



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Processo nº 230691/2020 **PGE net n.º: 2020.02.004570**

Origem/Interessado Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Assunto Consulta – Contrato de Gestão nº 001/2020/SEPLAG/SEFAZ/MTI

Parecer nº 1.685/SGAC/PGE/2020

Local e Data 07/07/2020

Procurador Davi Maia Castelo Branco Ferreira

CÓPIA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSULTA JURÍDICA. CONTRATO DE GESTÃO. EMPRESA MATO-GROSSENSE DE TECNOLOGIA. ATESTO DE NOTAS FISCAIS. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO CONVÊNIO. RECOMENDAÇÕES PRÉVIAS. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE VALORES. ANÁLISE QUADRIMESTRAL. RECOMENDAÇÕES

Senhor Subprocurador-Geral de Aquisições e Contratos,

1 - RELATÓRIO

Trata-se de encaminhamento efetuado a esta Unidade Setorial da Procuradoria Geral do Estado, para análise e manifestação, quanto aos procedimentos que devem ser adotados no âmbito do Contrato de Gestão nº 001/2020/SEPLAG/SEFAZ/MTI,



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

principalmente no tocante ao atesto, por parte do fiscal do contrato, e conseqüente pagamento das notas fiscais apresentadas pela Empresa Mato-grossense de Tecnologia (MTI). Os questionamentos foram apresentados nos seguintes termos (fl. 16):

“Em atenção à CI nº 029/2020-STIS/SAAS/SEPLAG (fl. 02), que solicita orientação quanto aos seguintes questionamentos:

- a. Quais as condições para o atesto e conseqüente pagamento da nota fiscal?
- b. Quais são as eventuais repercussões caso o órgão não tenha sido signatário do contrato de gestão, mas tenha consumido regularmente os serviços prestados pela MTI?
- c. Existe a possibilidade de compensação dos valores pagos a maior com valores a serem adimplidos nos meses subsequentes, em face da especificação dos serviços por órgão? Considerando que nem todos os serviços faturados é de conhecimento do órgão? (sic).”

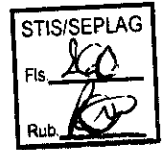
Em busca da economia processual e efetividade das ações administrativas, deixa-se de reproduzir eventual sumário dos documentos contidos nos autos, pois não interessam à presente consulta.

É o relato do necessário. Passo a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1 DOS LIMITES E ALCANCE DO PARECER JURÍDICO

Cumprindo delinear os limites e o alcance da atuação desta consultoria jurídica, tem-se que o parecer jurídico exarado pela Procuradoria-Geral do Estado veicula opinião estritamente jurídica, desvinculada dos aspectos técnicos que envolvam a presente demanda, a exemplo de informações, documentos, especificações técnicas, justificativas, e valores, os quais são presumidamente legítimos e verdadeiros, em



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

razão, inclusive, dos princípios da especialização e da segregação de funções, regentes da atuação administrativa.

O parecer, portanto, é ato administrativo formal opinativo exarado em prol da segurança jurídica da autoridade assessorada, a quem incumbe tomar a decisão final dentro da margem de discricionariedade conferida pela lei.

2.2 DAS CONDIÇÕES PARA O PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA ATESTO DA NOTA FISCAL

Segundo o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade previstos em lei, devem ser contratados mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

O fiscal de contratos, por sua vez, tem a incumbência de se certificar de que as condições estabelecidas em edital e na proposta vencedora estejam sendo cumpridas durante a execução do contrato, para que os objetivos da licitação sejam materialmente concretizados.

No âmbito dos contratos de Tecnologia da Informação (ou do Contrato de Gestão em epígrafe, com natureza similar aos Convênios Administrativos, nos termos do art. 116 da Lei 8.666/93 e art. 37, § 8º da CF), existem diretrizes traçadas pelo “Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação”, editado em sua primeira versão no ano de 2012 pelo Tribunal de Contas da União.

