originárias do grupo de despesas Pessoal e Encargos Sociais, quando se tratar de obrigação de pagamento criada em virtude de lei.*

*§ 4º Os presidentes da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Tribunal de Contas do Distrito Federal poderão adotar, por ato próprio, medidas equivalentes, visando disciplinar e reduzir despesas dessa natureza no âmbito do Poder Legislativo.*

6. De pronto, cumpre esclarecer que, à época dos fatos de que trata a Decisão TCDF nº 84/2008 (Processo nº 13.951/08), estava em vigor a Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao exercício de 2008 (Lei nº 4.008/07), cujo excerto sobre despesas de exercícios anteriores mencionava:

*Art. 8º As dotações orçamentárias previstas na Lei Orçamentária Anual para atender as despesas de exercícios anteriores, relativas aos órgãos do Poder Executivo, somente poderão ser executadas no exercício de 2008 após autorizadas por decreto e avaliadas pela Corregedoria-Geral do Distrito Federal.*

*Parágrafo Único. Para fins de atendimento do disposto neste artigo, no âmbito do Poder Legislativo, os presidentes da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Tribunal de Contas do Distrito Federal adotarão por ato próprio medidas correspondentes, visando disciplinar e reduzir procedimentos desta natureza.*

7. Sendo assim, deixar-se-á de tecer maiores comentários sobre a supracitada Decisão, bem como sobre a pretensa controvérsia.

8. De resto, parece que a dúvida da Consulente é sobre a interpretação do artigo 52 da Lei nº 4.386/2009, transcrito anteriormente, ou seja, se existe possibilidade de pagamento de despesas decorrentes de prestação de serviços oriunda de ausência de procedimento licitatório e do respectivo contrato, seja no próprio exercício ou em exercícios posteriores.

9. De ressaltar que a redação das Leis de Diretrizes Orçamentárias é revista e modificada a cada ano, dada a vigência temporária dessas leis, e que o assunto em tela é tratado em outros diplomas legislativos ou regulamentares, tais como as Leis federais nº 4320/64, nº 8.666/93 e Decreto distrital nº 16.098/94.

### **Lei federal nº 4.320/64**

*Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.*

*Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.*

*Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.*

*§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:*

*I - a origem e o objeto do que se deve pagar;*

*II - a importância exata a pagar;*

*III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.*

*§ 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 federal nº 8.666/93*

*Art. 60. 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.*

### **Decreto nº 16.098/94**

*Art. 44, § 2º A emissão de Nota de Empenho será precedida de licitação, salvo se houver sido autorizada a sua dispensa ou inexigibilidade, mediante ato expresso, nos termos da legislação em vigor.*

*Art. 52. A unidade administradora de créditos processará a liquidação da despesa, tomando por base os títulos e documentos originais comprobatórios do respectivo crédito, exceto o documento fiscal relativo à aquisição de veículos, verificando o direito adquirido pelo credor, a fim de apurar:*

*I - a origem e o objeto do que se deve pagar;*

*II - a importância exata a pagar e a quem se deve pagá-la, para extinguir a obrigação.*

*Art. 80. As despesas de exercícios encerrados de que trata o art. 37 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, poderão ser pagas pela dotação para Despesas de Exercícios Anteriores, constantes dos quadros discriminativos das unidades orçamentárias, desde que apurado o direito adquirido pelo credor e devidamente reconhecida a dívida.*

*Parágrafo único. Os processos relativos às despesas mencionadas neste artigo deverão conter informações pormenorizadas sobre o direito adquirido pelo credor, de tal sorte que permitam o reconhecimento da dívida, e ainda, as seguintes:*

*I - saldo, ao final do exercício, da dotação orçamentária pela qual deveria correr a despesa;*

*II - nome do credor, importância a pagar e atestado da entrega do material ou execução do serviço;*

*III - motivo do não-empenho prévio da despesa;*

*IV - razão por que não foi possível conhecer, no devido tempo, o compromisso que se pretende seja reconhecido.*

*Art. 81. Na hipótese de direito adquirido pelo credor, a dívida de que trata o artigo anterior será reconhecida pelo titular da respectiva unidade orçamentária.*

*Parágrafo único. Nas Notas de Empenho relativas às despesas de que trata o art. 80, deverá constar, no campo 'especificações', a data da publicação no Diário Oficial do Distrito Federal do reconhecimento da dívida.*

10. Assim, entende-se que a consulta, embora fundamentada no art. 52 da LDO-2010, caso admitida, deva considerar todo o arcabouço jurídico aplicável ao assunto. E mais, o núcleo do questionamento apresentado pelo PGDF não diz respeito a despesas de exercícios anteriores, mas sim a pagamentos de despesas decorrentes de fornecimento de bens, serviços e obras sem contratação regular.

11. Outro ponto a ser destacado é que a resposta à consulta restringe-se ao âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, não abrangendo o Orçamento de Investimento das empresas públicas e sociedades de economia mista.

## II – ADMISSIBILIDADE

12. A matéria referente à consulta está disciplinada no artigo 194 do Regimento Interno dessa Corte de Contas, *verbis*:

*Art. 194. Em caso de dívida na aplicação de disposição legal ou regulamentar, em matéria de sua competência, o Tribunal conhecerá das consultas que lhe forem formuladas pelo Governador do Distrito Federal, por Secretário de Governo ou autoridade equivalente, bem como por dirigente de órgão relativamente autônomo ou entidade da administração indireta, incluídas as fundações.*

*§ 1º As consultas deverão versar direito em tese, indicar com precisão seu objeto e ser acompanhadas de parecer técnico-jurídico da Administração.*

*§ 2º A resposta à consulta terá caráter normativo e constituirá prejulgamento da tese, mas, não, do fato ou caso concreto.*

13. Firma a presente consulta o senhor Procurador-Geral do Distrito Federal, pessoa competente, conforme preceitua o caput do art. 194, retro. A consulta versa sobre direito em tese, vez que não traz indagações sobre casos concretos, passíveis de futura apreciação por esta Corte de Contas.

14. Em relação ao parecer técnico-jurídico preceituado no Regimento Interno do TCDF, o PGDF acostou cópia do Parecer nº 049/2010-PROFIS-PGDF, de 16/03/2010, fls. 27/36, elaborado quando da análise do Processo GDF nº 400.000.667/2008, e respectivas aprovações, fls. 37/39.

