

Manual prático do reconhecimento de dívida pelo Poder Público

Breve introdução ao tema

A contratação pelo Poder Público de serviços de terceiros, estranhos aos seus quadros, é uma realidade cada vez mais crescente, da mesma forma que a compra de produtos, materiais e insumos, para utilização pelos entes da Federação, também vem crescendo dia após dia. Tornando a administração um importante comprador, que pode alavancar mercados e promover o desenvolvimento. Um dos programas de obras do Governo Federal, por este motivo, recebeu o nome de **programa de Aceleração do Crescimento**, que se dá, pela feitura das obras e pelo aquecimento do mercado que fornecedor. Uma obra de grande porte gera empregos, aquece a economia e dividendos para o Brasil.

As contratações públicas, de serviços e a compra de produtos, obrigatoriamente se dão por meio da **Lei de Licitações**, que tem o número 8.666, de 21 de junho de 1993. Ela e algumas outras, são as normas legais para que se efetive a contratação pelo Poder Público de terceiros, estranhos aos seus quadros permanentes, para realizarem essas tarefas, que, na maioria dos casos, têm caráter temporário ou não permanentes

A licitação é a regra. A não licitação, a exceção. E nós vamos trabalhar nesse texto com a exceção da exceção, que é a prestação de serviços, ao Poder Público, não derivada de contrato ou derivada de um contrato que já expirou e não pode ser renovado, por seu término e pelo término das hipóteses de prorrogações ou aditivos. O tema é tratado em poucos estudos e tem jurisprudência diminuta, inclusive nos tribunais de contas, que são especializados. As regras legais aplicáveis à matéria também são esparsas. De onde se extrai, que urge uma regulamentação legal dessa modalidade de indenização, ao particular, pelo Poder Público, por um serviço que prestou ou por um produto que forneceu, sem a devida cobertura contratual.

A fundamentação desse texto é baseada em pesquisas nos tribunais, decisões do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado

do Rio de Janeiro. E na legislação que amparará nossa tese, especialmente a **lei de licitações** e a lei de contabilidade pública e orçamento.

A caracterização do problema do reconhecimento de dívida e sua prática constante na administração pública brasileira.

A situação é muito mais comum na vida da administração pública do que se pode imaginar. E alguns fatores contribuem para isso: o principal fator que contribui para a realização de prestação de serviços e da realização de compras sem contrato, por incrível que possa parecer, é o despreparo do gestor público para realizar compras e contratações. A falta de habilidade na aplicação da legislação de compras e contratos, a burocracia e até a falta de planejamento da gestão pública brasileira, contribuem para grande parte das ocorrências.

O gestor, na maioria das vezes, busca alternativas para suprir esse problema, mas ocorre, em grande quantidade de casos, perdas por parte do fornecedor, que presta serviços ou entrega produtos ao ente e este não o remunera, até por falta de uma legislação objetiva tratando da matéria.

O texto presente quer mostrar a ocorrência do problema, a falta de legislação aplicável, que acaba por prejudicar os atores envolvidos e os prejuízos, o dano causado a empresários e potenciais fornecedores, sob o manto do enriquecimento indevido da Administração, que obtém o benefício daquele serviço ou produto e não remunera o prestador e pretendo contratante.

Apenas para fortalecer esse argumento, de que o problema do fornecimento sem contrato é muito grande, vamos usar um estudo feito pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), no ano de 2007, por meio de sua Corregedoria, que informa o seguinte:

No dia 30 de novembro de 2007 haviam 330 (trezentos e trinta) processos de reconhecimento de dívida em análise naquele órgão, que totalizavam a quantia correspondente a R\$ 144.748.271, 89 (cento e quarenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e oito mil, duzentos e setenta e um reais e oitenta e nove centavos). Desses, 97 (noventa e sete) correspondiam a pagamento de obras e serviços de engenharia e 233 (duzentos e trinta e três)

tratavam de pagamento de serviços essenciais, tais como água, luz, telefone e outros.