Sobre o papel do fiscal do contrato no âmbito dos contratos de Tecnologia da Informação, com fulcro na Lei 8.666/93 (que, como já dissemos anteriormente, aplica-se ao Contrato de Gestão em epígrafe, nos termos de seu art. 116), temos:



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

“O modelo de gestão do contrato deve contemplar as seguintes definições básicas:

1) Definição de quais atores do órgão participarão das atividades de acompanhamento e fiscalização do contrato, bem como as atividades a cargo de cada um deles. É necessário definir os papéis dos vários atores envolvidos, sob pena do fiscal do contrato ficar sobrecarregado. Diversos atores participam da gestão contratual, entre os quais:

a) responsável pelo acompanhamento e **fiscalização do contrato (fiscal do contrato), que efetua o recebimento provisório**, no caso de serviços, de acordo com o art. 73, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.666/1993. No caso de compras ou locação de equipamentos, o recebimento provisório deve ocorrer de acordo com o art. 73, inciso II, alínea “a”, da lei citada;

(...)

É necessário definir como o fiscal do contrato designado formalmente pela autoridade competente efetuará o recebimento provisório. **No caso do recebimento de serviços, os critérios de avaliação devem abranger métricas, inclusive de qualidade, segundo parâmetros e prazos aceitáveis.**

No caso de serviços, é importante que a área requisitante também participe dessa etapa, pois o fiscal tem condições de avaliar os produtos entregues sob a ótica da conformidade com o contrato e com os padrões de TI do órgão. Entretanto, a área requisitante deve emitir parecer sobre a aderência dos artefatos aos requisitos da contratação voltados ao negócio, de modo que o órgão tenha maior garantia de que os produtos e serviços entregues produzirão os resultados pretendidos e de que a necessidade do órgão que gerou a contratação seja atendida. Portanto, é interessante que haja um duplo recebimento, pelo fiscal e por representante da área requisitante.”. **(grifos nossos)**

Assim, percebe-se que o fiscal do contrato, com o auxílio de órgãos específicos e dotados de conhecimento técnico sobre os objetos contratados, deverá analisar especificamente os serviços prestados, visando atestar a nota fiscal apresentada e efetivamente liquidar a despesa a ser paga.

Sobre a liquidação, sempre pertinente colacionar o art. 63 da Lei 4.320/64, que apresenta o conceito legal do instituto:



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

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

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

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

II - a importância exata a pagar;

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

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

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Aliando as duas diretrizes, conclui-se que o ateste das notas fiscais por parte do fiscal do contrato possui duas exigências básicas: **I) a conferência e correspondência entre os serviços efetivamente prestados ao órgão contratante e os serviços previstos na nota fiscal; II) a liquidação da despesa, com o indicativo, por meio do ateste, que os serviços foram efetivamente prestados e os bens contratados foram entregues regularmente.**

No âmbito do Contrato de Gestão 001/2020/SEPLAG/SEFAZ/MTI, dentre as obrigações da contratada previstas na Cláusula Terceira, pertinente colacionarmos trecho importante:

“3.3 Mensalmente a MTI emitirá notas fiscais individualizadas para cada Unidade Orçamentária.

3.4 A MTI emitirá aos órgãos/entidades **a fatura relativa aos serviços prestados, conforme mensuração quadrimestral**, e a encaminhará até o dia 10 (dez) de cada mês subsequente.