15. Cuida o referido Parecer, segundo o parágrafo vestibular, 'de questão acerca da possibilidade jurídica de ser efetivado, administrativamente, pagamento de débito relativo a exercício já encerrado, ...' (fl. 27)

16. Entretanto, leitura mais atenta indica que o núcleo da questão refere-se à inexistência de (i) prévio procedimento licitatório; (ii) contrato formalmente estabelecido; (iii) prévio empenho da despesa. (fl. 28)

17. Muito embora o parecer não tenha sido elaborado para atender a presente consulta, haja vista cuidar de caso concreto pretérito – já apreciado por esse Tribunal –, entende-se que a relevância da matéria e a necessidade de o Tribunal firmar entendimento sobre o tema justificam o acolhimento do pleito, razão pela qual sugere-se ao egrégio Plenário o acolhimento da consulta ora formulada pelo PGDF.

### III - FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### III.1 Das despesas de exercícios anteriores

18. A Lei nº 4320/64 disciplina o assunto em seu art. 37, da seguinte forma:

*Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.*

19. O Manual Técnico de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, editado pela Portaria Conjunta STN/SOF nº 3, de 2008, explica as três situações, mencionadas no dispositivo legal, em que as despesas de exercícios anteriores ocorrem:

*As despesas que não se tenham processado na época própria são aquelas cujo empenho tenha sido considerado insubsistente e anulado no encerramento do exercício correspondente, mas que, dentro do prazo estabelecido, o credor tenha cumprido sua obrigação.*

*Os restos a pagar com prescrição interrompida são aqueles cancelados, mas ainda vigente o direito do credor.*

*Os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício são aqueles cuja obrigação de pagamento foi criada em virtude de lei, mas somente reconhecido o direito do reclamante após o encerramento do exercício correspondente.*

20. No Distrito Federal, o art. 37 da Lei nº 4.320/64 é regulamentado pelos arts. 80 e 81 do Decreto nº 16.098/94, que dispõem:

*Art. 80. As despesas de exercícios encerrados de que trata o art. 37 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, poderão ser pagas pela dotação para Despesas de Exercícios Anteriores, constantes dos quadros discriminativos das unidades orçamentárias, desde que apurado o direito adquirido pelo credor e devidamente reconhecida a dívida.*

*Parágrafo único. Os processos relativos às despesas mencionadas neste artigo deverão conter informações pormenorizadas sobre o direito adquirido pelo credor, de tal sorte que permitam o reconhecimento da dívida, e ainda, as seguintes:*

*I - saldo, ao final do exercício, da dotação orçamentária pela qual deveria correr a despesa;*

*II - nome do credor, importância a pagar e atestado da entrega do material ou execução do serviço;*

*III - motivo do não-empenho prévio da despesa;*

*IV - razão por que não foi possível conhecer, no devido tempo, o compromisso que se pretende seja reconhecido.*

*Art. 81. Na hipótese de direito adquirido pelo credor, a dívida de que trata o artigo anterior será reconhecida pelo titular da respectiva unidade orçamentária.*

*Parágrafo único. Nas Notas de Empenho relativas às despesas de que trata o art. 80, deverá constar, no campo 'especificações', a data da publicação no Diário Oficial do Distrito Federal do reconhecimento da dívida.*

21. Além do art. 37, os artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64 também são pertinentes ao assunto, pois dispõem sobre os requisitos necessários para que uma despesa seja liquidada, isto é, para que o crédito do fornecedor perante a Administração seja confirmado:

*Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.*

*Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.*

*§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:*

*I - a origem e o objeto do que se deve pagar;*

*II - a importância exata a pagar;*

*III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.*

*§ 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.*

22. No mesmo sentido o art. 52 do Decreto nº 16.098/94:

*Art. 52. A unidade administradora de créditos processará a liquidação da despesa, tomando por base os títulos e documentos originais comprobatórios do respectivo crédito, exceto o documento fiscal relativo à aquisição de veículos, verificando o direito adquirido pelo credor, a fim de apurar:*

*I - a origem e o objeto do que se deve pagar;*

*II - a importância exata a pagar e a quem se deve pagá-la, para extinguir a obrigação.*

23. Apesar de todos esses parâmetros legais, observou-se recentemente, no Distrito Federal, o uso indevido do instituto 'despesas de exercícios anteriores' advindo da falta de contabilização de despesas e de sua inscrição em restos a pagar. O assunto foi objeto do Relatório Analítico e Parecer Prévio sobre as Contas de Governo do ano de 2008, no qual se fez a ressalva: 'c. ausência, ou registro parcial, de: i. despesas que deveriam ter sido empenhadas e inscritas em Restos a Pagar;'

24. Em auditoria do encerramento de exercício de 2008, realizada no âmbito do Processo-TCDF nº 3985/2009, verificou-se que despesas conhecidas, líquidas e certas como, por exemplo, despesas de caráter continuado, deixaram de ser empenhadas e inscritas em restos a pagar para se tornarem objeto de reconhecimento de dívida no exercício posterior. Trecho do

Relatório de Auditoria do mencionado processo é transcrito a seguir:

44. *Analisando as Notas de Empenho emitidas em 2009 no elemento de despesa 92 – Despesas de Exercícios Anteriores, verificou-se volume significativo de dispêndios que, apesar de derivarem de serviços efetivamente prestados, não foram contabilizados em restos a pagar, como determina a legislação pertinente; são despesas cuja única alternativa para liquidação dos compromissos é o reconhecimento de dívida no exercício posterior, apesar de conhecidas, líquidas e certas no exercício de competência.*

45. *A SEOPS/CGDF, em resposta à Nota de Auditoria nº 12 – Proc. 3985/2009, confirma a existência de despesas em diversos órgãos e entidades que deveriam ter sido empenhadas em 2008 e foram objeto de reconhecimento de dívida em 2009, informando pagamentos líquidos efetuados até 24.3.2009 da ordem de R\$ 89,6 milhões, incluídos os relativos a despesas com pessoal (PT\_09).*

46. *Na verificação in loco, por meio dos processos de pagamento dessas despesas em 2009, objeto da amostra, verificou-se que todos os valores analisados correspondiam a reconhecimentos irregulares de despesas, totalizando R\$ 65,3 milhões (PT\_08).*

47. *A causa para a não-contabilização em restos a pagar de despesas conhecidas deriva da insuficiência de recursos orçamentários e financeiros. Cita-se, também, a má gestão orçamentária e financeira de exercícios anteriores e as dívidas herdadas desses períodos.*

