

GUIA DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES E RECONHECIMENTO DE DÍVIDA SEM COBERTURA CONTRATUAL DO CADE

versão 1



Maio de 2022

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Ficha Institucional

Presidente

Alexandre Cordeiro Macedo

Superintendente-Geral

Alexandre Barreto de Sousa

Conselheiros

Lenisa Rodrigues Prado

Luis Henrique Bertolino Braido

Luiz Augusto A. de Almeida Hoffmann

Gustavo Augusto Freitas de Lima

Sérgio Costa Ravagnani

Procuradora-Chefe

Juliana Oliveira Domingues

Economista-Chefe

Guilherme Mendes Resende

Diretor de Administração e Planejamento

Paulo Eduardo Silva de Oliveira

Ficha Técnica

Coordenação, Redação e Revisão

Sarah Martin Moreira Marques

Adriana da Silva Pereira

Ana Gabriela de Carvalho Costa

Júlia da Silva Marques

Marcela Ali Tarif Roque

Colaboradores

Bruna Cardoso dos Santos

Bruna Casarotto Lima Sucha

Gustavo Borb Goedert

Isaque Moura da Silva

Júlia da Silva Marques

Juliana Rabelo

Leandro Lima Coelho

Luana Nunes Santana

Rodrigo Renno de Magalhães

Sumário

1	INTRODUÇÃO.....	4
2	DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES.....	5
2.1	DA DEFINIÇÃO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES.....	5
2.2	DOS FUNDAMENTOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL E LEGAL.....	6
2.3	DA DEFINIÇÃO DO FLUXO DO PROCESSO DE TRABALHO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES	8
2.3.1	FLUXO DO PROCESSO	9
2.3.2	LISTA DE VERIFICAÇÃO	10
2.3.3	TERMO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES	11
2.4	DO ESTABELECIMENTO DE UM PRAZO PARA A EFETIVAÇÃO DO PAGAMENTO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES	12
2.5	DA POSSIBILIDADE DE CONSULTA À PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE EM CASO DE DÚVIDA JURÍDICA	12
2.6	DO ENVIO DO PROCESSO À CORREGEDORIA EM CASO DE INDÍCIO DE IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA	13
3	PAGAMENTO DE DESPESAS SEM COBERTURA CONTRATUAL MEDIANTE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA	14
3.1	DA DEFINIÇÃO DO RECONHECIMENTO DE DÍVIDA DE DESPESAS SEM COBERTURA CONTRATUAL.....	14
3.2	DOS FUNDAMENTOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL E LEGAL.....	16
3.3	DA DEFINIÇÃO DO FLUXO DO PROCESSO DE TRABALHO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA DE DESPESAS SEM COBERTURA CONTRATUAL.....	17
3.3.1	FLUXO DE PROCESSO	20
3.3.2	LISTA DE VERIFICAÇÃO	21
3.3.3	TERMO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA DE DESPESA SEM COBERTURA CONTRATUAL (MODELO)	22
3.4	DA NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE.....	24
3.5	DA NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA CORREGEDORIA	25
3.6	DO ESTABELECIMENTO DE UM PRAZO INTERNO PARA A EFETIVAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO ART. 59, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, E DO ART. 149 DA LEI Nº 14.133, DE 2021	26
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30

1 INTRODUÇÃO

A elaboração de fluxos de procedimentos no âmbito do Cade está inserida no contexto de otimização dos processos de trabalho e de adoção de melhores práticas e inovação, conforme descrito no Plano Estratégico do Cade - 2021-2024 (OE - 06).

O estabelecimento de um modelo de gestão e melhoria de processos constitui iniciativa estratégica que se consolida, entre outros projetos, pela normatização de rotinas de trabalho. A elaboração de fluxo procedimental de tramitação de despesas de exercícios anteriores e de reconhecimento de dívida sem cobertura contratual contribuirá para oferecer previsibilidade, segurança jurídica, reduzir índice de erros e oferecer padronização na atuação administrativa.

Outro fator que reforça a relevância dessa iniciativa está na constatação prática de que os processos relacionados a Despesas de Exercícios Anteriores - DEA e de reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual, que possuem naturezas jurídicas diversas, acabavam sendo conduzidos com base na mesma rotina procedimental. Ocorre que as premissas e os riscos inerentes a cada um deles se mostram significativamente diferentes, não se justificando a adoção do mesmo fluxo para ambos os casos.

Desse modo, foi elaborado um Termo de Abertura de Mapeamento de Processos, como mais uma iniciativa para a instituição do Escritório de Processos do Cade, voltado a apoiar o mapeamento dos processos supracitados, com vistas a:

- a) facilitar a visualização do processo como um todo e das atividades que o compõe, por meio de fluxos de processo de trabalho;
- b) indicar as decisões que devem ser tomadas durante a execução do processo;
- c) identificar riscos, falhas e gargalos na execução atual das atividades, visando à melhoria do processo;
- d) normatizar, racionalizar e simplificar procedimentos e rotinas de trabalho;
- e) contribuir para melhor entendimento dos processos por parte dos agentes responsáveis por sua condução;
- f) obter maior previsibilidade e segurança jurídica na tramitação do processo;
- g) garantir a padronização de procedimentos mesmo em caso de rotatividade de servidores; e
- h) consolidar os avanços decorrentes da experiência obtida ao longo dos anos.

Para o desenvolvimento desse trabalho foi estabelecido o prazo de 90 dias, tendo havido a participação ativa de servidores de diversos setores do Cade em reuniões semanais, com metas de entregas previamente pactuadas pelos integrantes da equipe. A condução do trabalho está registrada no processo SEI nº 08700.003884/2021-10.

2 DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES

2.1 DA DEFINIÇÃO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES

A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, conceitua com clareza o instituto das despesas de exercícios anteriores, destacando a necessidade de pagamento à conta de dotação específica, conforme prevê o 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. (Regulamento)

O que se percebe é que despesas de exercícios anteriores são aquelas cujos fatos geradores ocorreram em exercícios anteriores, não havendo, no presente, dotação destinada a (já encerrado) sanar tais despesas, visto que o orçamento é anual.

Justamente pelo caráter anual do orçamento, há necessidade de utilizar os recursos previstos na lei orçamentária em vigor. Essa denominação (Despesas de Exercícios Anteriores) refere-se, portanto, a uma dotação orçamentária que se destina a dar condições de empenhar as despesas resultantes de compromissos gerados em exercícios financeiros já encerrados, desde que o orçamento do exercício em que foram originadas possuísse saldo suficiente para atendê-las, e estas não tenham sido processadas em época própria.