3.5 A MTI fica responsável por promover, após assinatura e publicação do contrato, reunião de inserção e ciência com os órgãos do Poder Executivo, participe deste



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

contrato, conforme Anexo IV". **(grifos nossos)**

Ainda sobre a mensuração dos serviços prestados, novamente remetemos ao Contrato de Gestão em análise, em específico à Cláusula Quarta, *in verbis*:

"4.3 Os serviços classificados no Anexo II como de mensuração pelo "último consumo" serão faturados pelo **quantitativo do último mês apurado na "contagem quadrimestral de utilização anterior.**

4.4 Os serviços classificados no Anexo II como de mensuração pela "média do período anterior" serão faturados pelo **consumo médio apurado na "última contagem quadrimestral de utilização.**

4.5 Os serviços classificados no Anexo II como de mensuração **pelo "consumo realizado" serão faturados pelo consumo apurado no próprio mês**

4.6 A 'contagem quadrimestral de utilização' **será realizada ao fim do terceiro mês de cada quadrimestre".** (grifamos)

Por fim, pedimos vênua para reproduzir as diretrizes previstas na Cláusula Quinta do contrato analisado, que dispõem sobre o pagamento, *in verbis*:

"5.1 A MTI emitirá notas fiscais relativas aos valores dos serviços prestados, individualizado, de acordo com a Cláusula Terceira, item 3.3, em nome de cada Unidade Orçamentária/órgão, mensalmente, até o dia 10 (dez) de cada mês subsequente da prestação do serviço, exceto o mês de dezembro, onde as notas fiscais do mês deverão ser emitidas (sic) até o dia 20 de dezembro.

5.2 O pagamento das notas fiscais pelos órgãos/entidades deverá ser efetuado até o último dia útil do mês subsequente ao da prestação do serviço, sob pena de aplicação das penalidades previstas neste contrato.

5.3 As notas fiscais devem estar devidamente atestadas por servidor, formalmente designado por portaria, por cada órgão/entidade, para a função de fiscal da execução dos serviços de tecnologia da informação, prestadas pela MTI, em seu respectivo órgão.

5.4 De acordo com a Cláusula Terceira, itens 3.3 e 3.4, a MTI, mensalmente, emitirá nota fiscal e relatório dos serviços prestados aos órgãos/entidades".
(grifou-se)



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Após análise das diretrizes contratuais, percebe-se que o ateste da nota por parte do fiscal do contrato depende intrinsecamente do relatório de serviços prestados pela MTI, que serão mensais ou trimestrais, a depender da natureza do serviço.

Neste momento, importante rememorar que este Procurador do Estado teve a oportunidade de se manifestar na gênese do presente processo por meio do Parecer PGE n.º 214/SGAC/PGE/2020, recomendado pelo Subprocurador-Geral de Aquisições e Contratos, Dr. Waldemar Pinheiro dos Santos, e homologado pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado, Dr. Francisco de Assis da Silva Lopes.

Na referida manifestação jurídica, destacou-se a importância da análise específica dos serviços a serem prestados a cada órgão, pugnando-se que fosse analisada a “suficiência dos serviços previstos no Plano Anual de Prestação de Serviço de Tecnologia da Informação, que compõe o Contrato de Gestão de Prestação de Serviços Especializados em Tecnologia da Informação n.º 001/2020”.

Dessa forma, é imperiosa a necessidade de especificação dos serviços prestados no âmbito de cada órgão/entidade, nos termos do Contrato de Gestão 001/2020/SEPLAG/SEFAZ/MTI, com a demonstração de que, nos termos da análise colocada como condicionante para a assinatura do referido contrato de gestão, o serviço encontra-se no rol de serviços essenciais àquele órgão, com a sua efetiva prestação e correspondência entre o quantitativo utilizado e o valor cobrado.

Analisando a documentação acostada nestes autos, tem-se apenas a descrição genérica do serviço prestado nas notas fiscais apresentadas, o que torna inviável o cotejo entre os três fatores aqui mencionados e essenciais para o ateste regular por parte do fiscal: I) essencialidade do serviço no âmbito do órgão cobrado; II) quantitativo efetivamente fornecido pela contratada; III) cotejo entre os valores cobrados pela MTI e os serviços utilizados pelo órgão participante do Contrato de Gestão n.º 001/2020.