48. *O reconhecimento irregular de dívidas é mera consequência da má gestão orçamentária e financeira do exercício anterior. Sem esse artifício, o cantinho natural para os credores reaverem seus direitos seria a via judicial.*

49. *Essa prática onera os recursos orçamentários e financeiros do exercício financeiro posterior em detrimento do anterior, perpetuando e agravando os problemas apontados. Distorce, ainda, os registros contábeis, com impactos diretos nos demonstrativos contábeis e fiscais, prejudicando o controle externo, e diminui a transparência dos gastos públicos.*

50. *O atraso ou não-contabilização de despesas, além dos problemas apontados nos achados anteriores, possibilitam a alteração da ordem cronológica de pagamento de despesas, dando margem a possíveis favorecimentos, em afronta aos princípios da legalidade e da impessoalidade que devem reger a Administração Pública. (grifo nosso)*

25. Da transcrição do último parágrafo, vê-se que a prática viola os princípios da legalidade e da impessoalidade e dá margem a negociações escusas entre agentes públicos e fornecedores. Exemplo disso foi verificado no Inquérito nº 650/DF do Superior Tribunal de Justiça, a denominada 'Operação Caixa de Pandora', como bem asseverou o Ministério Público de Contas do DF na Representação nº 11/2009, com cópia às fls. 41/47. (vide trecho às fls. 45).

26. Voltando ao art. 37 da Lei nº 4320/64, expôs-se que existem três situações que fazem surgir as despesas de exercícios anteriores. Duas delas – os restos a pagar com prescrição interrompida e compromissos criados em virtude de lei – não têm dado origem a divergências. A terceira situação, conforme explicação do mencionado Manual Técnico de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, é:

*As despesas que não se tenham processado na época própria são aquelas cujo empenho tenha sido considerado insubsistente e anulado no encerramento do exercício correspondente, mas que, dentro do prazo estabelecido, o credor tenha cumprido sua obrigação. (grifo nosso)*

27. Vê-se que a regra pressupõe o empenho da despesa no exercício correto, porém, mesmo com o credor cumprindo sua obrigação, o empenho foi considerado insubsistente (algo que não tem fundamento ou valor). Evidente que nesses casos o empenho foi indevidamente anulado, porém a lei não poderia deixar descoberto o credor quando eventuais erros nesse sentido fossem cometidos. Certamente não quis a lei acobertar situação em que empenhos de despesas conhecidas, líquidas e certas são deliberadamente cancelados pela Administração ao final do exercício para serem reconhecidos como despesas de exercícios anteriores no exercício seguinte. Muito menos a situação em que tais empenhos sequer são emitidos, como também ocorreu no DF.

28. Sobre isso a Lei nº 4.320/64, anota: "Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho."

29. Importante destacar também o que dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, em seu art. 37, IV:

*Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados:*

*[...]*

*IV - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços.*

30. Pela LRF, a despesa só é considerada regular se atender, ainda, ao disposto em seus artigos 16 e 17, conforme se lê no art. 15 da mesma lei:

*Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.*

31. Os artigos 16 e 17 definem, entre outros pontos, as regras para a criação ou aumento de despesas, quando as despesas serão consideradas adequadas à Lei Orçamentária, as condições para que os empenhos sejam emitidos e ainda que a prorrogação de uma despesa por prazo determinado é considerado aumento de despesa.

32. Segundo a própria LRF, em seu art. 73, a desobediência a essas regras pode ser enquadrada como crime e/ou atos de improbidade, segundo legislação específica que se transcreve a seguir:

**Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**

*Contratação de operação de crédito*

*Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.*

*Ordenação de despesa não autorizada*

*Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos*

*Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*

*Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda*



*patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*

*[...]*

*VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;*

*IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;*

*[...]*

*XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;*

*[...]*

*Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:*

*[...]*

*II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*

33. Portanto, a resposta à primeira pergunta, qual seja 'Em quais casos poderá haver pagamento de despesas de exercícios anteriores?', caminha no sentido de se apontar os dispositivos legais pertinentes e comentados, destacando-se a necessidade de fundamentação no momento do reconhecimento da dívida, justificando esta que, se considerada insatisfatória, poderá levar à responsabilização civil, penal e administrativa dos responsáveis.

### III.2 Do pagamento de despesas sem cobertura contratual

34. Esse é o assunto principal da consulta. No DF, já foram verificados casos em que bens e serviços foram fornecidos à Administração sem cobertura contratual. A prática foi evidenciada no Processo-TCDF nº3985/2009 e objeto de ressalva no Relatório Analítico e Parecer Prévio sobre as Contas de Governo do ano de 2008 .

35. Observa-se que, ao se escrever 'ausência de contrato' e 'despesas sem cobertura contratual' duas situações são abrangidas:

- *inicialmente foi firmado contrato, porém ele não mais é eficaz – porque venceu ou por outro motivo – e os bens ou serviços objetos do contrato continuaram sendo prestados;*
- *não houve qualquer instrumento formal de contrato. Neste caso, certo é que houve algum tipo de ajuste prévio, ainda que verbal, entre agente público e fornecedor.*

36. Na prática, como o fornecimento não está coberto por instrumento formal de contrato, a situação é referida por 'contrato verbal com a Administração'.

37. Sobre o assunto, a LGLC, em seu art. 60, parágrafo único, assevera:

*Art. 60. 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.*

38. José dos Santos Carvalho Filho defende que a nulidade não ocorre só por força de lei, mas também porque ofende os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Celso Antônio Bandeira de Mello bem assevera que é errado dizer que atos nulos não produzem efeitos, quando alguém busca a anulação ou declaração de nulidade de um ato quer justamente combater os efeitos já produzidos ou evitar os que ainda pudessem ocorrer.

39. Sobre as consequências da nulidade do contrato, a LGLC dispõe:

*Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.*

*Parágrafo único. 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.*

40. Quando o contrato nulo ainda não produziu efeitos, a regra é aplicada sem problemas. As divergências surgem quando alguns efeitos já foram produzidos, quando bens ou serviços já foram fornecidos. Nesse caso, do parágrafo único do art. 59 decorrem duas questões: quando a indenização ao contratado será devida e quais despesas deverão compor o valor a ser indenizado.

