



Gabinete Conselheiro Substituto Jaylson Campelo



TC/ 003116/2013

ASSUNTO: CONSULTA

INTERESSADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE ILHA GRANDE

RELATOR: JAYLSON FABIANH LOPES CAMPELO

PROCURADOR: JOSÉ ARAÚJO PINHEIRO JÚNIOR

1. RELATÓRIO

Versam os autos sobre consulta formulada pelo prefeito de Ilha Grande, Sr. Herbert de Moraes e Silva, com vistas a dirimir dúvida quanto ao procedimento a ser adotado para pagamento das obras já executadas e atestadas pela CEF antes da edição do Decreto nº. 013/12, que anulou todos os contratos firmados com o Município até 31.12.112, bem como se é lícito o Município efetuar esses pagamentos mesmo as licitações possuindo irregularidades apontadas e tendo sido editado o Decreto.

Em sua primeira manifestação, PEÇA 05, manifestou-se a DIRETORIA DE ACOMPANHAMENTO CONCOMITANTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS - DALC pelo não conhecimento da consulta, posto tratar-se de caso concreto sem, no entanto, ter sido demonstrado o relevante interesse público. Da mesma maneira, foi o parecer do Ministério Público de Contas, PEÇA 08.

Submetido o processo ao Plenário, Sessão Plenária Ordinária nº 040, foi propus a devolução dos autos à Divisão de Acompanhamento Concomitante de Licitações e Contratos – DALC, vinculada à DFESP, para que fosse respondida a consulta formulada. Tal questão de ordem foi acatada pelo Pleno, que determinou o retorno à DALC para responder a consulta, PEÇA 11.

Em nova manifestação, PEÇA 12, a DALC concluiu (a) ser necessário que a Administração indenize os contratados quando não são esses os responsáveis pela nulidade do processo, evitando, assim, que se incorra em enriquecimento sem causa e (b) o dever de tais pagamentos seguir as prescrições



Gabinete Conselheiro Substituto Jaylson Campelo



da Lei nº 4.320/64, sobretudo as relativas à liquidação da despesa, apurando o quanto foi efetivamente executado antes da declaração da nulidade dos contratos e atentando aos preços praticados no mercado.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Não obstante as indagações relativas aos pagamentos dos processos licitatórios anulados, encerrarem um caso concreto do Município de Ilha Grande, o que, segundo o art. 202 do Regimento Interno deste Tribunal, inviabilizaria o seu conhecimento, entendo ser possível, com uma certa tolerância e boa vontade, responder em tese, que é o que procurarei fazer a seguir.

Antecipadamente, esclareça-se que não se está adentrando ao mérito dos procedimentos administrativos do gestor ao anular diversos processos licitatórios, até porque não se está procedendo à análise de nenhum deles, mas tão-só o esclarecimento acerca das medidas a serem adotadas em caso de anulação de algum certame.

Parece-me, também, imprescindível, e uma vez que o consultante dá conta de que foram identificadas diversas irregularidades em procedimentos licitatórios, que o atual gestor tome as devidas providências no sentido do encaminhamento aos diversos órgãos de controle, como Tribunal de Contas e Ministério Público, para que adotem as providências com vistas à apuração dos fatos e adoção das medidas cabíveis.

Quanto ao cerne da questão, inicio lembrando que a licitação é um procedimento administrativo que antecede as contratações feitas pela Administração Pública. Nas palavras de ENTRENA CUESTA (1981, p. 249) é um *“conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e*



Gabinete Conselheiro Substituto Jaylson Campelo



fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la”.

Deste modo, sendo as contratações decorrentes de procedimentos licitatórios, estando estes eivados de algum vício, restarão também aquelas, em regra, irremediavelmente maculadas. Tal pressuposto lógico está enunciado no art. 49, §2º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 49. (...)

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Nesse sentido, destaca CARVALHO FILHO (2013, p. 298): “É de tal gravidade o procedimento viciado que sua anulação induz a do próprio contrato, o que significa dizer que, mesmo que já celebrado o contrato, fica este comprometido pela invalidação do procedimento licitatório (art. 49, §2º)”.

Assim, a anulação da licitação e, conseqüentemente, do contrato, mais do que um PODER da Administração Pública, é um DEVER, posto que a conservação de procedimento viciado macula o interesse público, finalidade primeira da licitação.

Em suma, não há dúvidas quanto à possibilidade de se anular o procedimento licitatório e o contrato dela decorrente.

Passo, então, a discutir os efeitos gerados com eventual anulação do certame. A respeito desses, dispõe a Lei de Licitações.

Art. 49. (..)

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar,



Gabinete Conselheiro Substituto Jaylson Campelo



ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

O artigo 59, por sua vez, afirma que:

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.

Assim, anulado o contrato, serão operados efeitos *ex tunc*, desconstituindo os já produzidos e impedindo os efeitos jurídicos que viriam a produzir. Entretanto, tais efeitos não podem prejudicar particular de boa-fé, que bem cumpriu seus deveres contratuais, ou que os cumpriu em parte, fazendo com que a Administração Pública se beneficie indevidamente, visto que cabe a essa bem fiscalizar o processo licitatório. Dessa maneira, deverá ser feita uma diferenciação entre as nulidades causadas pela Administração e aquelas causadas pelo contratado. Apenas nesse último caso, não há que se falar em indenização. Por outro lado, restando comprovada falha do próprio Poder Público, nasce o dever de indenizar o particular pelos atos já executados.

