

Boletim nº 005/2019

Data: 27/12/2019

Legislação: Lei nº 8.666/93 Pagamento por Indenização

ORIENTAÇÃO QUANTO AOS PROCEDIMENTOS DOS PROCESSOS DE PAGAMENTO POR INDENIZAÇÃO

A Controladoria-Geral do Município, com o fulcro no que estabelece a Lei Municipal nº 407A/2010 e na Lei Complementar 33/2018, orienta aos Órgãos e Entidades, quanto aos procedimentos a serem adotados, no tocante ao pagamento de despesa proveniente do processo de indenização, considerando:

- ✓ A Lei Federal nº 8.666/93 - Normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
- ✓ A Lei Municipal nº 224/96 - Estatuto dos Servidores Públicos Municipais;
- ✓ A importância de munir os gestores municipais, de forma sintetizada e objetiva, com orientações sobre os processos de indenização.

1. Do pagamento por Indenização

A indenização ocorre no âmbito da Administração Pública quando é verificada a ilegalidade no contrato, em razão da ausência de cobertura contratual, que torna-o nulo, invalidando os efeitos passados ou futuros.

A Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece que todos os serviços contratados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação, salvo as hipóteses nela previstas.

Assim, caso tenha sido prestado serviço ou fornecido bem, fora da base contratual, ou então sem a prorrogação do ajuste, não existirá vínculo regular e, conseqüentemente, não haverá fundamento legal.

Contudo, não obstante a inexistência de um vínculo regular, tal nulidade não dispensa a Administração da obrigação de pagar pelos serviços que efetivamente tenham sido prestados ou bens efetivamente entregues, mesmo sem base contratual, podendo o pagamento ser realizado a título de indenização, sob pena de se configurar o enriquecimento sem causa, ou ilícito, por parte da Administração.

Essa é a regra do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993, que assim 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.

Ainda nos dias de hoje não é raro constatar que as Administrações Públicas se utilizam do instituto do pagamento por indenização em função de falhas na fase de contratação da despesa pública, principalmente, em relação à falha no processo de planejamento de execução. Sabe-se que diversos fatores podem contribuir para essas falhas. Porém, em muitos casos, elas decorrem da desídia do agente público que não realizou um adequado planejamento e acompanhamento das fases da execução da despesa pública e, nestes casos, os fatos devem ser apurados para uma eventual responsabilização e recomposição do erário, quando for o caso.

Se a Constituição Federal de 1988 determina, que, em regra, as contratações de compras, obras e serviços devem ser precedidas

de licitação, pressupõe que o planejamento da Administração deve ser observado em todas as fases de execução da despesa pública, devendo o agente público observar a tríade do gasto público: empenho-liquidação-pagamento, não esquecendo, todavia, do devido processo licitatório.

O artigo 60 da Lei 4.320/64 veda expressamente a realização de despesa sem prévio empenho. Daí por que não se pode iniciar determinado serviço ou adquirir determinado bem sem a emissão deste documento.

Por outro lado, a Administração tem o dever de indenizar o contratado quando verificar a nulidade da contratação na forma prevista no Parágrafo único do artigo 59 da Lei 8.66/93, abaixo transcrito:

"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**".*

Entretanto, não será toda e qualquer situação em que o pagamento de um contratado se dará na forma de indenização. Não se pode efetuar pagamento com base no instituto da indenização se o contrato firmado com a Administração não apresenta vício insanável, e não foi declarada sua nulidade. O fato da ausência do prévio empenho, cuja despesa ocorreu COM LASTRO CONTRATUAL, não caracteriza pagamento por indenização. Tal hipótese não é causa de nulidade contratual amparada pela lei.

Importante registrar que se foi contratado um serviço ou fornecido um determinado bem sem a emissão do empenho na época

adequada, tal fato é passível de apuração disciplinar, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Situação diversa é quando na vigência da contratação for verificada pela Administração ou pelos Órgãos de Controle que esta foi realizada de forma irregular, acarretando sua nulidade. Nessa hipótese, a Administração Pública não pode se valer das falhas por ela cometidas e não honrar seus compromissos sob pena de enriquecimento ilícito.

Por fim, atentamos para parte final do Parágrafo único do artigo 59, órgão no qual o servidor mantém vínculo funcional deve abrir Sindicância para apuração, se for o caso, ou envio das informações e documentos existentes que permitam a abertura do Processo Administrativo Disciplinar pela Controladoria Geral do Município para eventual responsabilização dos servidores que deram causa a despesa sem a devida contratualização.