41. A regra enunciada majoritariamente pela doutrina é que, quando a anulação do contrato ocorrer depois de fornecido o bem ou serviço, aquele que o forneceu deverá ser indenizado pelo que investiu se estava de boa-fé. Se não estava de boa-fé, deverá receber outro tratamento. Destaques para o novo elemento que aparece: a boa-fé. A discussão acerca da boa-fé dos fornecedores será aprofundada na abordagem à terceira questão da consulta, pouco mais adiante.

42. Diógenes Gasparini defende que, quando não houver boa-fé, não haverá direito à indenização, conforme transcrição a seguir:

*A invalidação ou a anulação não outorga ao então beneficiário do ato extinto qualquer direito à indenização, desde que ela ocorra antes de qualquer investimento ou realização de despesas. Esse investimento ou a realização de despesas pode ser anterior e para adquirir o direito ao prescrito pelo ato inválido ou posterior em razão dos efeitos do próprio ato inválido. Parece óbvio que assim seja, pois a invalidação não causou qualquer dano. Diferente será se ocorreu algum investimento ou se alguma despesa foi realizada numa ou noutra das hipóteses mencionadas. Neste caso há que se verificar se o beneficiário do ato estava ou não de boa-fé. Se estava de boa-fé tem direito a uma indenização, caso contrário não tem tal direito. A indenização também tem cabida em relação a terceiros de boa-fé. Estes,*

*quando alcançados pelos efeitos da invalidação, têm esse direito. (grifo nosso)*

43. Lucas Rocha Furtado defende que, ainda quando comprovada a má-fé do particular, lhe assistirá direito à indenização, desde que a atividade resultante do ato nulo tenha gerado algum benefício material para a Administração, sob pena de enriquecimento sem causa do poder público. Assevera que essa indenização não afasta o dever de punir o particular penal, administrativa e civilmente.

44. Marçal Justen Filho segue pelo mesmo caminho. Inova ao dizer que, havendo má-fé do particular, a indenização ao particular será no exato montante do que se aproveitou à Administração, sem qualquer margem de lucro. Se o particular estivesse de boa-fé, a indenização seria de acordo com a proposta formulada, com todos os acréscimos que lhe seriam assegurados se a contratação fosse válida.

45. Na mesma linha é a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Adverte o autor que a má-fé é vício que deve ser provado, mas não presumido liminarmente. Afirma que, mesmo quando o administrado agir de má-fé em conluio com a Administração, terá assegurado o direito de receber pelo que o poder público aproveitou. Destaca que o valor da indenização deverá ser apurado pericialmente e corresponderá à exata vantagem auferida pela Administração, devendo ser expurgados quaisquer lucros e remuneração por aquilo que empreendeu, não sendo devidos ainda prejuízos indiretos em razão da vinculação contratual.

46. Em excelente monografia sobre o assunto, Bandeira de Mello traz a lume outro posicionamento, sugerindo que o administrado, quando age de má-fé e concorre deliberada e maliciosamente para a produção do ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida, assume o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, ou seja, de nada receber pelo que investiu.

47. Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvania Zanella Di Pietro não entram na discussão acerca da boa-fé, dizendo apenas que a anulação do contrato não exonera o poder público do dever de indenizar o contratado pela parte já executada, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

48. Também sem entrar na discussão acerca da boa-fé, Jessé Torres Pereira Júnior utiliza como fundamento a concorrência de culpas e a culpa exclusiva, em trecho que merece transcrição:

*Frise-se que o parágrafo único alude a 'dever de indenizar' e, não, a dever de remunerar. Entenda-se por indenizar o pagamento tão-só do custo do que foi executado pelo contratado, excluída a parcela remuneratória que compõe o preço avençado. A satisfação do custo da prestação afasta o enriquecimento ilícito da Administração; a exclusão do valor remuneratório acompanha o caráter de sanção inerente à nulidade.*

*Ordinariamente, haverá presunção de concorrência de culpas na geração do vício apenado com nulidade, já que, em matéria de contrato, o encontro de vontades inclui o dever, para ambas as partes, de examinar as cláusulas e condições do que estão a contratar, sendo, em princípio, inescusável para ambas a presença do vício.*

*Excepcionalmente, demonstrada a culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado terá direito ao pagamento do preço integral (custo mais remuneração) do que houver executado. (grifo nosso)*

49. Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, comentando a situação em que a dispensa de licitação é consentida irregularmente por preposto da Administração, apontam duas situações principais: se inexistir proveito para a Administração, o fornecedor nada deverá receber por suas despesas; se existir proveito para a Administração e não for possível retornar ao estado anterior, o fornecedor deverá receber reparação com fundamento no art. 37, § 6º, da CF.

50. De todo o exposto, as opiniões da doutrina podem ser divididas em três direções:

- *o particular deverá ser indenizado sempre que incorrer em despesas (Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro);*
- *o particular somente será indenizado quando estiver de boa-fé (Diógenes Gasparini);*
- *o particular, quando de boa-fé, será indenizado integralmente e, quando não estiver de boa-fé, apenas pelo que reverteu à Administração (Lucas Rocha Furtado, Marçal Justen Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello). As doutrinas de Jessé Torres Pereira Júnior e de Lucia Valle Figueiredo com Sérgio Ferraz, mesmo sem abordar a boa-fé, aproximam-se desse entendimento.*

51. Verificou-se que a terceira corrente é a mais defendida e a que recebe abordagem mais aprofundada. A nosso ver, é também a que se revela mais razoável motivo, pelo qual se sugere ao Plenário que a resposta à segunda questão da consulta siga nesse sentido.

### III.3 Quando o administrado age de boa-fé

52. Do que se expôs até o momento, definir se o particular agiu com boa-fé é questão essencial para se definir o montante que lhe será devido em indenização pelo que forneceu sob o manto de contrato nulo. Por isso bastante pertinente a pergunta formulada 'Quando o terceiro poderá ser considerado de boa-fé para fins do eventual pagamento?'. Muitos autores não aprofundam o tema. Alguns se limitam a dizer que a boa fé se presume e a má-fé deve ser provada.

53. Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o contrato administrativo e o dever de boa-fé, leciona que, no contrato administrativo, as partes estão submetidas a certas pautas. O Poder Público deve buscar exclusivamente o interesse público que permeou o ajuste e para isso lhe são conferidos poderes. O particular deve cumprir com rigor e lealdade as obrigações assumidas de modo a alcançar a pretensão econômica buscada.