Somente atendidas as referidas condições, é possível o ateste das notas fiscais apresentadas, garantindo ao servidor o exercício hígido e regular das funções para as



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

quais foi designado.

Caso não haja disponibilidade das referidas informações, é imperativo que haja análise e auditoria do referido contrato, buscando aferir quais serviços são essenciais para o órgão participante, quais serviços foram efetivamente prestais e quais serviços estão sendo cobrados pela entidade contratada.

No âmbito do Estado de Mato Grosso, a referida função encontra-se sob a competência da Controladoria-Geral do Estado (CGE), nos termos do art. 2º, inciso (...) do Decreto Estadual 874/2017, que institui o Regimento Interno da Controladoria-Geral do Estado, nos seguintes termos:

“Art. 2º São competências da Controladoria Geral do Estado, conforme estabelecido nos artigos 74 da Constituição Federal, e 52 da Constituição Estadual, e nas Leis Complementares do Estado nº 198, de 17 de dezembro de 2004, nº 295, de 28 de dezembro de 2007 e nº 550, de 27 de novembro de 2014 e no Art. 59 da Lei Complementar Federal nº 101/2000:

(...)

IV – **assessorar e orientar a administração nos aspectos relacionados com os controles interno e externo**, inclusive sobre a **forma de prestar contas**, e quanto à legalidade dos atos de gestão, emitindo relatório, recomendações e orientações técnicas, manifestações e pareceres sobre estes;

(...)

XIII – verificar a exatidão dos controles financeiros, patrimoniais, orçamentários, administrativos e contábeis, **examinando se os recursos foram empregados de maneira eficiente e econômica e, na execução dos programas**, se foram alcançados os resultados e benefícios desejados, em obediência às disposições legais e às normas de contabilidade estabelecidas para o serviço público estadual;

(...)

XV – examinar a regularidade e legalidade dos processos licitatórios, sua dispensa ou inexigibilidade que envolva os recursos do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso, sejam por meio da aplicação direta, pelos seus órgãos e entidades, **por meio**



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

de convênios, acordos e outros instrumentos congêneres, bem como dos demais atos administrativos de que resulte a criação e/ou extinção de direitos e obrigações”.
(grifamos)

Assim, tenha-se em mente que o conceito de auditoria interna ou externa, consiste na atividade sistemática e programada desenvolvida em determinada organização, empresa ou departamento, **com o objetivo de checar se determinadas atividades ou informações estão de acordo com as disposições planejadas e/ou estabelecidas previamente.**

Se não há documentação que possa comprovar os serviços necessários, os serviços prestados e o cotejo entre a prestação e o valor cobrado, as atividades precisam ser auditadas, para fins de demonstração que a economicidade e a higidez da execução contratual encontra-se preservada.

Dessa forma, três conclusões são extraíveis de toda a argumentação apresentada neste tópico:

1) O fiscal do contrato precisa atestar as notas fiscais, liquidando a despesa pública, de posse das seguintes informações:

I – Essencialidade do serviço prestado para o funcionamento do órgão;

II – Rol de serviços efetivamente prestados;

III – Cotejo entre os serviços prestados e os valores cobrados na Nota Fiscal apresentada pela contratada;

2) Os relatórios apresentados pela MTI, contendo as informações necessárias para o ateste da nota fiscal, devem ser apresentados mensalmente ou trimestralmente, a depender da categoria de serviços, nos termos da Cláusula Quarta do Contrato de Gestão 001/2020/SEPLAG/SEFAZ/MTI;

3) A ausência de tais informações inviabiliza o pagamento dos valores pleiteados pela contratada, atraindo a necessidade de auditoria da execução contratual, visando apurar se a execução contratual vem ocorrendo dentro dos termos previstos no Contrato de Gestão, sendo a CGE-MT o órgão competente para tanto.