Sobre o assunto, elucida CARVALHO FILHO (2013, p. 298):

A anulação pode ser decretada pela própria Administração (art.49 do Estatuto). Sendo anulado o procedimento, não há obrigação de indenizar por parte da Administração, salvo se o contratado já houver executado



Gabinete Conselheiro Substituto Jaylson Campelo



parte do objeto até o momento da invalidação. Trata-se, pois, de impedir o enriquecimento ilícito.

Como visto, não restam dúvidas acerca da necessidade de, um vez constatada a boa-fé e a ausência de culpa do particular, indenizar o contratado pelas obras já executadas, cabendo agora discutir qual o procedimento deverá ser adotado para o pagamento dessas obras.

Ao tratar das licitações para execução de obras e serviços, estabelece o art. 7º, §2º, III, da Lei nº 8.666/93, dentre os requisitos para que se proceda à licitação, a **necessidade de previsão de recursos orçamentários** que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso de acordo com o respectivo cronograma.

Uma vez realizado o procedimento licitatório – que obviamente é prévio -, passa-se às demais fases da despesa, previstas na Lei nº 4.320/64, quais sejam: empenho, art. 58, ato emanado da autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento, pendente ou não de condição; liquidação, art. 63, verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios; e, por fim, o pagamento, art. 65.

O empenho é realizado no momento da contratação. Uma vez empenhada a despesa, resta aguardar se o credor cumpriu ou não os requisitos, dividindo-se as despesas em liquidadas e não liquidadas. Estando liquidadas as despesas, a Administração Pública deverá efetuar o respectivo pagamento, lançando mão do valor previamente reservado no orçamento.

No entanto, pode acontecer de, findo o exercício financeiro, não terem sido as despesas liquidadas pagas, surgindo a figura dos Restos a Pagar, art. 36 da Lei nº 4.320/64. Os Restos a Pagar – processados (despesa liquidada) ou não processados (despesa não liquidada) – deverão ser incluídos no orçamento seguinte como despesa orçamentária e receita extra orçamentária (art. 103, § único, da Lei nº 4.320/64, compensando-se.



Gabinete Conselheiro Substituto Jaylson Campelo



Os Restos a Pagar não processados terão validade até 31 de dezembro do exercício subsequente, quando serão automaticamente cancelados, hipótese na qual o seu pagamento deverá ser reclamado dentro de 5 (cinco) anos a contar do dia da inscrição, atendendo-se a dotação destinada a despesas de exercícios anteriores, art. 69 do Decreto nº 93.872/86. Os Restos a Pagar processados e os Restos a Pagar não processados, mas cumpridos no exercício seguinte, não serão cancelados automaticamente, devendo respeitar-se a prescrição quinquenal, art. 70 do Decreto nº 98.387/86.

Assim, uma vez realizada a licitação e executado parte do objeto dessa, ter-se-á como parcialmente liquidada a despesa empenhada, devendo-se proceder, mesmo que anulado o contrato, ao pagamento da parcela executada. Não se efetuando o pagamento no mesmo exercício financeiro, esse débito será tratado como restos a pagar, sendo incluído no orçamento seguinte como despesa orçamentária.

Há, ainda, a possibilidade de **não ter havido previsão orçamentária para a respectiva despesa**, caso em que deverá ser aberto **crédito especial, art. 41, Lei nº 4.320/64**, mediante autorização legislativa e decreto do Poder Executivo.

Ressalte-se que, para que se proceda à abertura desses créditos adicionais, além de prévia exposição dos motivos, deverá ser usado como fonte um dos recursos previstos pelo art. 43 da Lei nº 4.320/64.

Por fim, cumpre salientar observação feita pela Divisão de Acompanhamentos Concomitante de Licitações e Contratos – DALC da necessidade da Administração Pública aferir a precisa quantidade do objeto de cada contrato que foi efetivamente concretizada e, a partir desse dado, realizar os pagamentos referentes a essa parte. Destacou, ainda, a necessidade de verificação dos preços praticados no mercado em comparação com os avençados no instrumento de contrato, evitando-se, assim, pagamentos superfaturados.



Gabinete Conselheiro Substituto Jaylson Campelo



3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se:

- a) Diante da presença de vícios no procedimento licitatório de responsabilidade da própria Administração Pública, será o contrato anulado, indenizando-se, no entanto, a parcela já executada pelo contratado de boa-fé;
- b) Em regra, antes que se proceda à licitação, deve-se reservar dotação orçamentária específica, seguindo-se as fases da despesa previstas em lei: empenho, liquidação e pagamento. Assim, a execução parcial de obra gera também a liquidação parcial e, conseqüentemente, o pagamento parcial, seja no mesmo exercício financeiro, seja no exercício financeiro seguinte (Restos a Pagar). Nesse último caso, deverá ser respeitada a prescrição quinquenal;
- c) Não tendo sido reservada dotação específica para a referida despesa e uma vez realizada essa, deverá ser aberto Crédito Especial através de legislação específica e decreto do Poder Executivo, destinando receita própria para o pagamento da referida obrigação;

Teresina, 24 de abril de 2014.

Jaylson Fabianh Lopes Campelo

Relator