Segundo a Corregedoria do DNIT, *“em termos financeiros, seja no tocante a obras e serviços de engenharia, seja em relação a serviços essenciais, 75% do montante (R\$ 108.620.285,96) refere-se às despesas efetuadas sem empenho, e 25% (R\$ 36.127.985,93), às despesas realizadas sem contrato.”*

Já em relação ao número de processos, segundo o estudo, **69% do total, correspondem a obras e serviços prestados sem cobertura contratual.** Concluindo que, a quantidade de processos sem empenho foi menor, ainda que os valores devidos sejam significativamente maiores do que aqueles relativos aos processos sem contrato, mais numerosos.

Já um estudo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ), numa auditoria realizada na prefeitura municipal de Mesquita, em contrato com determinada cooperativa de saúde, detectou que além do contrato com esta prestadora de serviços, que atendia ao SUS, outros 110 procedimentos de pagamento de serviços sem cobertura contratual foram encontrados. A manifestação do TCE/RJ diante de tal constatação foi de que os 111 processos confirmam *“ser prática usual da Administração Municipal a utilização de Termo de Reconhecimento de Dívida, o que deveria ser uma exceção para casos especialíssimos”*(processo TCE/RJ nº 205.591-4/07 – Conselheiro José Gomes Graciosa).

Diante disso, na análise dos casos, o primeiro pressuposto subjetivo que deve ser analisado é a excepcionalidade da situação. No caso da prefeitura fluminense, segundo constatou o TCE/RJ, ocorreu a prática da banalização na utilização do instituto legal, com inúmeros processos, alguns sequenciais, protegidos sob o manto do reconhecimento de dívida, isentos que foram de procedimentos licitatórios em sua grande maioria.

O outro aspecto subjetivo que deve ser acrescido, é a boa-fé do pretensor fornecedor ou prestador de serviço. Inconcebível admitir-se que o beneficiário do reconhecimento tenha agido de má-fé, sabendo inexistente ou nulo o contrato, manteve a prestação de serviços ou a entrega do bem.

Extrai-se da lei, esse conceito de necessidade da boa-fé, especialmente da segunda parte do **parágrafo único** do artigo 59 da Lei nº 8666/93:

*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.*

Nesse sentido é uma Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 04/2009 (AGU): “A *despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, **parágrafo único**, da Lei nº 8.666, de 1993, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe deu causa.*”

E aqui entra o terceiro elemento subjetivo, qual seja, a apuração das responsabilidades de quem deu causa à prática de obter a prestação de serviços ou a compra, sem a devida cobertura contratual. O pagamento dos valores devidos sem cobertura de contrato válido, exigem a apuração das responsabilidades.

De forma até didática, o estudo do DNIT subdivide a prática do reconhecimento de dívida em duas vertentes, que são a execução de despesa sem cobertura contratual e a execução de despesa sem o empenho prévio exigido no artigo 60, da Lei Federal nº 4320/64. Nosso texto vai tratar somente do primeiro caso, que é o ressarcimento do particular que forneceu bens ou produtos e que prestou serviços, sem o contrato prévio ou sob o manto de contrato prévio nulo. Deixemos para outra ocasião a análise da afronta ao artigo 60, que é aquela contratação regular, mas despida do elemento empenho prévio no ato do pagamento. São situações distintas, no entender pessoal nosso.

Note-se que uma administração com maior preparo técnico, na grande maioria dos casos, teria elementos na própria **lei de licitações**, para não praticar tais atos, utilizando-se dos inúmeros permissivos legais que preveem o contrato emergencial e serviriam para suprir lacunas de períodos em que inexistisse outra forma de promover a devida cobertura contratual para abrigar o fornecimento ou a prestação de serviços.

A legislação, a jurisprudência e a doutrina aplicável à matéria

Algumas normas são usadas no presente estudo. Vamos dar ênfase ao **texto constitucional**, à norma da **lei de licitações** e da lei de contabilidade pública. Partindo dessas, chegaremos à jurisprudência dos tribunais especializados e à doutrina.