PASSO A PASSO A SER SEGUIDO - PAGAMENTO POR INDENIZAÇÃO

TERMO DE AJUSTE DE CONTAS - TAC

1º PASSO: EXPOSIÇÃO DOS FATOS QUE ENSEJARAM A NECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO DO TAC

O processo administrativo para excepcional pagamento de indenização decorrente do fornecimento de bens ou da prestação de serviços sem cobertura contratual deve iniciar-se a partir da descrição detalhada dos fatos que motivaram a necessidade de indenização do particular, ao invés do regular processamento da contratação.

Constituem causas recorrentes para a formalização do TAC:

- (i) aditivos de prorrogação de prazo não formalizados tempestivamente, ocasionando solução de continuidade na contratação;
- (ii) acréscimos não formalizados a tempo, mas materialmente executados;
- (iii) demora excessiva na abertura e condução dos processos licitatórios e emergenciais, sobretudo em serviços que não admitem interrupção;
- (iv) retardo na formalização do contrato ou na emissão da nota de empenho, ocasionando a necessidade de se iniciar a prestação, sem a correspondente assinatura do instrumento; dentre outras.

Vale ressaltar que a formalização do TAC é medida excepcional, devendo, portanto, ser evitada, inclusive porque dela decorre a necessidade de apuração de responsabilidade dos agentes públicos envolvidos.

2º PASSO: JUSTIFICATIVA DA AUTORIDADE COMPETENTE PELA NÃO OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO CONTRATUAL FORMAL

Após a exposição das causas que ensejariam o pagamento da indenização por intermédio do TAC, deve a autoridade competente do órgão ou entidade administrativa explicitar os motivos que levaram a tal circunstância. Deve-se considerar que a celebração do TAC pressupõe o descumprimento às normas de contratação pública, de modo a ser necessário instruir o processo administrativo com as justificativas que ocasionaram a necessidade de a Administração socorrer-se deste instrumento, ciente de que o recurso ao TAC, por si só, já representa a ausência de observância.

3º PASSO: JUNTADA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS QUE SE PRETENDE INDENIZAR, DEVIDAMENTE ATESTADOS PELO SERVIDOR RESPONSÁVEL

Expostas as circunstâncias que motivariam a celebração do TAC, bem como as justificativas da autoridade competente para o descumprimento às normas de contratação, deve ser acostada a maior gama possível de provas que demonstrem a efetiva realização dos serviços que se pretende indenizar. A título ilustrativo, sugere-se a juntada aos autos de notas fiscais, registros fotográficos, relatórios técnicos de fiscalização, medições, termos de recebimento do objeto, dentre outros documentos aptos a comprovar a execução dos serviços. Tais documentos devem ser liquidados pelo setor técnico do órgão ou entidade responsável (art. 63, da Lei nº 4.320/64), assegurando que o objeto foi, de fato, executado naqueles moldes.

4º PASSO: ANÁLISE DOS PREÇOS

Diante dos elementos comprobatórios acostados ao processo, servidor da área técnica analisará a compatibilidade dos preços com os parâmetros de mercado, através da juntada de elementos que demonstrem a razoabilidade dos valores reclamados. Se houver contrato anterior, devem ser utilizados os parâmetros lá consignados, praticando-se as mesmas condições. Ressalta-se a importância de um cauteloso exame dos preços pelos setores competentes, levando em consideração a natureza indenizatória e excepcional do pagamento realizado através de TAC.

5º PASSO: DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS SERVIÇOS PRESTADOS ATENDERAM AO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO

Apenas poderão ser indenizados os serviços que houverem sido consentidos pela Administração, sendo necessário comprovar tal circunstância nos autos. Se a empresa, por exemplo, a despeito da finalização do ajuste, continua prestando os serviços, sem que isto tenha sido ajustado com o contratante, inexistirá direito à indenização, haja vista não ter a Administração concorrido para o cometimento da irregularidade.

6º PASSO: COMPROVAÇÃO DE QUE A EMPRESA TENHA AGIDO DE BOA FÉ, NÃO CONCORRENDO PARA A FORMALIZAÇÃO DO TAC

Não se verifica o dever de indenizar quando a nulidade motivada pela ausência de cobertura contratual seja imputável à empresa prestadora ou haja ela, por sua conduta, concorrido para a concretização do vício.