54. Raquel Melo Urbano de Carvalho faz crítica interessante à teoria de que, em nome dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, a invalidação de atos viciados restritivos não pode retroagir:

*A crítica que se faz a esta teoria é que, em última instância, o que se sacrifica é o interesse público primário. A sociedade, para ver a juridicidade preservada, obriga-se a pagar, por meio do Estado, aquilo que é devido ao terceiro prejudicado com um vício administrativo insanável. Não há dúvida de que esta é uma premissa intocável e irrepreensível do Estado*

*Democrático de Direito. O que não se compreende é porque esta mesma sociedade, em contrapartida, não tem direito a ver devolvido aquilo que a Administração, em conduta viciada de modo incorrigível à luz do ordenamento, pagou a um terceiro, beneficiado indevidamente por grave ilegalidade, tendo em vista que não se logrou comprovar a presença de má-fé.*

*Neste ponto, cumpre reconhecer a dificuldade de colacionar elementos que formem um juízo seguro de eventual má-fé daquele que se relaciona com a Administração, principalmente subjetiva. Isso porque, no Direito Administrativo pátrio, ainda é arraigada a compreensão da má-fé sob o prisma exclusivamente subjetivo. Assim, investiga-se somente o aspecto anímico do agente, vale dizer, a sua intenção. São raríssimas as situações em que elementos desta má-fé subjetiva são evidenciados de forma coesa e convincente. Na prática, a regra passa a ser a de que, se o ato viciado é restritivo de direito, a invalidação deixa incólume todas as consequências da ilegalidade até o momento da extinção subsequente, com flagrante prejuízo dos interesses, inclusive econômicos, da sociedade. (grifo nosso)*

55. A autora destaca, portanto, a dificuldade que há em se provar a má-fé nos casos concretos, fazendo com que, na prática, atos praticados contra as disposições legais acabem recebendo o mesmo tratamento de atos juridicamente regulares.

56. Ora, realmente não parece razoável a situação: de um lado há uma Lei de Licitações, diretamente ligada aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, determinando que, em regra, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a administração; de outro lado, há entendimento que, mesmo sem instrumento contratual, o particular que fornecer bens, serviços, obras para a Administração terá o direito de receber por tudo aquilo que forneceu, pois se presume a sua boa-fé.

57. Ocorre que, como bem ponderou a autora, a má-fé normalmente é analisada sobre um prisma subjetivo e sua prova é difícil para a Administração. Diante disso, o particular sempre é considerado de boa-fé e, portanto, recebe por tudo que forneceu, sem qualquer diferença para a contratação realizada sob os ditames legais. Verdadeira distorção de valores que incentiva a prática de ilícitos.

58. Para combater a situação descrita, a solução é privilegiar a boa-fé em um prisma objetivo em detrimento da má-fé em um prisma subjetivo.

59. O art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC dispõe: “ Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

60. Marçal Justen Filho, muito apropriadamente, comenta a regra do art. 60 e seu parágrafo único da LGLC:

*A ausência de forma escrita acarreta a nulidade do contrato, que não produzirá efeito algum (excetuada a hipótese referida no parágrafo único). O tratamento legal severo também se destina a reprimir atuações indevidas e ilícitas. O terceiro não poderá arguir boa-fé ou ignorância acerca da regra legal. Se aderir com contratação verbal, arcará com as consequências. (grifo nosso)*

61. Nesse sentido, vale citar a doutrina do autor português Antônio Menezes Cordeiro, que realizou profundo estudo sobre a boa-fé, desde sua origem na fides do Direito Romano até os dias atuais, analisando as acepções que foi adquirindo e os diferentes destinos em cada cultura jurídica, em especial a divisão entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

62. Na França, o autor comenta a boa-fé no Código de Napoleão:

*O Código Napoleão, fiel às tradições em que assentou, consagrou a boa fé com duas acepções: o alcance subjectivo, pelo qual a boa fé corresponde a um estado de ignorância do sujeito, que merece, do Direito, a concessão de um regime mais favorável e o alcance objectivo, de cariz jusracionalista, em cujos termos a boa fé reforça o vínculo contratual. A evolução subsequente daria conteúdo, apenas, à primeira versão. A boa fé objectiva, tollida pela fraqueza do seu uso contratual e bloqueada pela incapacidade da doutrina francesa em elevar-se seja acima da exegese, seja acima da sistemática central, perdeu-se, não tendo conteúdo útil e não dando lugar, até aos nossos dias, a quaisquer soluções particulares.*

63. Ao comentar o Código alemão, o autor afirma que, naquele país, o caminho seguido foi outro:

*O Código alemão, na sequência, também, das suas raízes, deu uma dupla dimensão à boa fé. Em sentido subjectivo (guter Glaube) ela exprime a não-consciência de prejudicar outrem; em sentido objectivo (Treue und Glaube) ela corporiza-se numa regra de conduta, a observar pelas pessoas no cumprimento das suas obrigações. Posteriormente, assistiu-se a uma aplicação prática intensa de ambos os termos e a um enorme desenvolvimento do segundo. Na linha possibilitada por uma Ciência jurídica sensível às realidades e capaz – através dos mecanismos da sistemática integrada – de alterar, em função delas, o próprio sistema, a boa fé esteve na base de praticamente todas as inovações jurídicas verificadas, no Direito civil, nos últimos cem anos. (grifo nosso)*

64. Depois passa a abordar o Direito Português, no qual, a exemplo do Francês, prevalece a concepção subjetiva. O autor divide então a boa-fé subjetiva em uma concepção psicológica e outra ética:

*A boa fé subjectiva podia ser usada em dois sentidos diversos:*

– *um sentido puramente psicológico: estaria de boa fé quem pura e simplesmente desconhecesse certo facto ou estado de coisas, por muito obvio que fosse;*

– *um sentido ético: só estaria de boa fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposo; noutras termos: é considerada de má fé a pessoa que, com culpa, desconheça aquilo que deveria conhecer. (grifo nosso)*

65. Percebe-se que a boa-fé subjetiva em sentido ético se aproxima bastante da boa-fé objetiva. A seguir o autor discorre sobre os argumentos que dão suporte ao uso da concepção ética:

– *a juridicidade do sistema: o Direito não associa consequências a puras casualidades como o ter ou não conhecimento de ocorrência; o Direito pretende intervir nas relações sociais; ora, ao lidar com uma boa fé subjectiva ética ele está, de modo implícito, a incentivar o acatamento de deveres de cuidado e de diligência;*