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

**2.3 DA AUSÊNCIA DE ASSINATURA DOS ÓRGÃOS ANUENTES –
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

A manifestação da vontade nos contratos em geral pode dar-se de diversas maneiras (escrita ou verbal, podendo, até mesmo, ser de forma mímica ou gestual). Todavia, bem se sabe que os contratos administrativos, a rigor, não podem ser formalizados verbalmente e devem observar o que prescreve a Lei 8.666, que assim dispõe:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

(...)

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.

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)".

A partir da leitura dos dispositivos transcritos, extrai-se a obrigatoriedade de o instrumento contratual **ser formalizado por escrito, devendo, inclusive, ser lavrado na sede da Administração.** Além disso, deverá conter os requisitos essenciais de identificação das partes contratantes, seus direitos e obrigações, bem como a delimitação do objeto, o preço ajustado, seu prazo de execução e o processo de licitação, de dispensa ou inexigibilidade que lhe deu origem.

Além de conter todas as cláusulas essenciais, os contratos devem ser assinados por agente capaz, já que, conforme dispõe o Código Civil brasileiro, este é um dos requisitos de validade do negócio jurídico.¹

Tradicionalmente, os contratos administrativos são impressos e os interessados, ao serem convocados, comparecem pessoalmente à sede da Administração, comprovando através de documento idôneo que detêm capacidade para firmar o negócio jurídico e apõem sua assinatura de próprio punho no instrumento contratual como forma de externar sua declaração de vontade, que se presume verdadeira.²

Dessa forma, na hipótese de ausência de assinatura por parte do gestor competente para o referido ato, não há como inferir a validade da participação do órgão no contrato de gestão em epígrafe.

Ademais, existem diversas disposições contratuais que necessitam do conhecimento do órgão participante, com a adoção das medidas adequadas para a regular

¹ Código Civil/2002: "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.(...) Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."

² CC/2002: "Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários."



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

execução do contrato, tais como a nomeação de fiscal específico para atuar no âmbito do presente contrato, a conferência da lista de serviços prestados e a essencialidade de tais serviços no âmbito do órgão pelo qual o gestor é responsável e a formalização do conhecimento dos termos contratuais por parte do órgão signatário.

O art. 59 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que a **“declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”**.

Essa disciplina decorre da máxima segundo a qual “atos nulos não surtem efeitos”. Daí por que, sendo nula a formação do contrato, todos os atos posteriores são contaminados pela ilegalidade, fazendo-se necessária a declaração de nulidade operar retroativamente, desfazendo os efeitos jurídicos de todos os atos contaminados pelo vício.

Contudo, estando o contrato em execução, a desconstituição de seus efeitos colocaria em dúvida se o órgão contratante seria/continuará obrigada a efetuar os pagamentos relativos às parcelas já executadas do objeto.

Para afastar qualquer dúvida nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 deixa claro que a “nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”. E o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993 assim estabelece:

“Art. 59. [...]

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”.

Essa previsão legal espelha preceito geral do Direito que veda o



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

enriquecimento ilícito, conforme reconhecido pela jurisprudência do STJ, a exemplo do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.311.455/RS:

“(…) III - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a nulidade do contrato administrativo não obsta o dever de a Administração Pública indenizar, sob pena de enriquecimento ilícito, o contratado pelos serviços prestados”.

Assim, a invalidação do contrato administrativo não autoriza a Administração a enriquecer indevidamente à custa do patrimônio de quem quer que seja. Isso significa que os efeitos da nulidade contratual não afastam o dever de o órgão/entidade indenizar o contratado pelas parcelas do contrato que foram regularmente executadas.

Assim, não se deve negar qualquer indenização ao contratado, mas sopesar o quantum que fará jus, a fim de que a Administração não recaia em outra irregularidade, qual seja, o enriquecimento sem causa mediante apropriação das parcelas do objeto executadas em seu favor.³

Essa tese espelha o racional empregado em decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“(…) O Tribunal de origem externou o entendimento de que o ressarcimento se daria em razão da condenação criminal e porque os contratados agiram de má-fé para proceder à prestação dos serviços (parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993); premissas que, além de não terem sido impugnadas, não podem ser revistas em sede de recurso especial, conforme entendimento da Súmula 7 do STJ.