Portanto, (i) as despesas que não tenham sido processadas em época própria, (ii) os restos a pagar com prescrição interrompida e (iii) os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente serão pagos à conta de dotação orçamentária específica, com a necessidade de modificação no elemento da despesa, passando a ser identificada como 92 - Despesas de Exercícios Anteriores.

Por fim, é preciso registrar que a DEA, por se caracterizar como uma despesa orçamentária, deve necessariamente passar pelos estágios de empenho, liquidação e pagamento.

2.2 DOS FUNDAMENTOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL E LEGAL

Na Constituição Federal:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I – o plano plurianual;
- II – as diretrizes orçamentárias;
- III – os orçamentos anuais.

(...)

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

(...)

Na Lei nº 4.320, de 1964:

Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

Parágrafo único. Não se consideram para os fins deste artigo as operações de crédito por antecipação da receita, as emissões de papel-moeda e outras entradas compensatórias, no ativo e passivo financeiros. (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)

Art. 4º A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º.

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. (Regulamento)

No Decreto nº 62.115, de 15 de janeiro de 1968:

Art. 1º. Poderão ser pagas por dotação para “despesas de exercícios anteriores”, constantes dos quadros discriminativos de despesas das unidades orçamentárias, as dívidas de exercícios encerrados devidamente reconhecidas pela autoridade competente.

Parágrafo único. As dívidas de que trata este artigo compreendem as seguintes categorias:

- I – 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.
-

II – despesas de “Restos a Pagar” com prescrição interrompida, desde que o crédito respectivo tenha sido convertido em renda;

III – compromissos reconhecidos pela autoridade competente, ainda que não tenha sido prevista a dotação orçamentária própria ou não tenha esta deixado saldo no exercício respectivo, mas que pudessem ser atendidos em face da legislação vigente.

No Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986:

Art . 22. 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 destinada a atender despesas de exercícios anteriores, respeitada a categoria econômica própria (Lei nº 4.320/64, art. 37).

§ 1º O reconhecimento da obrigação de pagamento, de que trata este artigo, cabe à autoridade competente para empenhar a despesa.

§ 2º Para os efeitos deste artigo, considera-se:

- a) despesas que não se tenham processado na época própria, 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;
 - b) restos a pagar com prescrição interrompida, a despesa cuja inscrição como restos a pagar tenha sido cancelada, mas ainda vigente o direito do credor;
 - c) compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício, a obrigação de pagamento criada em virtude de lei, mas somente reconhecido o direito do reclamante após o encerramento do exercício correspondente.
-

2.3 DA DEFINIÇÃO DO FLUXO DO PROCESSO DE TRABALHO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES

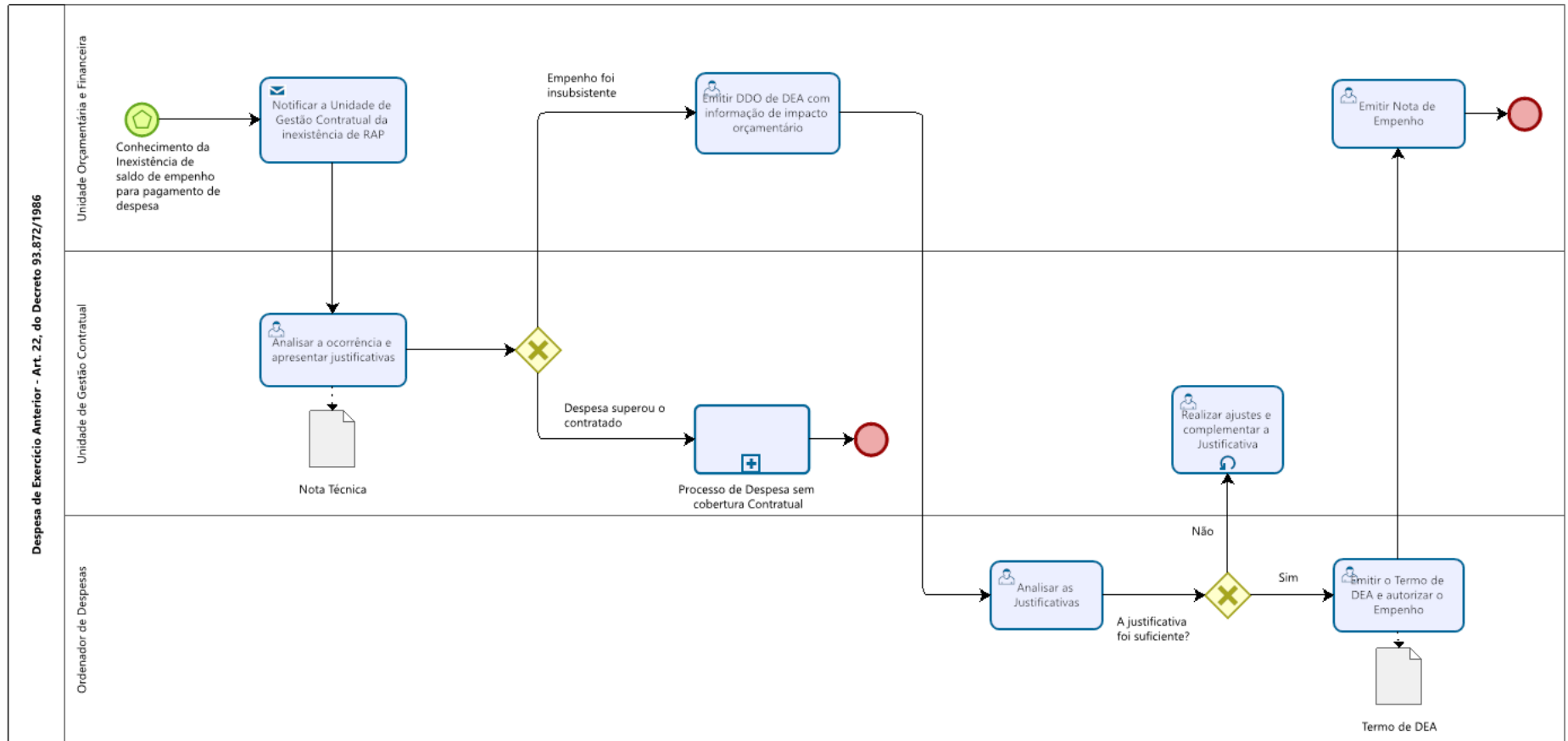
A representação do fluxo do processo de trabalho foi elaborada de acordo com o padrão de notação de modelagem de processos *Business Process Model and Notation* (BPMN), mediante a utilização da ferramenta Bizagi, possibilitando a criação e documentação de processos, para melhor compreensão de cada passo mapeado e realização do trabalho de forma clara e suficiente.