Deve-se delimitar o estudo em três esferas básicas:

1. Todo fornecimento ou prestação de serviços feito por particulares ao Poder Público, obrigatoriamente deve ser precedido de procedimento de licitação, quando inviável ou inexigível, deve-se adotar os preceitos da **lei de licitações**;
2. O reconhecimento de dívida é, na verdade, a caracterização do ressarcimento, ao particular, pelo Poder Público, para que este, tomador dos serviços ou que obteve, para si, um bem ou produto, não enriqueça ilícitamente.
3. O reconhecimento de dívida não é um contrato novo. A situação que ele suprirá não se pode confundir com contrato, é, na verdade um NÃO contrato, situação anômala e extraordinária e, acrescente-se, excepcionalíssima.

Da **Constituição Federal**:

Artigo 37 - XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Claro é que a licitação é a regra, as exceções ou a não licitação, que são a contratação emergencial, para os casos que a lei permite e quando ocorre a inexigibilidade da licitação, também com casos tratados na lei. Fora isso, é dever do administrador público licitar.

Da **Lei de Licitações**:

O artigo 60, da Lei nº 8666/93, fixa as regras basilares para a perfeita organização dos contratos, inclusive seu arquivamento e regularidade. O contrato é obrigatório nas relações obrigacionais entre o Poder Público e o

particular. Nele estão inseridas as obrigações de cada parte, o tempo de realização, a forma de pagamento e até as penalidades por seu descumprimento. O contrato, originado num procedimento licitatório, tem regras claras de início e fim e o fundamento principal do seu fim é a existência de crédito orçamentário reservado, no caso, empenho.

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.

Não se admite, como previsto na norma analisada, o contrato verbal, firmado para fins de atendimento da administração pública. É o que está inserto no princípio da formalidade. Os atos administrativos devem ser formais, escritos e precedidos de rigoroso processo de seleção do melhor prestador de serviço ou fornecedor, no caso, a licitação que cumpre esse papel.

Mas a obrigatoriedade da licitação, confirmando o **texto constitucional**, consta do artigo 2º - “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

A licitação é a regra, pois nela é que constarão as condições em que o administrador público pretende contratar, não por sua vontade, mas adequando-se o edital ao que a administração necessita. Fora disso é exceção.

Da Lei nº 4.320/63:

Essa norma, que estatui regras de direito financeiro, no âmbito do Poder Público Nacional, tem importância ímpar, ao analisar-se o pagamento

(liquidação) das despesas contraídas pelo ente administrativo. Denota-se que o contrato é um dos pressupostos para que se admita a liquidação, conforme dispõe o artigo 63, § 2º de seu texto:

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.

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

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

Depreende-se aqui a mera possibilidade de efetivar-se o pagamento por ajuste ou acordo respectivo, in casu, incluir-se-ia o reconhecimento de dívida numa hipótese de AJUSTE, daí justifica-se que alguns chamam, o reconhecimento, de ajuste de contas, o que, em nosso entendimento, não é o mais apropriado.

O ajuste ou reconhecimento, não são substitutivos do contrato, que é a regra, mas hipótese meramente formal, prevista em lei, de uma situação excepcional, como dito anteriormente. E a própria excepcionalidade é uma característica exigida para a formalidade regular do ato. O desvirtuamento, a excessiva prática do reconhecimento, por si só, são capazes de caracterizar a irregularidade do reconhecimento, mesmo que os demais requisitos de sua formalidade, se é que ela existe, possam existir de forma conjunta.

E os tribunais especializados vêm, reiteradamente, repetindo isso, ou seja, que o abuso demonstra que não é uma situação excepcional aceitável. Pois estaríamos, no caso, substituindo a licitação, o cumprimento das formalidades da lei, por outra espécie de remuneração ou de assunção de obrigação pelo Poder Público. Seria uma verdadeira burla à [lei de licitações](#), que é até punível como ação criminosa, conforme dispõe o artigo 89, da Lei nº 8666/93 (Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa).

Mas o permissivo para o reconhecimento vem da própria Lei nº 4320/64, em seu artigo 37:

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

Aqui a lei fala em despesa RECONHECIDA após o encerramento do exercício. A norma abre a hipótese de liquidação de despesa, pelo ente estatal, mesmo inexistente o empenho e o contrato formal.