[...]

No que se refere à alegação de que não seria devido o ressarcimento, porque prestado o serviço, a pretensão merece prosperar, em parte.

³ Lucas Rocha Furtado entende que, para os casos de anulação, “ainda que o art. 59 determine que a Administração somente deva ressarcir prejuízos sofridos pelo contratado se o vício que resultou na declaração de nulidade não lhe puder ser imputado, **a Administração não estará, é evidente, desonerada da obrigação de indenizar pelo que tenha sido efetivamente executado. Essa indenização, no entanto, será obtida de acordo com valores arbitrados pela Administração.** e não necessariamente deverão ser respeitados os valores constantes no contrato, haja vista não se poder esperar efeito válido de contrato nulo” (FURTADO, 2007, p. 402).



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Com efeito, conquanto a verificação de nulidade do contrato administrativo, por ilegalidade praticada pelos contratantes, não gere a obrigação de indenizar eventuais danos que decorram do ato de anulação ou revogação (arts. 49, § 1º, e 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993), **o fato é que há necessidade de a Administração Pública proceder ao pagamento dos serviços que foram prestados, não pelo preço que se cobrou, pois, afinal, a não observância das regras inerentes ao procedimento licitatório viciou a formação do preço ajustado, mas pelo valor que se apurar em procedimento de liquidação, cujo arbitramento deverá levar em consideração os custos da prestação dos serviços, com a exclusão da parte referente ao lucro, porquanto ilegalmente obtido.** (STJ, Ag no REsp 93.432/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 02.09.2013, DJ de 24.09.2013.)

Dessa forma, novamente atrai-se a necessidade de auditoria dos valores apresentados pela contratada, a ser realizada pela CGE-MT. Novamente, faço remissão ao Parecer PGE n.º 214/SGAC/PGE/2020, de minha autoria, no tocante aos valores apresentados pela contratada.

Na referida manifestação, recomendou-se a necessária demonstração da **vantajosidade dos valores apresentados para a formalização do contrato de gestão**, providência esta que se impõe no caso em apreço. A referida análise de custos se faz necessária para que os órgãos não signatários, que deverão indenizar a contratada, saibam quais os valores devem ser efetivamente adimplidos, observando-se o menor custo aos órgãos contratantes (em tese, pois não signatários), em consonância com o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, há que se observar as consequências práticas da nulidade do contrato para o regular funcionamento das atividades dos órgãos que não foram signatários na gênese do contrato. Nos termos do art. 21 da LINDB, temos:

“ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
(Regulamento)



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que **a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais**, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Ademais, o mesmo arcabouço normativo trata de eventual regime de transição nos casos de decretação de nulidade administrativa, nos seguintes termos:

“Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, **deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais**”.

Assim, seria possível vislumbrar a convalidação da participação dos órgãos que não assinaram o contrato em sua gênese, a contar da data da efetiva assinatura, de modo que os valores posteriores seriam adimplidos normalmente, nos termos do contrato. Já os valores anteriores à assinatura seriam pagos por indenização, nos moldes anteriormente indicados, com observância dos valores cobrados, retirando-se eventual margem de lucro da contratada.

2.4 DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR NO ÂMBITO DO CONTRATO DE GESTÃO 001/2020/SEPLAG

A fim de elucidar as dúvidas apontadas, é preciso trazer à tona a regra constante do art. 876 do Código Civil, segundo o qual "todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição".

Ademais, destaque-se que a referida previsão encontra-se prevista



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

contratualmente, no âmbito da Cláusula Quarta, item 4.9, *in verbis*:

“4.9 Caso os serviços ou quantidades de consumo auferidos para um mês sejam diferentes do estimado, os valores a maior ou a menor poderão ser acrescidos ou abatidos proporcionalmente ao consumo real do período nas faturas posteriores em forma de desconto ou acréscimo desde que formalmente justificados”.