Foram mapeadas as unidades que ordinariamente participam do processo de reconhecimento de dívida de Despesas de Exercícios Anteriores, com descrição das tarefas que devem ser realizadas para a evolução da tramitação processual. São elas:

1. Unidade Orçamentária e Financeira: após tomar conhecimento da inexistência de saldo de empenho para pagamento de despesas, promoverá a notificação à Unidade de Gestão Contratual. Caso identifique que o empenho foi insubsistente (hipóteses do §2º, do art. 22, do Decreto nº 93.872, de 1986), deverá emitir a Declaração de Disponibilidade Orçamentária – DDO com informação de impacto orçamentário. É a unidade responsável também pela emissão de nota de empenho.
2. Unidade de Gestão Contratual: após ser notificada a respeito da inexistência de restos a pagar - RAP, elaborará Nota Técnica e preenchimento do Checklist com análise da ocorrência e apresentação de justificativas de fato e direito. É responsável por verificar a existência ou não de cobertura contratual da despesa, o que impacta a definição do fluxo a ser adotado: DEA ou reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual. Caso exista cobertura contratual, se enquadra como DEA e a Nota Técnica será encaminhada para a Unidade Orçamentária e Financeira.
3. Ordenador de Despesas: efetuará a análise crítica acerca da justificativa apresentada pela Unidade de Gestão Contratual. Caso considere a justificativa suficiente, emitirá o Termo de DEA e autorizará o empenho.

Segue abaixo a apresentação do fluxo do processo de trabalho de despesas de exercícios anteriores, modelado usando a notação *Business Process Model and Notation* (BPMN); do Checklist, para o correto enquadramento de despesas de exercícios anteriores; e do Termo de despesas de despesas de exercícios anteriores, que oferece um modelo a ser utilizado para registro de despesas de exercícios anteriores e autorização de empenho.

2.3.1 FLUXO DO PROCESSO



2.3.2 LISTA DE VERIFICAÇÃO

LISTA DE VERIFICAÇÃO		
ENQUADRAMENTO COMO DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES		
Para a dívida ser considerada como despesa de exercício anterior, ela deve se enquadrar em um dos itens abaixo listados, conforme art. 37 da Lei nº 4.320, de 1964, e § 2º do art. 22 do Decreto nº 93.872, de 1986:		
Marque um "X"	Opções de Enquadramento:	
	<u>Despesas que não tenham sido empenhadas em época própria</u> – aquelas cujo o empenho tenha sido considerado insubsistente e anulado no encerramento do exercício correspondente, mas que, dentro do prazo estabelecido, o credor tenha cumprido sua obrigação.	
	<u>Restos a Pagar com prescrição interrompida</u> – a despesa cuja inscrição em Restos a Pagar tenha sido cancelada, mas em relação à qual ainda vige o direito do credor.	
	<u>Compromisso reconhecido após o encerramento do exercício</u> – a obrigação de pagamento criada em virtude de lei, mas somente reconhecido o direito do reclamante após o encerramento do exercício correspondente.	
CHECKLIST – COMPOSIÇÃO PROCESSUAL		
ITEM	SIM	NÃO
1. Informações necessárias na Nota Técnica:		
1.1. Causa da inobservância do empenho ou justificativa de anulação de empenho		
1.2. Relatório da despesa ocorrida		
1.3. Confirmação de que a despesa não excedeu o contrato		
1.4. Documentação que originou tal situação, tais como: despachos, termos de apostilamento e aditivos, etc. (se for o caso)		
1.5. Importância a pagar		
1.6. Dados do credor (nome, CPF ou CNPJ e endereço)		
1.7. Data de vencimento do compromisso (se for o caso)		

Este Termo está disponível nos modelos do SEI sob o nº 1057144.

2.3.3 TERMO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES

Em conformidade com o art. 37 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, bem como do art. 22 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, reconheço a despesa de exercício anterior e autorizo empenho no valor de R\$ _____ (_____), junto à _____, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ sob o nº _____, pelos serviços prestados durante a vigência do Contrato _____, conforme tabela abaixo:

Nota Fiscal	Valor a Pagar
	R\$
Total	R\$

O enquadramento da despesa de exercício anterior está demonstrado no Checklist SEI nº _____, sendo que o passivo foi devidamente relatado na Nota Técnica _____ (SEI nº _____), bem como verificada a existência de dotação orçamentária para atender a presente demanda, conforme Declaração de Disponibilidade Orçamentária _____ (SEI nº _____).

Este Termo está disponível nos modelos do SEI com a denominação Termo de Despesa de Exercício Anterior (DEA).

2.4 DO ESTABELECIMENTO DE UM PRAZO PARA A EFETIVAÇÃO DO PAGAMENTO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES

As normas que incidem sobre as contratações públicas preveem regras e prazos para o pagamento a ser feito ao contratado, em contraprestação ao adimplemento de obrigação contratual (CF, de 1988, art. 5º, §3º; Lei nº 8.666, de 1993, art. 40, XIV; e Lei nº 14.133, de 2021, art. 141 e seguintes).

Desse modo, havendo vínculo contratual, os procedimentos inerentes ao pagamento estão descritos nas normas que regulam as contratações públicas, havendo também farta regulamentação infralegal sobre o tema, de observância obrigatória pela Administração Pública Federal (Instrução Normativa MPOG nº 2, de 6 de dezembro de 2016, e Anexo XI da Instrução Normativa SG/MPDF nº 5, de 25 de maio de 2017, por exemplo).

Justamente por incidirem os prazos contratuais, normativos e legais para a respectiva despesa, o pagamento efetivado à conta de recursos alocados no elemento 92 - Despesas de Exercícios Anteriores - não exige que seja estabelecido, neste Guia, um prazo específico a ser observado pelo Cade. Afinal, o contrato, a lei e os regulamentos aplicáveis já preveem os prazos de pagamento que deverão ser observados pela Administração, o que confere suficiente previsibilidade quanto ao momento de adimplemento da obrigação, ainda que o empenho ocorra em exercício diverso daquele em que ocorreu o fato gerador da despesa.

2.5 DA POSSIBILIDADE DE CONSULTA À PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE EM CASO DE DÚVIDA JURÍDICA

Sobre a participação da Procuradoria Federal Especializada - PFE, a unidade jurídica do Cade está permanentemente à disposição de todas as áreas para elucidar eventuais dúvidas jurídicas, seja por consulta formal ou por assessoria jurídica aos gestores públicos, conforme prevê o inciso I do art. 15 da Lei nº 12.529, de 2011:

Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe:
I – prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade;
(...)