– *a adequação do sistema: uma concepção puramente psicológica de boa fé equivale a premiar os ignorantes, os distraídos e egoístas, que desconheçam*

*mesmo o mais evidente: paralelamente, ir-se-ia penalizar os diligentes, os dedicados e os argutos, que se aperceberiam do que escapa ao cidadão comum;*

*– a praticabilidade do sistema: não é possível (nem desejável) provar o que se passa no espírito das pessoas; assim e em última análise, nunca se poderá demonstrar que alguém conhecia ou não certo facto; apenas se poderá provar que o sujeito considerado, dados os factos disponíveis, ou sabia ou devia saber: em qualquer das hipóteses, há má fé.*

66. Ao final, conclui:

*Por tal via, chegamos à solução de que a boa fé subjectiva é, entre nós, sempre ética: só pode invocar boa fé quem, sem culpa, desconheça certa ocorrência. (grifo nosso)*

67. A título de informação, a boa-fé em uma perspectiva objetiva já é aplicada aos contratos regidos pelo Novo Código Civil Brasileiro, por força de seu art. 422, *verbis*:

*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

68. A aplicação dessa concepção ética ao caso tratado na presente consulta revela-se bastante razoável e soluciona a situação comentada. Desse modo, o fornecedor não poderá alegar boa-fé para ser indenizado por todas as despesas que houver incorrido, pois sabia ou devia saber da vedação legal aos contratos verbais com a Administração (Lei nº 8.666/93, art. 60, par. único).

69. Assim, o fornecedor saberá que, ao prestar serviços ou vender bens para a Administração mediante contrato verbal (sem contrato formal ou com o contrato vencido) não terá direito, via de regra, a ser remunerado com lucros e por outras despesas que não aquelas que reverteram em proveito para a Administração.

70. Para isso, convém que a Administração se abstenha de realizar o pagamento até que o montante exato devido ao fornecedor seja apurado e comprovado, por meio de processo administrativo ou judicial.

71. Entende-se que essa postura inibirá a prática atualmente corriqueira de contratos verbais, promoverá o atendimento aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade e enfraquecerá eventual argumentação acerca de enriquecimento ilícito da Administração.

#### III.4 Jurisprudência

72. Antes de procedermos às sugestões de respostas à consulta, cumpre expor entendimentos do tema por alguns órgãos públicos.

73. O assunto já foi abordado em processos no TCDF. Citam-se duas decisões recentes, nas quais o Tribunal, considerando ilegal a realização de despesas sem cobertura contratual, agiu no sentido de responsabilizar os agentes causadores:

*II. aproxar o acórdão apresentado pelo Relator aplicando ao responsável indicado no item anterior a multa prevista no artigo 57, incisos II, da Lei Complementar nº 1/94, c/c o artigo 182, inciso I, do R/TCDF, haja vista a realização de despesas sem cobertura contratual, descumprindo a*

legislação de regência, em especial o artigo 60 da Lei nº 4.320/64, o artigo 40 do Decreto Distrital nº 16.098/94 e o artigo 60 da Lei 8.666/93; (Decisão nº 2097/2010, Rel. Conselheiro Ronaldo Costa Couto, julgado em 6 de maio de 2010) – grifo nosso.

IV. Autorizar a audiência, para apresentação de justificativas no prazo de 15 (quinze) dias:

b) do senhor referido nos parágrafos 34 e 35 do Parecer nº 227/2010-DA, por não ter adotado as medidas necessárias para substituição do contrato que estava com o prazo de vigência próximo do final, dando causa ao pagamento de despesas sem cobertura contratual, bem como pelo pagamento dos serviços sem cobertura contratual, contrário ao disposto nos arts. 60 da Lei de Licitações, 60 da Lei nº 4.320/64 e 40 do Decreto Distrital nº 16.098/94; – grifo nosso.

(Decisão nº 1474/2010, Rel. Conselheiro Ronaldo Costa Couto, julgado em 8 de abril de 2010)

74. Para evitar que situações de fato sejam juridicamente simuladas com o cumprimento anterior de formalidades, a Súmula do TCDF contém enunciado nos seguintes termos:

SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA DO TCDF - ENUNCIADO Nº 02: *Comênios e Contratos; Efeito retroativo; Inadmissibilidade. Não é admissível a retroatividade de comênios e contratos.*

75. No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, há julgado, transcrito a seguir, aplicando toda a doutrina antes comentada, no sentido de que o particular não pode alegar a boa-fé quando presta serviços sem cobertura contratual para a Administração. Vê-se no julgado, ainda, que o particular não conseguiu comprovar a alegada prestação dos serviços (portanto, o proveito revertido à Administração), motivo pelo qual foi considerado improcedente o pedido de cobrança:

ADMINISTRATIVO. COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. APELAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJLIÇÃO. TÉRMINO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE. MÁ-FÉ. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURAÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de não-conhecimento da apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração, por intempestividade. Os embargos opostos pelo réu não versaram sobre a matéria objeto da apelação nem foram acolhidos pelo Juízo a quo. II - A empresa conhecia o procedimento licitatório e o processo de contratação dele decorrente. Portanto, tinha ciência de que, após o término da vigência do contrato administrativo, em 15/11/06, não poderia dar continuidade à prestação do serviço de vigilância, por falta de amparo contratual e legal que justifique a Administração pagar vultosos valores não-convencionados. III - O dever de indenizar, imposto à Administração Pública em razão da proibição de enriquecimento ilícito, não se configura quando há violação ao princípio da moralidade e falta de prova da alegada prestação de serviços.

IV - Apelação do Distrito Federal e remessa oficial providas para julgar improcedente o pedido de cobrança. Apelo da autora julgado prejudicado.



(20070110383185APC, Relatora VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível, julgado em 03/12/2008, DJ 12/01/2009 p. 51) – Grifo nosso.