Assim, deve restar demonstrado que a parte não causou - ou mesmo agravou - a prestação dos serviços sem respaldo contratual. Havendo indícios de culpa da empresa, o pagamento administrativo apenas poderá ocorrer após a apuração dos aludidos fatos por meio de processo administrativo e quando deste resultar que não houve má-fé. Recorrentes impugnações administrativas e judiciais pela empresa beneficiada, no curso do certame licitatório que substituirá a prestação irregular dos serviços, são exemplos de situações que podem denotar culpa do particular no agravamento do vício, merecendo, pois, a devida apuração, antes de autorizar o pagamento administrativo. Do mesmo modo, nos casos em que fique caracterizada a ocorrência de lesão ao patrimônio público, tais como superfaturamento, direcionamento de licitação e outros tipos de condutas fraudulentas, o particular, por certo, não deverá ser indenizado administrativamente, devendo a Administração tomar todas as medidas legais para obter o ressarcimento ao erário dos danos causados.

7º PASSO: DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DESPESA, OBJETO DA INDENIZAÇÃO, FOI ENCERRADA POR DESNECESSIDADE OU REGULARIZADA POR MEIO DOS PROCESSOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO

O TAC tem a função de resolver administrativamente uma situação irregular, indenizando o particular pelos serviços prestados, que lhe dá irrestrita quitação do pagamento efetuado. Não se admite, portanto, que, após a adoção desse procedimento, perdue a irregularidade. Assim, há de ser demonstrado que a consequência da formalização do instrumento foi o encerramento da despesa, seja através da comprovação de que os serviços não mais são necessários ou por meio da sua regularização mediante a celebração de contrato decorrente dos procedimentos ordinários (licitação, dispensa ou inexigibilidade, conforme o caso).

8º PASSO: COMPROVAÇÃO DE ABERTURA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE FUNCIONAL DOS AGENTES PÚBLICOS QUE TENHAM DADO CAUSA À NECESSIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TAC

Os autos devem, ainda, ser instruídos com a prova de que foi providenciada a abertura de processo administrativo para a apuração das responsabilidades dos servidores pela não observância dos preceitos contidos na legislação que rege as licitações e contratos administrativos. As eventuais faltas funcionais imputáveis aos agentes públicos envolvidos na execução do objeto deverão ser apuradas e punidas na forma do estatuto disciplinar correspondente, com observância do devido processo legal.

9º PASSO: EMISSÃO DE EMPENHO NO VALOR TOTAL DA INDENIZAÇÃO

À vista da autorização da autoridade competente, deve ser providenciada emissão de nota de empenho no valor integral das despesas a serem indenizadas, cujos dados financeiros constarão do respectivo instrumento.

10º PASSO: ELABORAÇÃO DO INSTRUMENTO DO TAC

O órgão ou entidade competente para o processamento do TAC elaborará a minuta do instrumento, atuando-a ao processo. O TAC deverá, no mínimo, conter as seguintes previsões: (a) descrição minuciosa do que foi efetivamente executado; (b) indicação das notas fiscais dos referidos serviços; (c) previsão da dotação orçamentária, mediante a inclusão das notas de empenho suficientes para cobrir as despesas decorrentes da dívida reconhecida; (d) condições de pagamento e (e) previsão de quitação irrestrita da empresa dos pagamentos efetuados. No caso de TAC decorrente de serviços de terceirização, é recomendável prever mecanismos que assegurem o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias incidentes no pagamento da mão de obra. Sugere-se estipular a retenção de valores para o adimplemento dessas despesas ou algum tipo de sistemática que exija a comprovação da regularidade da empresa perante os funcionários que ocupavam os respectivos postos de trabalho, antes de efetuar o pagamento.

11º PASSO: ANÁLISE DO SETOR JURÍDICO

O termo será encaminhado para análise a aprovação do setor jurídico, que deverá rubricar o instrumento em todas as suas folhas. Registra-se que esta Procuradoria Geral do Estado não se manifesta sobre a regularidade de Termos de Ajuste de Contas.



CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



12º PASSO: ASSINATURA DO INSTRUMENTO

O órgão ou entidade competente para o processamento do aditamento convocará a parte para assinar o termo de ajuste. O instrumento será firmado pelo representante da empresa indenizada e pela autoridade competente do órgão ou entidade interessada (Secretário da pasta/dirigente da entidade ou outro ordenador de despesas por eles delegado).