As despesas de exercícios anteriores, diversamente do que ocorre em relação ao reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual, são dotadas de alicerce jurídico que lhes confere absoluta validade e legitimidade, haja vista a existência de contrato e/ou lei que oferecem juridicidade ao crédito.

O caráter anual inerente ao orçamento público acaba por ensejar situações concretas em que as despesas de exercícios encerrados devem ser pagas no exercício corrente, sendo o procedimento

de DEA voltado justamente para a caracterização dessa situação, diferenciando-a do procedimento adotado em reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual.

Portanto, o fluxo de DEA tem por finalidade promover o ajuste orçamentário-financeiro da despesa originada em exercício anterior, do que resultará a sua classificação com base em novo elemento de despesa (elemento 92 – Despesas de Exercícios Anteriores), para fins de empenho, liquidação e pagamento.

Trata-se, portanto, de hipótese prevista expressamente no art. 37 da Lei nº 4.320, de 1964, não havendo dispositivo legal que imponha a análise jurídica prévia para sua efetivação.

De todo modo, em caso de dúvidas jurídicas existentes ao longo da tramitação do procedimento de DEA, a PFE poderá ser consultada.

2.6 DO ENVIO DO PROCESSO À CORREGEDORIA EM CASO DE INDÍCIO DE IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA

Como visto, o procedimento a ser adotado na tramitação de DEA decorre diretamente do fato de ser o orçamento público elaborado em observância ao princípio da anualidade.

A Orientação Normativa/AGU nº 4, de 2009, prevê que a apuração de responsabilidade é necessária em casos de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993, não havendo qualquer orientação semelhante em relação às despesas de exercícios anteriores.

Diante disso, parece claro que, nos procedimentos de DEA, a Corregedoria do Cade somente será acionada caso sejam identificados indícios de irregularidade, ao passo que os casos de reconhecimento de dívida sem cobertura contratual sempre serão remetidos à Corregedoria para manifestação.

3 PAGAMENTO DE DESPESAS SEM COBERTURA CONTRATUAL MEDIANTE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA

3.1 DA DEFINIÇÃO DO RECONHECIMENTO DE DÍVIDA DE DESPESAS SEM COBERTURA CONTRATUAL

O reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual pode ser caracterizado como um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, de forma excepcional, indeniza alguém em razão de execução de serviços ou fornecimento de bens sem cobertura contratual.

Conforme consignado no Despacho nº 00235/2021/DECOR/CGU/AGU, o reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual é uma decorrência direta do princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa, de modo que, mesmo que não tenha ocorrido observância às formalidades legais para a contratação, caso a Administração tenha se beneficiado dos serviços executados ou de bens fornecidos, será obrigada a promover a devida indenização a que se refere o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993.

Sobre a natureza de reconhecimento de dívida, elucidativas são as orientações de Pontes de Miranda:

O negócio jurídico de reconhecimento não cria dívida, obrigação, ação ou exceção. Declara. A dação é de declaração. Trata-se, portanto, de acordo de declaração, se bilateral o negócio jurídico, ou de declaração unilateral de vontade. A situação que surge, em virtude da eficácia declarativa, é imediata. Não há promessa, não há assunção de dívida. Entra no patrimônio de quem é beneficiado pelo negócio jurídico de reconhecimento o que o declarante 'dá'; ele dá a declaração (in Tratado de Direito Privado Especial Tomo XXXI, Capítulo IV).

Disso, tem-se que o reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual não basta para criar qualquer obrigação. O dever de indenizar decorre, originariamente, da subsunção do fato (recebimento de serviço ou bens pela Administração Pública, assim como a necessidade de reparação de eventuais prejuízos comprovados) às normas legais, sendo que o fluxo procedimental de que trata este guia tem por finalidade, entre outras, promover a verificação da compatibilidade entre fatos e norma, de modo a conferir legitimidade ao pagamento que será efetuado ao fim do processo.

Ao tratar da inexistência de contrato ou nulidade contratual, Hely Lopes Meirelles deixa claro que o reconhecimento de dívida resulta do dever moral de indenizar o benefício auferido pelo Poder Público:

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. (in Direito Administrativo Brasileiro, ed. RT, 1992)

Convém reconhecer que o princípio da continuidade dos serviços públicos pode desempenhar relevante papel na origem dos eventos ensejadores do dever de indenização atribuído à Administração Pública.

É que os fatos da vida real podem conduzir à necessidade de o administrador público realizar, por exemplo, uma demanda verbal (da qual não resulta um vínculo contratual, em razão da nulidade estabelecida no parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666, de 1993) ou em quantidade/qualidade não prevista pelo vínculo contratual existente, em razão da obrigação que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico de preservar a continuidade do serviço público, tudo isso a fim de evitar maiores prejuízos à toda a coletividade.

Isso quer dizer que a necessidade de preservação da continuidade do serviço público pode exigir a adoção de providências extremas (utilização de equipamentos e instalações da empresa, encampação de serviço público, entre outras) pelo administrador público.

Sobre o tema, as lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo bem esclarecem que a interrupção do serviço público tem potencial de prejudicar toda a coletividade:

Os serviços públicos, como seu nome indica, são prestados no interesse da coletividade, sob regime de direito público. Por esse motivo, sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções. A interrupção de um serviço público prejudica toda a coletividade, que dele depende para a satisfação de seus interesses e necessidades. (in Direito Administrativo Descomplicado, 15ª ed. 2008. Ed. Impetus)

Portanto, a realização de despesas sem cobertura contratual pode estar inserida no contexto da necessidade de manter a continuidade do serviço público, sendo que tal constatação foi expressamente considerada pela Controladoria-Geral da União na Nota Técnica nº 972/2019/CGUNE/CRG:

(...)

Explorando a realidade das repartições públicas no país, onde há diversos obstáculos para concluir um procedimento licitatório, com tantas etapas, exigências e recursos possíveis, ordens judiciais diversas e, nesse imbróglio, há o administrador bem-intencionado, diante dos usuários e do interesse da coletividade de resolver pequenos serviços ou adquirir produtos de primeira necessidade do serviço, emergentes e excepcionais. Tal administrador, que agiu visando manter o serviço que é do público funcionando regularmente, dando cumprimento a diversos princípios, tais como o da continuidade dos serviços

públicos não pode, com a devida vênia, ficar a mercê de responder a PAD quando não causou e bem atuou na remediação do infortúnio.
(...)

Referida Nota Técnica acabou culminando com a elaboração e publicação da Portaria nº 4.097, de 23 de dezembro de 2019, que orienta sobre a adoção de juízo de admissibilidade nos casos de suposta irregularidade em assunção de obrigações emergentes, excepcionais e sem cobertura contratual no âmbito do Poder Executivo Federal, prevendo a possibilidade de a autoridade competente deixar de instaurar processos administrativos sancionadores, desde que atendidos alguns requisitos (descritos no artigo 2º do referido ato).