Nascem daqui os entendimentos que darão formatação ao ato de reconhecimento, objeto desse nosso texto, conforme veremos adiante, ao demonstrarmos, na prática, como ele se realiza, considerando os elementos já ditos, com destaque para a exigência de apuração do responsável que lhe deu causa, a boa-fé do fornecedor ou prestador de serviço e, obviamente, a boa-fé do gestor público, a formalização e o reconhecimento, pelo Poder Público, de que o produto foi entregue ou o serviço foi prestado a contento, atendendo aos requisitos que o produto ou serviço exigir. Que fique claro que não basta a caracterização da entrega ou prestação de serviços, eles devem estar adequados aos padrões de compras e serviços correlatos. E mais, devem ser produtos essenciais, importantes, cujo não fornecimento criasse prejuízos para a boa gestão pública e que seja um fato excepcional e extraordinário. Além disso, o preço praticado, comprovadamente, deve ser o preço de mercado.

Da jurisprudência:

Os tribunais admitem o reconhecimento de dívida, mesmo que em esparsas decisões. Vejamos, inicialmente, uma decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, acerca do tema:

Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o

ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento 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. (...) (AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009)

Da mesma corte, agora já de autoria do Ministro Luiz Fux, um dos mais festejados autores do direito pátrio:

(...) O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa em face de contrato administrativo declarado nulo porque inconcebível que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício. (REsp 753039/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 122)

Do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU:

O órgão especializado de contas age no mesmo sentido, de proteger o fornecedor de boa-fé que atendeu o Poder Público com serviços ou produtos, mesmo sem contrato, sendo-lhe devido o ressarcimento de valores, para que não reste caracterizado o enriquecimento sem causa da administração:

*“Embora o Acórdão embargado tenha determinado a anulação da licitação e do contrato decorrente, permanece a obrigação de Administração em indenizar a empresa contratada pelos serviços executados até a sustação do contrato, consoante o disposto no **parágrafo único do art.59 da Lei 8.666/93**. (Acórdão n. 2.240/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo)*

No mesmo sentido, do TCU:

*(...) 2. Conforme já abordado nos parágrafos 18.3 e 18.8 da presente instrução, para honrar o pagamento dos serviços efetivamente prestados o INSS adotou procedimento de reconhecimento de dívida, previsto no **parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93**, tendo sido também instaurado o devido processo administrativo para apuração de*

responsabilidade de quem lhe deu causa. (GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO - TC 001.834/2002-3, Ministro Valmir Campelo).

Nessa decisão o TCU reconhece um reconhecimento de dívida do INSS, em face de uma prestadora de serviços na área de software público.

Conclui-se, acerca da jurisprudência, que a prática do reconhecimento de dívida é regular, tem amparo nas normas em vigor e que, se atentas aos ditames que a moldam, construídos a partir desse decisório e das normas públicas para liquidação de processos, podem ser uma alternativa ao prejuízo do particular que forneceu ou prestou serviços sem contratos e está condicionado a perder recursos e valores em favor da administração.

No mesmo sentido da jurisprudência caminha nossa doutrina jurídica. Apenas a título ilustrativo, usemos a doutrina abalizada do mestre Hely Lopes Meirelles:

"Todavia mesmo no caso de contrato nulo ou de inexistência de contrato pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados para a Administração ou dos fornecimentos a ela feitos, não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas, sim, no dever moral de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento."

Nessa toada temos o pronunciamento do também mestre Marçal Justen Filho, que corrobora a exigência da boa-fé e do combate ao enriquecimento do Estado em detrimento aos prejuízos do fornecedor.