Esse dispositivo legal, positivado na cláusula em epígrafe, reflete a verdadeira regra geral do Direito, que veda o enriquecimento ilícito. E, na forma do art. 54 da Lei nº 8.666/93, aplica-se, supletivamente aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Por consequência, tendo a Administração efetuado pagamento a maior, em desconformidade com os valores efetivamente devidos, torna-se imperiosa a sua restituição por parte do contratado.

Em situações similares, a jurisprudência dos tribunais regionais federais segue a mesma ordem de ideias apresentada, tanto em favor da Administração quanto em favor das contratadas, conforme o caso:

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

(...). 3. Restou caracterizada a efetiva prestação de serviços extraordinários no decurso do contrato administrativo firmado entre a autora e a ré, não se verificando justificativa plausível apta a alijar União da responsabilidade pelo devido pagamento dos serviços realizados, o que se conclui também pelo fato de que a própria Imprensa Nacional reconhece, no decorrer do contrato, a necessidade de "adequar a prestação dos serviços ao objeto do contrato, de forma a evitar a ocorrência de horas-extras ou limitá-las a 2 horas diárias, conforme legislação específica", permitindo inferir que o não pagamento em face delas, neste ínterim, gera enriquecimento ilícito pela União. (TRF1, Apelação/Reexame Necessário nº 2003.34.00.042137-2, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, j. 21.11.2012.)

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

(...). 2. A licitação, por ser um procedimento administrativo vinculado, exige a rigorosa observância de suas regras pelo administrador, visando a garantia dos



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

direitos dos interessados e a probidade na execução do certame, donde se justifica a consulta prévia ao SICAF. Todavia, tendo a Impetrante adimplido o contrato e efetivamente prestado o serviço, não se revela razoável obstar o pagamento ao argumento da constatação posterior de irregularidade junto ao SICAF. (TRF2, Apelação/Reexame Necessário nº 2008.51.01.027823-8, Rel. Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j. 13.10.2010.)

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

(...). O valor ao qual se obrigou a empresa recorrente foi na verdade Cr\$ 790.000.000,00, para o valor à prazo, não se podendo deduzir valor outro, sob pena de enriquecimento ilícito das recorrentes às custas e em detrimento da União Federal. (TRF3, Apelação Cível nº 0751451-28.1986.4.03.6100/SP 92.03.067429-2/SP, Rel. Des. Federal Marli Ferreira, j. 15.12.2011.)

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

(...). 2. In casu, mesmo que eventualmente constatada a desnecessidade do serviço de dois funcionários, por suposta divergência entre a área informada no edital e aquela efetivamente existente, tal fato não autorizaria a impetrante a reduzir, unilateralmente, a mão-de-obra contratada. Além de configurar inadimplência contratual, nos termos anteriormente explicitados, a aludida redução de mão-de-obra implica, ainda, em notório enriquecimento ilícito da impetrante, pois, embora tenha ofertado proposta com base na alocação de dois funcionários, receberia o mesmo valor com a utilização de apenas um. (TRF4, Apelação Cível nº 5001895-53.2010.404.7002/PR, Rel. Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, j. 10.07.2012.)

Tribunal Regional Federal da 5ª Região

(...). 1. O fato da empresa contratada estar em situação irregular junto ao SICAF, não autoriza a Administração a reter o pagamento dos serviços já prestados, sob pena de enriquecimento ilícito; (TRF5, Apelação em Mandado de Segurança nº 100359 - CE (2006.81.00.010549-0), Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 06.05.2010.)

Assim, constatado o pagamento equivocado por parte da Administração de valores que não eram devidos, será imperiosa a instauração de processo



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

administrativo voltado à identificação do montante envolvido, bem como à concessão de oportunidade para o exercício prévio dos direitos à ampla defesa e ao contraditório por parte do contratado.