3.2 DOS FUNDAMENTOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL E LEGAL

Na Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...)

Na Lei nº 8.666, de 1993:

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. (g.n)

Na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021:

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa. (g.n)

No Código Civil:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. (g.n)

3.3 DA DEFINIÇÃO DO FLUXO DO PROCESSO DE TRABALHO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA DE DESPESAS SEM COBERTURA CONTRATUAL

A representação do fluxo do processo de trabalho foi elaborada de acordo com o padrão de notação de modelagem de processos *Business Process Model and Notation* (BPMN), mediante a utilização da ferramenta Bizagi, possibilitando a criação e documentação de processos, para melhor compreensão de cada passo mapeado, e realização do trabalho de forma clara e suficiente.

Foram mapeadas as unidades que ordinariamente participam do procedimento de reconhecimento de dívida sem cobertura contratual, com descrição das tarefas que devem ser realizadas para a evolução da tramitação processual. São elas:

1. Unidade Demandante: inicia o processo ao tomar conhecimento do fornecimento de produto ou execução de serviço sem cobertura contratual, realizando as seguintes atividades: i) abertura de processo específico no SEI; ii) inserção da Nota Fiscal e da Certidões de Regularidade Fiscal no processo; iii) elaboração de Nota Técnica e preenchimento do Checklist; iv) saneamento processual, quando necessário. Não é possível definir previamente qual unidade administrativa será responsável por essas providências porque somente a situação concreta indicará qual unidade tomou conhecimento do fato que ensejará o início do procedimento.

2. Unidade Superior à Unidade Administrativa: é a unidade que está acima da Unidade Demandante e que irá atestar o recebimento do produto ou serviço e encaminhar para ciência do Ordenador de Despesas.

3. Unidade de Gestão de Contratos: responsável pela instrução processual em auxílio ao Ordenador de Despesas. É responsável por: i) analisar a instrução processual e verificar se está correta; ii) solicitar possível saneamento à Unidade Demandante; iii) avaliar a culpa ou o dolo do contratado e, caso caracterizado, deve fundamentar e dar ciência para a empresa sobre o não pagamento; iv) não configurada a culpa ou o dolo, irá solicitar a emissão de DDO à Unidade Orçamentária e Financeira; v) elaborar minuta de Termo de Reconhecimento de Dívida e Nota Técnica que serão encaminhados ao Ordenador de Despesas; vi) analisar parecer jurídico; vii) realizar saneamento processual, quando necessário; viii) emitir Termo de Reconhecimento de Dívida e colher assinaturas das partes; ix) realizar publicação no DOU, quando a despesa não for considerada de baixo valor; x) encaminhar para emissão de empenho.

4. Unidade Orçamentária e Financeira: responsável por emitir a DDO e enviar para a Unidade de Gestão de Contratos. Compete a esta Unidade: i) emitir empenho; ii) analisar e inserir os dados no SIAFI; iii) processar o pagamento e recolhimento de impostos; iv) dar ciência do pagamento ao Ordenador de Despesas.

5. Ordenador de Despesas: ao tomar ciência do fato, irá encaminhar a ocorrência para análise da Unidade de Gestão de Contratos. De posse da minuta do Termo e da Nota Técnica, deve: i) solicitar parecer jurídico à PFE; ii) tomar conhecimento do parecer e encaminhar para análise da Unidade de Gestão de Contratos; iii) autorizar o Termo de Reconhecimento de Dívida, a emissão de empenho e o pagamento, se a instrução estiver correta; iv) tomar ciência do pagamento; v) encaminhar para a apuração de eventual responsabilidade.

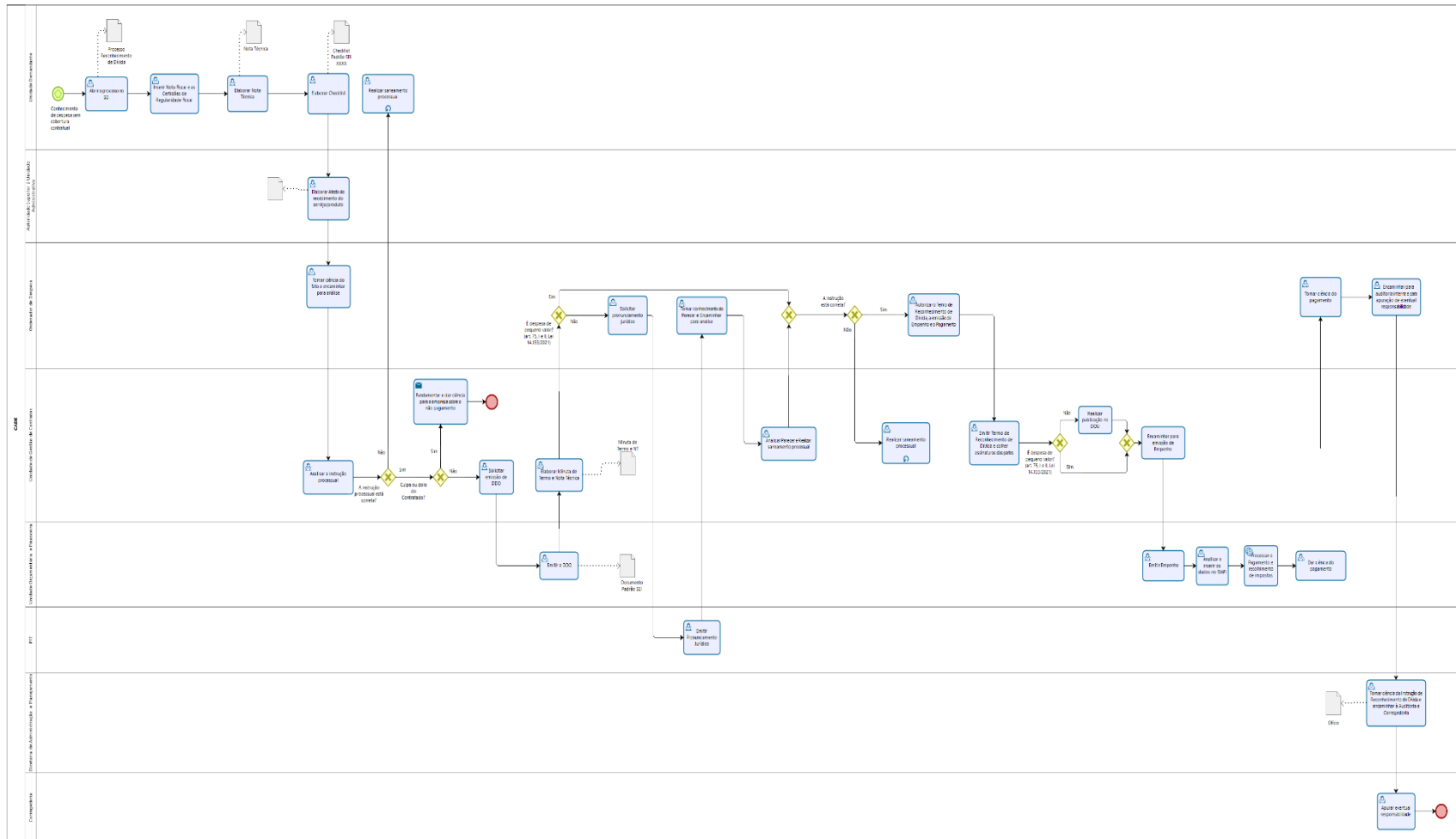
6. Procuradoria Federal Especializada: cabe a ela examinar juridicamente a minuta de termo de reconhecimento de dívida, responder consultas e prestar assessoria jurídica a todos os setores envolvidos no processo. É responsável pela elaboração do parecer jurídico.