Da prática, um modelo sugerido

Os requisitos foram traçados, a linha foi dada com a respectiva comprovação via normas legais em vigor, jurisprudência do Poder Judiciário e dos tribunais especializados, além da confirmação por meio da doutrina especializada. Os requisitos exigíveis são os seguintes:

- Excepcionalidade, o evento deve ser extraordinário e não rotineiro;
- Boa-fé das partes, do gestor público e do fornecedor ou prestador de serviços;

- Efetiva prestação de serviços, comprovada com o atesto e a regular liquidação;
- Apuração de responsabilidade por parte do gestor;
- Necessidade e importância do serviço contratado ou do produto adquirido, para o bem da administração pública, além da urgência na contratação.
- Parâmetro de preços, comprovação da economicidade e da vantajosidade.
- Ato formal (processo administrativo com a apuração dos fatos pelo gestor).
- Manifestação jurídica, técnica e dos órgãos internos de controle.

Da formalização do ato:

O ato de reconhecimento formaliza-se por meio de processo administrativo próprio, que nasce com manifestação por parte do responsável pela unidade administrativa que obteve o benefício ou nasce de requerimento do fornecedor ou prestador de serviços. Obviamente que através de processo administrativo, com protocolamento e tombamento no ato de controle próprio, de acordo com o usual daquele ente público. O processo exige uma numeração própria.

O pedido deve ser acrescido de despacho ou de ato administrativo que relate as circunstâncias da prestação de serviços ou fornecimento de um bem, caracterizando-se o bem ou o serviço, de forma circunstanciada, trazendo elementos e características dele, tais como marca, tamanho, período em que foi fornecido, se foi um produto e uma minuciosa descrição. Para serviços também deve existir uma completa descrição do serviço prestado, circunstâncias, época do fornecimento, além das justificativas para a não realização de licitação e de contrato formal nas modalidades previstas em lei.

Essa descrição deve ser a mais pormenorizada possível. Pois descrições vagas são capazes de demonstrar distanciamento com a realidade no objeto contrato, gerando até dúvidas. Do mesmo modo, a descrição falha, dificulta a aferição e averiguação, pelos responsáveis na apuração, da qualidade dos serviços ou do produto fornecido. A descrição deve permitir a quem analisa o

processo, precisar exatamente de que objeto ou que serviço foi exatamente prestado, podendo avaliar sua eficácia e sua qualidade enquanto produto a ser utilizado pelos servidores públicos.

Da comprovação da execução do serviço ou entrega do produto:

Deve constar no procedimento os comprovantes de entrega do produto ou serviço. Algum técnico ou servidor capacitado deve atestar que o serviço foi entregue ou o produto está em poder da administração. Esse atestante deve dispor de conhecimento técnico condizente com a produto ou serviço. Por exemplo, uma obra de engenharia deve ser atestada por um engenheiro, preferencialmente pertencente ao quadro de servidores daquele ente. No caso da entrega de uma sala de aula, numa escola, por exemplo, não pode um professor atestar o recebimento, da obra, em nome do Poder Público, por mais que o professor ou dirigente, tenha ciência da execução daquele serviço por parte do particular. O que se pretende apurar, especialmente em situações anômalas e excepcionais é a perfeita execução do projeto. Aliás, inadmissível, em caso de obras, que elas sejam executadas sem projeto de engenharia prévio.

No caso de entrega de um produto, um pacote de folhas de papel, por exemplo, um servidor público do setor beneficiado com o produto pode atestar seu recebimento, quando este não se deu por meio do almoxarifado, que seria o correto. No caso de uma resma de papel, não há exigência de qualificação técnica para o recebimento, mas sim, que o atestante, seja aquele que usou o que responde pela unidade que usará o produto.

Da apuração de responsabilidades

O gestor, ao admitir o reconhecimento de dívida, deve prever uma apuração dos responsáveis que deram causa à contratação fora dos parâmetros da **lei de licitações** e contratos públicos. Essa apuração pode se dar no próprio processo administrativo ou por meio de ato nomeando uma comissão disciplinar ou uma tomada de contas especial. Dependendo da situação, o gestor deverá tomar as medidas proporcionais ao ato e aos prejuízos. Essa ordem de apuração é imprescindível à legalidade do termo de reconhecimento de dívida na gestão pública.

