



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

ORIENTAÇÃO TÉCNICA CGM Nº 003/2021

PROCESSO: ORIENTAÇÃO AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL A RESPEITO DA PADRONIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS QUANTO AOS PROCESSOS DE INDENIZAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENENDY.

No uso das atribuições legais conferidas a **Controladoria Geral do Município – CGM** (Lei Municipal nº 1.076/2013), a Controladora Geral vem, muito respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **ORIENTAÇÃO TÉCNICA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL A RESPEITO DA PADRONIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS QUANTO AOS PROCESSOS DE INDENIZAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENENDY**, a serem adotados, no tocante ao pagamento de despesa proveniente do Processo de Indenização, a fim de propiciar aos gestores públicos, de forma sintetizada e objetiva, orientações acerca dos processos de Indenização, visando resguardar os atos de gestão acerca de possíveis apontamentos pelos órgãos de controle externo, nos moldes do art. 5º, inciso III da Lei Municipal nº 1.076/2013, conforme expõe abaixo:

1. DO PAGAMENTO POR INDENIZAÇÃO

Inicialmente deve ser destacado que toda execução de serviços, ou aquisições de bens por parte da Administração Pública devem atender ao disposto na Lei nº 8.666/93, e serem precedidas de licitação e formalizadas através de contrato.

Nesse viés, a própria norma disciplina situações as quais ocorre a dispensa de realização de processo licitatório, dispensa esta que não se aplica a formalização do contrato, que nos termos do parágrafo único do art. 2º, é conceituado como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

E é com base no instrumento contratual ou no termo aditivo de prorrogação que o setor competente pode proceder ao empenho da despesa, para posterior liquidação e realização do pagamento devido, na forma prevista nos art. 58 a 67 da Lei Federal nº 4.320/64.

Desse modo, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece, como vimos em seu artigo 2.º, que todos os serviços contratados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação, salvo as hipóteses nela previstas. O artigo 26 da mesma Lei, por sua vez, elenca as condições para a efetivação da contratação nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade da licitação. Vejamos este artigo:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Entretanto, existem situações as quais a contratação é nula, não existindo responsabilização do contratado, porém ocorre a execução dos serviços, e deste modo, o pagamento dos serviços deve ser efetuado, a título de indenização, de conformidade com a regra constante do art. 59 da Lei 8.666/93, para que não ocorra enriquecimento sem causa, por parte da Administração, prática vedada pelo artigo 59 da Lei 8.666/93, *verbis*:



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

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. (grifos nossos).

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

Desta forma, deve a administração indenizar o particular pelos serviços/fornecimento executados até a data em que a nulidade foi declarada, desde que não tenha dado causa à esta nulidade.

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

Nesse sentido, a Administração Pública não pode tirar proveito dos serviços prestados pelo fornecedor, em razão da morosidade da gestão administrativa, sob pena de enriquecimento ilícito.

É dever da Administração indenizar o contratado pela parte executada do objeto e por outros prejuízos devidamente comprovados até o momento em que for declarada a nulidade.

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



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

Destaca-se que a responsabilidade objetiva do Estado é sempre a regra, independentemente de ser a conduta danosa um ato comissivo ou omissivo. Nos casos de despesas realizadas sem prévio empenho, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sumulou da seguinte forma:

SÚMULA 12: As despesas públicas realizadas sem a observância do requisito legal do empenho **prévio são irregulares e de responsabilidade pessoal do ordenador.** (REVISADA NO “MG” DE/11/08 - PÁG. 72 - MANTIDA NO D.O.C DE 05/05/11 – PÁG. 08)

No mesmo sentido, a Orientação Normativa nº 4 da AGU dispõe que a despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento de obrigação de indenizar, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe deu causa, in verbis:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 4, DE 1º DE ABRIL 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.