7. Diretoria de Administração e Planejamento: unidade responsável por tomar ciência da instrução do processo de reconhecimento de dívida e encaminhamento à Corregedoria.

8. Corregedoria: responsável por apurar eventual responsabilidade do agente público.

Segue abaixo a apresentação do Fluxo do processo de trabalho de reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual, modelado utilizando a notação *Business Process Model and Notation (BPMN)*; do *Checklist*, para o correto enquadramento de despesas sem cobertura contratual; e do Termo de reconhecimento de dívida, que oferece um modelo a ser utilizado para reconhecer o dever de indenizar pelo Cade.

3.3.1 FLUXO DE PROCESSO



3.3.2 LISTA DE VERIFICAÇÃO

DESPESA SEM COBERTURA CONTRATUAL		
COMPOSIÇÃO PROCESSUAL		
ITEM (Informe o número Sei do Documento ou indique o item da Nota Técnica)		
1	As características do produto fornecido ou a completa descrição do serviço prestado;	
2	Justificativa quanto à contratação do serviço sem a observância dos procedimentos formais instituídos por lei;	
3	Justificativa quanto a escolha do fornecedor e do quantitativo;	
4	Comprovação de que o fato que gerou a assunção da obrigação é excepcional e extraordinário, ou seja, que o órgão não faz uso da prática de forma reiterada e que o não fornecimento ou prestação de serviço em caráter de urgência causaria prejuízo para a boa gestão pública;	
5	Comprovação da boa-fé do fornecedor/prestador do serviço e do gestor público;	
6	Comprovação de que o serviço tenha sido efetivamente realizado;	
7	Certificação de inexistência de pagamento pelo serviço executado ou pelo produto fornecido sem cobertura contratual;	
8	Pesquisa de preços no mercado de ao menos outros 3 (três) possíveis fornecedores/prestadores, com os preços praticados para a comercialização de produtos ou serviços idênticos ao objeto do reconhecimento, podendo 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;	
9	Certidão de Regularidade Fiscal e Trabalhista, podendo ser substituído pelo SICAF;	
10	Nota Fiscal	
11	Domicílio Bancário do Credor	
Estando completa a instrução processual, encaminhar os autos para atesto da chefia imediata.		

Este Lista de Verificação está disponível nos modelos do SEI sob o nº 1057145.

3.3.3 TERMO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA DE DESPESA SEM COBERTURA CONTRATUAL (MODELO)

DEVEDOR: **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com sede SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano, CEP: 70770-504 - Brasília/DF, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.418.993/0001-16, neste ato representado pelo(a) Ordenador(a) de Despesa por Subdelegação, o(a) Senhor(a) (indicar a autoridade competente), servidor(a) público(a) portador(a) do SIAPE nº (colocar a matrícula), no uso da atribuição que lhe confere o art. 1º, inciso II, alínea "b" da Portaria Cade nº 340, de 14 de julho de 2021.

CREDOR: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX., CNPJ nº XXXXXXXXXXXXXXXX, com endereço na XXXXXXXXXXXX, telefone XXXXXX, neste ato representada por XXXXXXXXXXXX, portador do RG nº XXXXXXXXXXXX, CPF nº XXXXXXXXXXXX.

As partes acima identificadas têm, entre si, justo e acertado o presente Termo de Reconhecimento de Dívida, que se regerá pelas cláusulas seguintes.

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

O Cade reconhece o dever de indenizar a CREDORA no montante de R\$ XXXXX, decorrente da nota fiscal nº XXXX, documento SEI XXXXX.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - O crédito que se confere à CREDORA decorre do reconhecimento de dívida, feito pelo Cade, em virtude do fornecimento de bens/prestação de serviços XXXXXXXXXXXX (*detalhar objeto*), sem cobertura contratual, o que se faz na forma preconizada pelo art. 59 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelo art. 149 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, resultando no valor total de _____, referente às parcelas em atraso no período de _____

PARÁGRAFO SEGUNDO - Os serviços em questão foram executados pela empresa no período de XXXXXX a XXXXXX, em caráter excepcional, pelos motivos elencados pela área técnica na Nota Técnica XX, SEI XXXXXX.

PARÁGRAFO TERCEIRO - O reconhecimento de dívida constante deste instrumento é definitivo e irretratável, não implicando, de modo algum, novação ou transação, e vigorará imediatamente.

CLÁUSULA SEGUNDA - RECURSOS FINANCEIROS

As despesas decorrentes da prestação do serviço e reconhecidas neste termo correrão à conta de dotação orçamentária própria do Cade, classificada com o Programa de Trabalho XXXXXX e Natureza de Despesa XXXXXX, conforme Declaração de Disponibilidade Orçamentária XXXXXX.

CLÁUSULA TERCEIRA - DA QUITAÇÃO DA NOTA FISCAL

Fica estabelecido que, o pagamento da(s) Nota(s) Fiscal(is) nº(s) _____, apresentada(s) sob nº SEI _____ do Processo _____, objeto do presente reconhecimento de dívida, conforme estabelecido na CLÁUSULA PRIMEIRA, implicará a plena e total quitação ao Cade do débito reconhecido neste termo, para nada mais ter a reclamar a credora quanto às referidas notas fiscais.

CLÁUSULA QUARTA

Incumbirá ao Cade providenciar a publicação deste instrumento, por extrato, no Diário Oficial da União, no prazo previsto na Lei nº 8.666, de 1993.

CLÁUSULA QUINTA - DO FORO

Para dirimir quaisquer controvérsias resultantes deste Termo de Reconhecimento de Dívida, as partes elegem a Seção Judiciária do Distrito Federal.