Do preço pago

Nos autos deve constar comprovante de pesquisa no mercado, de ao menos outros 2 (dois) possíveis fornecedores, com os preços praticados para a comercialização de produtos ou serviços idênticos ao objeto do reconhecimento sob discussão. Podem ser utilizados valores apurados em licitações do próprio ente ou de outras unidades administrativas, desde que as características do bem adquirido ou do serviço prestado sejam comparáveis.

O princípio da economia rege o procedimento de reconhecimento de dívida e deve ser aplicado na mesma proporção do que seria uma licitação. E uma vez apurado que o preço cobrado pelo fornecedor está acima do praticado no mercado, este deve rever o seu preço ou sofrer as consequências do não recebimento. No caso de contrato findo ou nulo, desde que obedecidos, no ato de sua feitura, os princípios da licitação, este pode ser aproveitado, obviamente que sem reajustes ou correções, visto que o fornecedor também deve arcar com a situação que provocou, ao fornecer sem contrato.

Manifestação jurídica e do controle interno

A manifestação jurídica, nos termos do artigo 38 da [Lei de Licitações](#), é imprescindível, mesmo em se tratando de ato anômalo e excepcional. Nesse parecer devem constar manifestações avaliando a boa-fé, a apuração de responsabilidades determinada pelo gestor e a efetividade da prestação de serviços ou do fornecimento de produtos.

Nesse item deve constar, ainda, a manifestação do controle interno, avaliando a aplicabilidade, no caso, dos princípios da lei de contabilidade pública, em especial as regras próprias de liquidação de processos de pagamento.

Obviamente que a existência de créditos orçamentários também deverá ser objeto dessa análise da auditoria.

Modelos práticos

Seguem alguns sugestivos de pareceres e manifestações:

Roteiro. Reconhecimento de Dívida

1) Abertura de um processo administrativo visando o requerimento, por parte do gestor, do pagamento dos valores devidos, relacionando-os e explicitando os motivos do não pagamento, juntar contratos antigos e informar, nesse ofício, que o serviço prestado pela empresa é imprescindível ao pleno funcionamento da entidade pública. Junto a este ofício deve constar uma carta-cobrança da empresa credora.

2) A autoridade pública maior que dirige o ente deve autorizar a abertura do procedimento de reconhecimento de dívida, atestando a ocorrência da prestação de serviços e a necessidade de continuidade. Nesse despacho, a mesma autoridade deve determinar que se apure os motivos da não realização de licitação a tempo.

3) Despacho de 3 (três) funcionários públicos

4) Despacho para o setor orçamentário informando da disponibilidade orçamentária para o pagamento do débito

5) Despacho para o setor financeiro informando da disponibilidade financeira para o pagamento do débito.

6) Encaminhamento ao Jurídico do ente público.

7) Despacho do setor jurídico informando da legalidade do pagamento, com fundamento na legislação, especialmente considerando a decisão do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE/RJ) e a doutrina brasileira, conforme material trazido anexo.

8) Despacho final do setor responsável pelo pagamento, reconhecendo o débito e determinando o pagamento dos valores devidos. Nesse despacho, determina-se a imediata abertura de processo licitatório, que é imprescindível à continuidade do contrato. Informa, no despacho, se for o caso, que a prestação de serviços será mantida até a adjudicação contratual.

ITEM 1

(Texto mínimo do ofício de abertura)

“Vimos, pelo presente, solicitar a V. Exa. A abertura de processo visando o reconhecimento de dívida da empresa xxxxxxxxxxxxxxxx, conforme carta cobrança em anexo, que, foi contratada em XX/XX/XXXX, por meio do processo licitatório nº XXX/XXXX, tendo firmado o contrato nº XXX/XXXX, o qual foi renovado pelo prazo legal, porém, não havendo mais possibilidade de renovação, a prestação de serviços foi mantida regularmente, uma vez que a utilização dos softwares é imprescindível para o pleno funcionamento deste órgão público, vez que é, por meio dele, que são mantidas atividades fundamentais ao bom atendimento da população.

Solicitamos, desde já, que seja apurada a prestação de serviços, com despacho de três funcionários públicos municipais, lotados nas unidades onde os softwares estão instalados, atestando que, nos meses referidos, o serviço foi efetivamente prestado.