Portanto, tendo sido efetivamente prestado um serviço ou fornecido um bem ao Poder Público, este fato gera consequências jurídicas, **COMO O PAGAMENTO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO e A NECESSIDADE DE APURAR A RESPONSABILIDADE DE QUEM LHE DEU CAUSA.**

Com base no dever moral, o pagamento não isenta o gestor de possíveis sanções administrativas e legais, além do direito de regresso que poderá ser exercido pela Administração.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

2. DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES

A conduta do agente público deve pautar pela honestidade, moralidade e eficiência, no qual espera-se uma conduta pautada na cautela necessária ao bom funcionamento dos entes públicos.

Vê-se, portanto, que todo servidor, bem como qualquer agente particular ligado ao contratado, deve se cercar de cautelas para que o procedimento licitatório e a contratação ocorram no estrito cumprimento da lei.

Assim, havendo contratação indevida, a responsabilidade deverá sempre ser apurada, a bem da moralidade no serviço público.

Se o pagamento ao particular se efetivou, os danos ao erário deverão provocar a efetiva responsabilização do agente que lhe deu causa para que se reponha os valores e para que se puna exemplarmente quem agiu com conduta inadequada a um agente público.

Segundo a Lei Federal n.º 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Civis da União - a autoridade competente, assim que tiver ciência de quaisquer irregularidades, indicará uma comissão para imediata apuração que, após sua constituição, escolherá os encarregados para apurar as responsabilidades.

E nesse sentido, norma municipal também recepcionou o comando estatuído pela norma Federal, e prevê a responsabilização de servidor, no qual a Lei Complementar nº 003/2009, no art. 148, dispõe que:

Art. 148 A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante requerimento para instalação de sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

Ademias, no capítulo IV, ‘Das Responsabilidades’, a norma municipal ainda previu a responsabilização do servidor nas esferas administrativas, penais e civis. Vejamos alguns artigos:

Art. 126 O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 127 A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 43, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 128 A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 129 A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 130 As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 131 A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Já no capítulo V, ‘Das Penalidades’, evidencia-se que o legislador em âmbito municipal explicitou minuciosamente as formas de penalização a que o servidor está submetido, no caso de comprovação da sua responsabilidade. Vejamos:

Art. 132 São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

Deste modo, no caso da presença de elementos suficientes de irregularidades na contratação, esta perpetrada por agente da administração pública, para os servidores envolvidos na prática da irregularidade apontada, deve ser instaurado processo disciplinar para apurar suas responsabilidades administrativas.

Também deverá ser apurada a responsabilidade civil, dos servidores e dos representantes da empresa contratada, se restar configurada a existência de prejuízo para a Administração (superfaturamento de preços) e a responsabilidade penal, se forem identificados, no procedimento administrativo a ser instaurado (processo disciplinar), indícios da prática do crime capitulado no art. 89 da Lei 8.666/93, que veremos a seguir.

No que concerne à responsabilidade penal, se restar configurada, deverá ser encaminhada cópia dos autos da sindicância ao Ministério Público, de conformidade com a regra constante do artigo 102 da Lei 8.666/93 e do artigo 159 da Lei Complementar nº 03/2009, verbis:

Lei 8.666/93:

Art. 102. Quando em autos ou documentos de que conhecerem, os magistrados, os membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes verificarem a existência dos crimes definidos nesta Lei, **remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.**

Lei Complementar nº 03/2009:

Art. 159 Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.

Parágrafo Único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

Concluimos que tanto o legislador quanto os Tribunais Superiores trataram de prever a punição exemplar dos servidores ou particulares envolvidos em ilegalidades na licitação/contratação com o poder público, explicitando normas de conduta que devem ser



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

seguidas rigorosamente, sob pena de responsabilização nas esferas administrativas, civis e penais, independentemente do pagamento por indenização ao particular ou ao ente público.

A Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, trouxe avanços significativos na questão da punibilidade ao agente público, no qual os principais artigos expressão a intenção do legislador de não aceitar desvios na administração pública, tratando também de punir os seus agentes, sendo servidor ou não, uma vez que a Lei considera como agente público todo aquele que exerce, nas entidades públicas, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função.