E, por assim estarem justas e acertadas, foi lavrado o presente **Termo de Reconhecimento de Dívida** e disponibilizado, por meio eletrônico, através do Sistema Eletrônico de Informações – SEI, conforme RESOLUÇÃO CADE Nº 11, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2014, publicada no D.O.U. Seção 1, no dia 2 de dezembro de 2014, o qual, depois de lido e achado conforme, vai assinado pelas partes.

Brasília, XX de XXXX de XXXX.

Representante Cade

Representante Empresa

Este Termo está disponível nos modelos do SEI com a denominação Termo de Rec. De Dívida sem Cobertura Contratual.

3.4 DA NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

De acordo com o art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, é obrigatória a análise jurídica de minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. É o que consta do parágrafo único do referido dispositivo legal:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

A Lei nº 14.133, de 2021, também prevê que o processo de contratação deverá ser examinado pelo órgão de assessoramento jurídico da Administração, para análise jurídica e realização de controle prévio de legalidade:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

Ocorre que, na prática, a necessidade de instaurar um procedimento de reconhecimento de dívida sem cobertura contratual resulta do vício de validade existente no pacto que originou o fornecimento ou a execução do serviço em favor da Administração Pública. É possível também a ocorrência de danos ao particular causados por conduta da Administração, os quais também devem ser reparados, conforme balizas da lei.

Nessa circunstância, o Poder Público tem o dever de indenizar o particular pelos bens fornecidos, serviços prestados e/ou prejuízos causados ao particular, de modo que a nulidade do ajuste não afeta a vedação de a Administração locupletar-se em detrimento daquele que, de boa-fé, acabou por executar uma contratação nula. A incidência dos princípios constitucionais da moralidade e probidade administrativa impedem que a Administração tire proveito desse tipo de situação.

A origem jurídica da necessidade de efetuar o reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual, portanto, está na existência de fornecimento, execução de serviço ou prejuízos causados ao particular que tenham decorrido de situação fática que produziu efeitos

concretos, mas que não preenche os requisitos para sua validação e formalização nos termos das normas legais.

Se levarmos em conta que o procedimento de reconhecimento de dívida tem por finalidade a reunião de um arcabouço documental e de motivação voltado a permitir a liberação de recursos para indenizar os serviços prestados, bens fornecidos ou prejuízos causados ao particular sem cobertura contratual, fica claro que a juntada de um parecer jurídico contribuirá para elevar o nível de segurança jurídica desse procedimento, especialmente se considerarmos que as contratações propriamente ditas passam, como regra, pelo crivo da análise jurídica.

Nesse contexto, vale uma reflexão: se um processo ordinário de contratação exige, como regra, a manifestação jurídica, com muito mais razão esse exame será relevante em um processo permeado por irregularidades que impactaram a própria validade do ajuste nulo que deu origem ao dever de indenizar.

Portanto, não há dúvidas sobre a necessidade de manifestação jurídica nos expedientes relativos ao reconhecimento de dívida.

3.5 DA NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA CORREGEDORIA

A Lei nº 8.666, de 1993, ao impor o dever de a Administração Pública indenizar o particular 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), prevê também que deverá ser apurada a responsabilidade de quem deu causa à despesa e eventuais prejuízos. Previsão semelhante consta do art. 149 da Lei nº 14.133, de 2021.

Sobre o tema, convém citar a Orientação Normativa AGU nº 4, de 2009:

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

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 DER CAUSA.

INDEXAÇÃO: INDENIZAÇÃO. DESPESA SEM COBERTURA CONTRATUAL. CONTRATO NULO. CONTRATO VERBAL. RECONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE. REFERÊNCIA: arts. 59, parágrafo único, 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993; Art. 63, Lei nº 4.320, de 1964; Acórdão TCU 375/1999-Segunda Câmara.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

Como visto, o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993, e o art. 149 da Lei nº 14.133, de 2021, estabelecem que a declaração de nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado e por prejuízos regularmente comprovados (desde que não sejam a ele imputáveis), devendo ser promovida a apuração da responsabilidade de quem lhes deu causa.

Nesse cenário, como última etapa do fluxo de reconhecimento de dívida de despesa sem cobertura contratual, foi estabelecida a etapa de envio do processo à Corregedoria do Cade, para exercer as competências discriminadas na Portaria Cade nº 145, de 5 de março de 2021, com atendimento ao disposto nos arts. 20 a 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, nas Leis nº 8.112, de 1990, e 9.784, de 1999, no Decreto nº 9.830, de 2019, bem como na Portaria nº 9.097, de 2019, da Corregedoria-Geral da União, sem prejuízo da observância a outras normas que se revelarem pertinentes ao caso concreto.

3.6 DO ESTABELECIMENTO DE UM PRAZO INTERNO PARA A EFETIVAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO ART. 59, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, E DO ART. 149 DA LEI Nº 14.133, DE 2021

As normas que incidem sobre contratações públicas preveem regras e prazos para o pagamento a ser feito ao contratado, em contraprestação ao adimplemento de obrigação contratual (CF, art. 5º, §3º; Lei nº 8.666, de 1993, art. 40, XIV; e Lei nº 14.133, de 2021, art. 141 e seguintes).

Desse modo, havendo vínculo contratual, sabe-se que os procedimentos inerentes ao pagamento estão descritos nas normas que regulam as contratações públicas, havendo também farta regulamentação infralegal sobre o tema, de observância obrigatória pela Administração Pública Federal (Instrução Normativa MPOG nº 2, de 2016, e Anexo XI da Instrução Normativa SG/MPDF nº 5, de 2017, por exemplo).

Ocorre que a despesa sem cobertura contratual decorrente de reconhecimento de dívida, como já tratado, não possui natureza contratual, motivo pelo qual os prazos que regulam o pagamento em contratações não incidem automaticamente aos casos de reconhecimento de dívida.

Sequer haveria sentido em o Cade pretender efetivar a indenização nos mesmos prazos de pagamento previstos para contratações. Vale lembrar que o §3º do art 5º da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece que o pagamento deverá ocorrer em até cinco dias úteis em relação a valores que não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24.

Não é necessário dizer muito para que se conclua que o prazo de cinco dias úteis é insuficiente para que se adotem todas as diligências instrutórias e de elaboração da competente justificativa para a liberação dos respectivos recursos, mesmo considerando quantias definidas legalmente como sendo de pequeno valor.

Ademais, é razoável crer que poderá ser necessária a juntada de manifestações dos setores eventualmente envolvidos nos eventos que culminaram com o dever de indenizar, circunstância

que certamente consumirá tempo e que torna evidente que o procedimento de reconhecimento de dívida demandará um prazo maior do que um procedimento comum de pagamento no âmbito de contratações administrativas.