76. O problema não se limita ao Distrito Federal. Sobre a realização de despesas sem cobertura contratual, o Tribunal de Contas da União já decidiu:

*Cumpra o art. 60 c/c o art. 62 da Lei nº 8.666/1993, deixando de aceitar a execução de serviço sem cobertura contratual (...). (Acórdão 251/2005 Plenário)*

*Abstenha-se de celebrar contratos com efeitos retroativos, evitando o risco de simulação de cumprimento anterior de formalidades, em desrespeito ao disposto nos artigos 60 e 61 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 1077/2004 Segunda Câmara)*

77. Dada a relevância do assunto, a Advocacia-Geral da União chegou a emitir orientação para casos de despesas sem cobertura contratual destacando a necessidade de se apurar eventuais responsabilidades:

*A despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lher der caus. (Orientação Normativa nº 4, de 12 de abril de 2009)*

78. O STJ também já foi instado a se manifestar. No acórdão abaixo, reconhece a nulidade de contrato verbal com a Administração e a necessidade de se indenizar o particular, o que deve ser feito, destaca-se, na via judicial adequada:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE PRÉSCRITO. CONTRATO VERBAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. TRANSPORTE. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO E PRÉVIO EMPENHO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59, § 4º, DA LEI 4.320/64, 59 E 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. OCORRÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DE ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 37, XXI). FINALIDADE (LEI 8.666/93, ART. 3º). FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REGRA GERAL: CONTRATO ESCRITO (LEI 8.666/93, ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO). INOBSERVÂNCIA DA FORMA LEGAL. EFEITOS. NULIDADE. EFICÁCIA RETROATIVA (LEI 8.666/93, ART. 59, PARÁGRAFO ÚNICO). APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO FINANCEIRO. PROVIMENTO.

1. Da análise do acórdão recorrido, verifica-se que não há dúvidas quanto à existência do contrato verbal de prestação de serviços celebrado entre o Município de Morretes/PR e a Viação Estrela de Ouro Ltda, bem como do cheque emitido e não-pago pela municipalidade a título de contraprestação pelo arrendamento de três ônibus efetivamente utilizados no transporte coletivo. Nesse contexto, a questão controvertida consiste em saber se, à luz das normas e princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, é válido e eficaz o contrato administrativo verbal de prestação de serviço firmado.

2. No ordenamento jurídico em vigor, a contratação de obras, serviços, compras e alienações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da administração pública

indireta, está subordinada ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação pública, no escopo de assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa (CF/88, art. 37, XXI; Lei 8.666/93, arts. 1º, 2º e 3º).

3. Além disso, a Lei 8.666/93, na seção que trata da formalização dos contratos administrativos, prevê, no seu art. 60, parágrafo único, a regra geral de que o contrato será formalizado por escrito, qualificando como nulo e ineficaz o contrato verbal celebrado com o Poder Público, ressalvadas as pequenas compras de pronto pagamento, exceção que não alcança o caso concreto.

4. Por outro lado, o contrato em exame não atende às normas de Direito Financeiro previstas na Lei 4.320/64, especificamente a exigência de prévio empenho para realização de despesa pública (art. 60) e a emissão da 'nota de empenho' que indicará o nome do credor, a importância da despesa e a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61). A inobservância dessa forma legal gera a nulidade do ato (art. 59, § 4º).

5. Por todas essas razões, o contrato administrativo verbal de prestação de serviços de transporte não-precedido de licitação e prévio empenho é nulo, pois vai de encontro às regras e princípios constitucionais, notadamente a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público.

6. No regime jurídico dos contratos administrativos nulos, a declaração de nulidade opera eficácia ex tunc, ou seja, retroativamente, não exonerando, porém, a Administração do dever de indenizar o contratado (Lei 8.666/93, art. 59, parágrafo único), o que, todavia, deve ser buscado na via judicial adequada.

7. Recurso especial provido. (REsp 545471/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, 1ª Turma, julgado em 23/08/2005, DJ 19/09/2005 p. 187) – Grifo nosso.

79. Em outro acórdão, o STJ corrobora o entendimento de instância inferior de que não há boa-fé quando o particular presta serviços mediante contratos verbais não precedidos de licitação.

ADMINISTRATIVO. CONTRATO VERBAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA JULGADA IMPROCEDENTE. BOA-FÉ AFASTADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE LICITAÇÕES.

I - Consta do acórdão recorrido inexistir boa-fé na atitude da empresa agravante, de contratar com o serviço público sem licitação e por meio de contrato verbal. Eis o trecho nele transcrito: '(...) não há elementos que autorizem o conhecimento da boa-fé da Autora, uma vez que estava ciente de que as contratações deveriam ser precedidas de licitação, pelo que se deduz da prova testemunhal, ou pelo menos de justificativa prévia e escrita de dispensa ou possibilidade de licitação, em face do disposto no art. 26 da Lei de Licitações'. (fls. 506).

II - Assim sendo, na esteira da jurisprudência desta colenda Corte, ante a única interpretação possível do disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, 'é nulo o contrato administrativo verbal' e, ainda que assim não fosse, é nulo 'pois vai de encontro às regras e princípios

*constitucionais, notadamente a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público'. A propósito, confira-se, dentre outros: REsp 545471/PR, Primeira Turma, DJ de 19.09.2005.*

*III - Outrossim, é de se relexar não ser cognoscível o recurso especial, relativamente à matéria contida no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8666/93, haja vista não ter sido objeto de julgamento pelo acórdão a quo, inexistindo, portanto, o prequestionamento.*

*IV - Agravo regimental improvido. (AgRg no RFsp 915697 / PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, julgado em 3/05/2007, DJ 24/05/2007 p. 338)*

#### IV - DA RESPOSTA À CONSULTA

80. Ante o exposto, sugere-se ao Plenário:

I. tomar conhecimento da Consulta formulada pelo Procurador-Geral do Distrito Federal, dos documentos anexos e da presente Informação;

II. deliberar pela admissibilidade da Consulta, nos termos propostos pela Informação;

III. informar ao Procurador-Geral do Distrito Federal que:

a) o pagamento de despesas de exercícios anteriores efetuados pelos órgãos e entidades incluídos nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social deverá respeitar o que dispõe a legislação a respeito, em especial os arts. 37 e 63, da Lei nº 4.320/64 e os arts. 80 e 81, do Decreto nº 16.098/94, destacando que a fundamentação insuficiente ou impertinente no ato de reconhecimento de dívida poderá levar à responsabilização civil, penal e administrativa dos responsáveis;

b) o fornecimento de serviços, obras e bens sem cobertura contratual, fora das hipóteses ressalvadas em lei, dará ao fornecedor o direito a ser indenizado somente pelo que aproveitou à Administração, retirando-se quaisquer lucros ou ressarcimentos pelos demais gastos, sem prejuízo de responsabilização do gestor que der causa à despesa em desconformidade com a lei;

c) não poderá alegar boa-fé o particular que fornece bens, obras ou serviços sem respeitar disposição legal vigente, em especial o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93;