Trata-se da concretização da diretriz de “formalização” prevista na Cláusula Quarta, item 4.9 do Contrato de Gestão 001/2020.

Concluído o processo administrativo, mostra-se recomendável à Administração oportunizar à contratada a forma pela qual ocorrerá o ressarcimento. Se não houver o ressarcimento espontaneamente, será possível a Administração glosar os valores devidos por ocasião dos futuros pagamentos e, caso o saldo contratual não seja suficiente, mantida negativa do particular em ressarcir a Administração, restará executar o montante devido da garantia prestada, que se destina justamente a ressarcir eventuais prejuízos sofridos pela Administração em vista do inadimplemento da contratada.

No caso, o recebimento indevido de valores a maior configura uma irregularidade contratual, na medida em que a inexistência de previsão no ajuste para esse recebimento determina violação aos deveres unilaterais de conduta exigidos das partes contratantes, especialmente no que toca a boa-fé e a lealdade.

Diante desses apontamentos, o recebimento de valores a maior sem justificativa, constitui enriquecimento sem causa, razão pela qual se faz devido o ressarcimento do montante pago indevidamente. Para tanto, é indispensável instaurar processo administrativo para apurar o montante a ser restituído pela contratada, no qual lhe seja assegurado o exercício prévio dos direitos à ampla defesa e ao contraditório. Concluído o regular processo administrativo, a contratada poderá devolver espontaneamente os valores. Não havendo essa devolução, autoriza-se a glosa de pagamentos futuros, bem como a execução da garantia contratual, se for o caso.

CONCLUSÃO:

2020.02.004570

18 de 20

Av. República do Líbano, 2.258, Jardim Monte Líbano
Cuiabá, Mato Grosso, CEP 78.048-196

www.pge.mt.gov.br



STIS/SEPLAG
Fis. <u>176</u>
Rub. <u>12</u>

Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Pelo exposto, **opino** pela possibilidade de pagamento dos valores, atendidas as conclusões indicadas, pedindo-se vênia para a reprodução das conclusões exaradas no corpo deste parecer ao seu final:

1) O fiscal do contrato precisa atestar as notas fiscais, liquidando a despesa pública, de posse das seguintes informações:

I – Essencialidade do serviço prestado para o funcionamento do órgão;

II – Rol de serviços efetivamente prestados;

III – Cotejo entre os serviços prestados e os valores cobrados na Nota Fiscal apresentada pela contratada;

2) Os relatórios apresentados pela MTI, contendo as informações necessárias para o ateste da nota fiscal, devem ser apresentados mensalmente ou quadrimestralmente, a depender da categoria de serviços, nos termos da Cláusula Quarta do Contrato de Gestão 001/2020/SEPLAG/SEFAZ/MTI;

3) A ausência de tais informações inviabiliza o pagamento dos valores pleiteados pela contratada, atraindo a necessidade de auditoria da execução contratual, visando apurar se a execução contratual vem ocorrendo dentro dos termos previstos no Contrato de Gestão, sendo a CGE-MT o órgão competente para tanto;

4) Nulidade do vínculo entre o órgão não signatário e a contratada, com a convalidação da participação dos órgãos que não assinaram o contrato em sua gênese, a contar da data da efetiva assinatura, de modo



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

que os valores posteriores seriam adimplidos normalmente, nos termos do contrato; os anteriores seriam adimplidos por pagamento indenizatório, nos termos aqui explanados;

5) Possibilidade de compensação de valores pagos a maios, desde que haja regular processo administrativo para apurar o montante a ser restituído pela contratada, no qual lhe seja assegurado o exercício prévio dos direitos à ampla defesa e ao contraditório.

É o Parecer. À consideração superior.

Davi Maia Castelo Branco Ferreira

Procurador do Estado.