É de referendar a imprescindibilidade do serviço contratado para o pleno funcionamento deste órgão público, sob pena, da interrupção, causar danos irreparáveis e irreversíveis.

Mister acrescer que os valores a serem pagos são aqueles do contrato licitado, de forma que não ocorreu qualquer majoração, aumento ou reajuste, o que nos garante a vantajosidade e economicidade do contrato.

O não pagamento configuraria sérios prejuízos para a administração e configuraria o enriquecimento ilícito desta, vez que o serviço foi prestado a contento, com o atendimento dos requisitos legais fixados em contrato anterior.”

Item 2

(texto mínimo - despacho autoridade)

“Autorizo a abertura de processo de reconhecimento de dívida da empresa xxxxxxxxxxxxxxxx, conforme requerido, determinando sejam apurados os motivos que levaram à não realização da licitação na época certa, planejando-se um novo contrato após o término da obrigação anteriormente assumida.

Tal reconhecimento tem base na legislação brasileira, especialmente o artigo 62, da Lei nº 4320/64, devendo ser constatada a existência de saldo orçamentário e financeiro, além de manifestação Jurídica.

O pagamento é devido, vez que o serviço foi efetivamente prestado, fato que deverá constar desse processo, comprovando-se que o mesmo é imprescindível ao pleno funcionamento deste órgão público.”

Item 3

(texto mínimo - despacho de 3 funcionário públicos)

“Tendo em vista o ora requerido, nós, servidores públicos desse ente, vimos, pelo presente, ATESTAR que a empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx prestou serviços com o fornecimento dos seguintes softwares:

XX

XXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tendo os mesmos sido fornecidos e contratados mediante licitação público, porém, expirado o contrato, sem possibilidade de renovação, o fornecimento foi mantido, até que se realizasse nova licitação, tendo sido atendido o setor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, o setor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e o setor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, o qual, verificamos pessoalmente ouvindo os servidores lá lotados, tendo os mesmos informado que o atendimento foi a contento, sem nenhuma intercorrência ou suspensão, inclusive ocorreram atendimentos de consultoria via telefone e atendimento presencial, até mesmo com a atualização dos softwares, além do atendimento via internet, devendo os mesmos serviços serem pagos por esta Administração Público, vez que são devidos, sob pena de enriquecimento ilícito do ente público.”

Item 4

(texto mínimo – despacho orçamentário)

“Esta unidade, responsável pelo setor orçamentário, informa, por meio deste despacho, que existe dotação orçamentária e disponibilidade na mesma, conforme quadro abaixo, para que sejam pagos os valores devidos à empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que prestou serviços de fornecimento de software aos

setores para a qual foi contratada, sem interrupção dos serviços, que são imprescindíveis a este órgão público.

Dotação

Rubrica

Valor

Item 5

(texto mínimo – despacho financeiro)

“Esta unidade, responsável pelo setor financeiro, informa, por meio deste despacho, que existe disponibilidade financeira para o atendimento deste débito, para que sejam pagos os valores devidos à empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que prestou serviços de fornecimento de software aos setores para a qual foi contratada, sem interrupção dos serviços, que são imprescindíveis a este órgão público.

Item 6

(texto mínimo – encaminhamento ao Jurídico)

“Conforme solicitado, encaminhamos o presente ao setor Jurídico (destacar se é procuradoria ou assessoria jurídica), para análise do requerido, qual seja, o reconhecimento de dívida deste ente com a empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pela prestação de serviços de fornecimento de software público, conforme devidamente explicitado e constatado o efetivo atendimento às necessidades desta unidade”

Item 7

(texto mínimo – despacho Jurídico)

Trata-se, o presente, de requerimento do setor XXXXXXXX, por meio do servidor público XXXXXXXXXXXX, atendendo pleito da empresa

xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que foi contratada para prestação de serviços com fornecimento de software das áreas discriminadas no presente feito.