IV. autorizar o encaminhamento de cópia da presente informação ao Procurador-Geral do Distrito Federal;

V. dar ciência da Decisão proferida a todas as jurisdicionadas.

Os autos foram ao MPJTCDF que, nos termos consubstanciados no Parecer nº 1190/2010-MF, fls. 82 e ss., chega às seguintes conclusões e proposições:

#### III - DAS CONCLUSÕES

44. Por todo o exposto, conclui-se que o e. TCDF poderá firmar o seguinte entendimento quanto aos assuntos abordados na consulta em apreço:

- a) o pagamento de despesas de exercícios anteriores, ainda que possível, é medida excepcionalíssima, que somente poderá ser efetivada pelos órgãos e entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, em consonância com o que dispõe a legislação a respeito, em especial os arts. 37 e 63, da Lei nº 4.320/64 e os arts. 80 e 81, do Decreto nº 16.098/94, destacando que a fundamentação insuficiente ou impertinente no ato de reconhecimento de dívida poderá levar à responsabilização civil, penal e administrativa dos responsáveis;
- b) é nula de pleno direito e de nenhum efeito a despesa incorrida sem lastro contratual, em consonância com o disposto no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.
- c) o particular que fornece bens, obras ou serviços sem a existência de contrato formal com a Administração, com as ressalvas do art. 62 da Lei nº 8.666/93, não poderá alegar boa-fé e, portanto, não terá o direito à indenização a que se refere o art. 59, parágrafo único, da Lei de Licitações.

#### IV – DAS PROPOSIÇÕES

45. Pelo exposto, lamentando dissentir em parte do corpo técnico, entende o Parquet que o E. TCDF deve:

#### I - firmar os seguintes entendimentos:

- a) o pagamento de despesas de exercícios anteriores, ainda que possível, é medida excepcionalíssima, que somente poderá ser efetivada pelos órgãos e entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, em consonância com o que dispõe a legislação a respeito, em especial os arts. 37 e 63, da Lei nº 4.320/64 e os arts. 80 e 81, do Decreto nº 16.098/94, destacando que a fundamentação insuficiente ou impertinente no ato de reconhecimento de dívida poderá levar à responsabilização civil, penal e administrativa dos responsáveis;
- b) é nula de pleno direito e de nenhum efeito a despesa incorrida sem lastro contratual, em consonância com o disposto no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.
- c) o particular que fornece bens, obras ou serviços sem a existência de um contrato formal com a Administração, com as ressalvas do art. 62 da Lei nº 8.666/93, não poderá alegar boa-fé e, portanto, não terá o direito à indenização a que se refere o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações.

#### II - alertar aos jurisdicionados que esta Corte de Contas poderá:

- a) promover a responsabilização de servidores pelo reconhecimento irregular de dívida de exercício anterior, ou seja, que não atenda ao disposto no art. 80 do Decreto nº 16.098/94, conforme a interpretação dada neste autos;
- b) promover, para fins de ressarcimento, a responsabilização por pagamentos irregulares das despesas a que se refere a alínea anterior.

III - autorizar o encaminhamento de cópia da presente informação ao Procurador-Geral do Distrito Federal e à Câmara Legislativa do Distrito Federal, em face das conclusões e recomendações constantes do Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Codeplan;

IV - dar ciência da Decisão proferida a todas as jurisdicionadas.

É o relatório.

## VOTO

As questões estruturadas pela PGDF na consulta em tela são as seguintes:

a) *“Em quais casos poderá haver pagamento de despesas de exercícios anteriores?”*

b) *“Nos casos de ausência de contrato, é possível tal pagamento?”*

c) *“Quando o terceiro poderá ser considerado de boa-fé para fins de eventual pagamento?”*

No que toca ao primeiro desses questionamentos, os Órgãos Técnico e Ministerial formulam conclusões não discrepantes entre si, tampouco divergem da doutrina e jurisprudência dominante.

Entendo despidianda, no ponto, todavia, a alusão feita pelo MPJTCDF quanto a “excepcionalidade” dos pagamentos de despesas de exercícios anteriores, conquanto tal desembolso decorra de expressa previsão legal e normativa, conforme indicado pela Instrução. A questão proposta na alínea “b” resultou em divergência entre a Instrução e o Órgão Ministerial apenas no tocante à possibilidade de indenização. Entendo que, também nesse ponto, as soluções engendradas em ambos os opinativos não significam contraposição absoluta na matéria de fundo, vez que a hipótese aventada pela Inspetoria – de indenização –, encontra respaldo na própria legislação de regência.

Sendo assim, embora confira uma redação afirmativa à resposta a ser remetida à Jurisdicionada, não divirjo, no essencial, dos pronunciamentos referidos.

Por fim, em que pese aos doutos estudos formulados pela Instrução e pelo MPJTCDF, não vislumbro como, de antemão, poder-se-ia criar cenário em que a boa fé estivesse, desde logo, afastada. Exceto, obviamente, nos comportamentos manifestamente dolosos. Mesmo nesse último caso, todavia, a comprovação do dolo exige análise dos fatos, o que apenas reforça minha convicção.

Diante do exposto, acolhendo parcialmente as conclusões dos Órgãos Técnico e Ministerial, VOTO por que o egrégio Plenário:

I. tome conhecimento da Consulta formulada pelo Procurador-Geral do Distrito Federal, dos documentos

anexos e da presente Informação;

II. informe ao Procurador-Geral do Distrito Federal que:

a) o pagamento de despesas de exercícios anteriores efetuados pelos órgãos e entidades incluídos nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social deverá respeitar o que dispõe a legislação a respeito, em especial os arts. 37 e 63 da Lei nº 4.320/64 e os arts. 80 e 81 do Decreto nº 16.098/94;

b) é possível o pagamento de despesas sem cobertura contratual, desde que observadas a regra do art. 60, parágrafo único, e do art. 62, ambos da Lei nº 8.666/1993;

c) a boa fé do particular que fornece bens, obras ou serviços deve ser aquilatada diante dos fatos que constituem o caso concreto;

III. autorize:

a) o encaminhamento de cópia do relatório/voto do relator e da presente decisão ao Procurador-Geral do Distrito Federal e às demais jurisdicionadas;

b) o arquivamento dos autos.

---

**Processo nº 17.709/2010**  
**Decisão nº 437/2011**