A constatação acima ganha especial relevância se for considerada a necessidade de:

- a) elaboração de relatório com a descrição das características do produto ou serviço prestado;
- b) apresentação de justificativas para a realização de despesas sem cobertura contratual;
- c) elaboração de justificativa quanto ao preço praticado;
- d) adoção de providências relacionadas à disponibilidade orçamentária e financeira; e
- e) elaboração de manifestação jurídica da Procuradoria.

A verdade é que a Lei nº 8.666, de 1993, e a Lei nº 14.133, de 2021, não preveem prazo para a realização da indenização a que se refere seu art. 59, parágrafo único e seu art. 149, respectivamente.

Ocorre que a iniciativa de elaboração de um fluxo de atividades, por sua própria natureza, deve ser feita com a indicação da estimativa de tempo que será consumido pelos setores envolvidos para a conclusão de um processo de reconhecimento de dívida, o que se mostra pertinente inclusive para fins de elaboração de indicadores de eficiência.

Também não pode ser ignorado o legítimo interesse do particular interessado no recebimento da indenização a que se refere o art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993, e o art. 149 da Lei nº 14.133, de 2021. Afinal, não é razoável que se pretenda receber um bem ou serviço ou, ainda, provocar danos e crer que a respectiva contraprestação/indenização ocorra sem o estabelecimento de parâmetros mínimos de referência temporal a serem observados pela Administração Pública.

Como elementos informadores do estabelecimento desses parâmetros, avalia-se como razoável que sejam considerados:

- a) a realidade administrativa com base nos processos de reconhecimento de dívida já tramitados e concluídos;
- b) as referências legais, mesmo que sejam adotadas por analogia.

Em relação à realidade experimentada pelo Cade em processos dessa natureza, após uma seleção efetuada por amostragem, foram considerados os seguintes processos de reconhecimento de dívida já finalizados como parâmetro para verificação do tempo médio de tramitação:

1. 08700.009184 2014-00 – 69 dias entre o pedido de DDO e o pagamento;
2. 08700.009185 2014-46 – 115 dias entre o pedido de DDO e o pagamento;
3. 08700.000771 2019-30 – 32 dias entre atesto e o pagamento; e
4. 08700.001002 2019-59 – 23 dias entre o atesto e o pagamento.

Os processos dos itens 1 e 2 contaram com manifestação jurídica, ao passo que os processos dos itens 3 e 4 seguiram trâmite simplificado diretamente com o Ordenador de Despesas.

É possível constatar que o tempo médio de tramitação desse tipo de expediente, no Cade, foi de 59 dias.

Em relação à adoção de uma referência legal, ainda que indireta, a ser utilizada para a definição de um prazo interno e gerencial para efetivação da indenização, é possível notar que a Lei nº 8.666, de 1993, art. 73, inciso I, alínea b e §3º estabelece o limite de 90 dias para a Administração formalizar o recebimento definitivo de obras e serviços:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

(...)

§ 3º O prazo a que se refere a alínea "b" do inciso I deste artigo não poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.

(...) (g.n)

Tal previsão visa a evitar a ocorrência de excessiva demora na adoção de providências direcionadas ao avanço e à conclusão do procedimento de reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual, o que protege o particular de eventual inércia administrativa.

Ao tratar do tema, Marçal Justen Filho observa que:

Omissão da Administração §§(3º e 4º)

“Poderá induzir-se a aceitação pela Administração mesmo na ausência de manifestação expressa. O particular não pode ser constrangido a aguardar indefinidamente pela manifestação administrativa. (...) Segundo o §3º, o prazo não poderá ser superior a noventa dias, no caso de obra e serviços. A lei silencia acerca do prazo no caso de compras. Deve-se reputar que o prazo máximo será aquele necessário à realização dos exames e das providências adequadas. (...)”

As referências legal e doutrinária acima nos oferecem quatro balizas importantes para o estabelecimento de um prazo para os procedimentos de reconhecimento de dívida de despesas sem cobertura contratual a serem processados no âmbito do Cade: (i) a de que não há razoabilidade em atribuir ao interessado o ônus de aguardar indefinidamente a manifestação administrativa sobre o reconhecimento de dívida; (ii) a de que 90 dias foram entendidos pelo legislador como um limite máximo razoável para as providências de recebimento em relação a obras e serviços; (iii) a de que

o prazo em relação a bens, para o qual não há expressa previsão legal, deverá ser definido com base no tempo necessário à realização das providências adequadas e (iv) situações excepcionais justificadas autorizam a extrapolação desse prazo.

O prazo de 90 dias também foi o lapso temporal adotado como referência pelo inciso XV do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993, ao disciplinar a rescisão ou suspensão do contrato em desfavor da Administração em razão de atraso no pagamento:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Ao tratar do tema, Marçal Justen Filho apresenta entendimento semelhante ao colacionado em relação ao prazo para recebimento definitivo do objeto:

É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da Administração não acarretaria qualquer consequência. Isso representa negar a eficácia do princípio da legalidade e liberar a Administração para condutas arbitrárias. É incompatível com o Estado de Direito.

(...)

A lei nº 8.666 autorizou a recusa do particular a cumprir seus deveres. Na legislação anterior a situação era diversa e o contrato deveria ser executado normalmente. (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ed. Dialética, 2010)

Tudo isso é para dizer que, na tramitação dos processos de reconhecimento de dívida sem cobertura contratual, compreende-se como razoável que o Cade adote como referência o prazo de noventa dias como meta para a efetivação da indenização. Quanto ao termo inicial para contagem desse período, parece coerente que seja considerada a data em que a Administração tomou conhecimento do recebimento de bens, execução de serviços sem cobertura contratual ou dos prejuízos causados ao particular, salvo situação peculiar que justifique a utilização de outro marco temporal.

Em caso de situações excepcionais, que impeçam a observância a esse prazo, será elaborada a competente justificativa pela unidade responsável pelo atraso.

Caso haja necessidade de complementação instrutória a ser providenciada pelo particular, é razoável que o decurso do prazo seja suspenso, pois nessa situação a evolução da tramitação não estará dependendo de conduta a ser adotada pelo Cade, mas sim pelo interessado, não se

justificando que tal período seja descontado do prazo para efetivação da indenização a cargo da Autarquia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os documentos e modelos mencionados nesse manual estarão disponíveis na base de conhecimento do SEI, pesquisável pelo título "Reconhecimento de Dívida (Despesa sem Cobertura Contratual e DEA). As alterações que porventura sejam realizadas nesse documento ocorrerão por meio de substituição por uma nova versão.