O entendimento do TCE/RJ, é no sentido de que o pagamento é devido, na forma do artigo 62, da Lei Federal nº 4320/64, eis que existem serviços que são imprescindíveis para o funcionamento do órgão público e que, se interrompidos, podem causar graves prejuízos para o Poder Público, conforme constante do processo nº 205.591-4/2007.

Ultrapassado o entendimento de que realmente é necessário realizar o procedimento licitatório prévio à realização da despesa pública, urge a situação existente de se ter prestado o serviço sem a devida cobertura contratual, serviço esse que atendeu ao valor que outrora era prestado em contrato anterior, cujo contratado é o mesmo que realizou a dita despesa sem cobertura contratual.

Nesse caso, extinto o contrato administrativo ou não existindo o contrato administrativo, mas existindo a realização dos serviços, é óbvio que o faz com o assentimento, tácito que seja, não formalizado, da Administração Pública.

Pois bem: diante de um contrato nulo, o art. 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, contemplando, no âmbito dos contratos administrativos, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, dispôs 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 (...)".

No âmbito do Direito Administrativo, e especialmente quanto aos serviços prestados em virtude de contratos administrativos nulos ou inexistentes, a doutrina é uníssona na aplicação do aludido princípio geral de direito:

*"Mas, 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". (Hely Lopes Meirelles)*

A responsabilidade não é contratual, mas sim extracontratual, eis que conseqüente à anulação do ato, portanto, decorre **defato administrativo**".

Vê-se, portanto, que a Administração Pública deve ressarcir os serviços prestados após o termo do prazo contratual, não sendo esta obrigação, todavia, de caráter contratual, mas, sim, extracontratual, proveniente da vedação do enriquecimento sem causa, distinção que, adianta-se, será de grande importância para a definição do *quantum* a ser ressarcido.

Sobre o tema do enriquecimento sem causa em direito administrativo francês é sabidamente preciosa a monografia de GABRIEL BAYLE. Em seu excelente estudo, no qual examina minuciosamente a jurisprudência do Conselho de Estado, o autor registra que, antes mesmo da adoção do princípio pela jurisprudência civil, antes da Corte de Cassação consagrá-la na famosa decisão Boudier (1892), o Conselho de Estado, implicitamente, reconheceu:

“que o direito à indenização do quase-contratante da administração poderia fundar-se sobre o princípio geral de direito de que “ninguém pode enriquecer-se à custa de outrem», uma vez preenchidas as condições particulares de sua operatividade. Estas condições são em número de três: é preciso que haja assentimento da coletividade pública enriquecida, utilidade geral da despesa feita pela pessoa empobrecida e proveito extraído sem causa jurídica pela administração. Quando estas três condições estejam preenchidas, deve ser possível ligar a teoria administrativa ao princípio geral de que a administração não deve se enriquecer sem fundamento jurídico à custa de particulares”.

Assim sendo, restando comprovado que:

- 1) Existe um contrato prévio vencido;
- 2) O serviço foi efetivamente prestado (consta reconhecimento assinado por três servidores)
- 3) O serviço era imprescindível, se fosse interrompido o prejuízo para a administração seria maior;

- 4) Os preços foram mantidos, garantindo-se a economicidade;
- 5) Não pode-se admitir o reconhecimento sem causa da administração;
- 6) Existe previsão legal na **Lei de Licitações** e na Lei de Contabilidade Pública;
- 7) A autoridade determinou a apuração dos motivos da não realização da licitação.

OPINA, este órgão jurídico (citar o nome do órgão, se Procuradoria ou Assessoria), pela consecução do pagamento, devendo a prestação de serviços ser mantida até que se realize nova licitação, opinando, ainda, seja IMEDIATAMENTE instaurado processo administrativo visando a nova licitação e nova contratação.”

Item 8

(texto mínimo – despacho final)

“Tendo em vista o que foi apurado, bem como, que não se deu a licitação por inúmeros atrasos, inclusive a necessidade de implantação de novos procedimentos por parte da utilização dos softwares, DETERMINO e AUTORIZO, o pagamento e o RECONHECIMENTO DA DÍVIDA ora descrita, conforme requerimento supra e manifestação da empresa.

PAGUE-SE O VALOR DEVIDO!”