Vejamos alguns artigos desta Lei aplicáveis à espécie:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia **são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.**

[...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...]

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, **sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;**

[...]

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

[...]

VIII - **frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;**



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

[...]

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

[...]

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (grifos nossos).

Portanto, o legislador intentou maior proteção ao erário, uma vez que conjugou a tipificação administrativa, cível e penal, notadamente aos gastos públicos sem amparo legal, a fim de permitir que o executivo, o judiciário e o próprio legislativo, em qualquer esfera, tenha plenas condições de agir com o rigor necessário à causa pública, **utilizando-se de meios para inibir as condutas ilícitas na contratação pública e punir exemplarmente os agentes que insistem em atuar com estas práticas graves de improbidade administrativa que tantos prejuízos têm trazido ao erário.**

Desta forma, a responsabilização de quem deu causa aos prejuízos comprovadamente efetivados é item de primordial importância que, pelos princípios da moralidade e da legalidade, deve ser priorizada pela administração pública.

Destarte, o artigo 884 do Código Civil traz a possibilidade de restituição ao particular de valores auferidos com a falta de pagamento a este, por locupletamento ilícito, na possibilidade do particular não ter dado causa à nulidade contratual. Vejamos:

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.

Nesse diapasão citamos o art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988:

“§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**”.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

Destaque-se, que o art. 82, da Lei nº 8.666/93 determina a responsabilização do servidor público, quando incorrer em descumprimento dos procedimentos de realização de despesas.

“Art. 82 - Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. “

Ainda calha trazer entendimento da Corte de Contas do Estado do Espírito Santo, que em **Acórdão 01432/2019-2 – Primeira Câmara**, que em auditoria ordinária, decorrente do Plano Anual de Fiscalização - PAF para o exercício de 2017, realizada no Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Espírito Santo – DETRAN/ES, apontou indícios de irregularidades, dentre estes o pagamentos realizados por indenização de forma rotineira, e ao final concluiu que

Caso seja necessário o pagamento por indenização de despesas realizadas sem cobertura contratual, cumpra rigorosamente o Enunciado CPGE 15 da Procuradoria Geral do Estado, inclusive com a instauração tempestiva e processamento célere para apuração de responsabilidade dos agentes que derem causa a irregularidade, através do devido processo administrativo.

[...]

Em síntese, o Relatório de Auditoria 75/2017-4 informa que o Detran/ES possuía seis imóveis locados com terceiros, destinados a instalações de Ciretrans e PAVs que não possuíam cobertura contratual, decorrentes do encerramento dos contratos originais, e, dessa forma, seus pagamentos estavam sendo realizados na forma de indenização. Sustenta que a execução de serviços, em virtude de contratos verbais com a Administração, tal como realizado pela entidade, encontra vedação no art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

Esclarece que, apesar de respaldado pelo parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993 e do Enunciado 15 da PGE, o procedimento de indenização de despesas deve ser utilizado somente em caráter excepcional, bem como deve ser submetido à apuração de responsabilidade dos agentes que deram causa à despesa irregular. Porém, o Detran/ES está se servindo dessa alternativa de forma corriqueira e rotineiramente. Por fim, expõe que alguns desses imóveis sem cobertura contratual não atendiam as condições de acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida.

Eis a razão pela qual há a previsão do pagamento de indenização e a apuração da responsabilidade dos atores que deram causa a essa prática administrativa vedada, nos termos do parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações.

Ainda que não prevista no enunciado da PGE citado, é óbvio que tal medida, que possui caráter excepcional, não pode ser permanente ou de longa duração. Ademais, enquanto essa situação perdurar, a administração tem o dever de realizar todos os procedimentos administrativos necessários à regularização da locação indevida



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

Posto isso, após o pagamento, caberá apuração de responsabilidades por falhas ocorridas nos procedimentos afetos à contratação, encaminhando cópia do processo à Comissão de Processo Administrativo Disciplinar - PAD do Município para instauração de Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, nos termos Lei Complementar nº 003/2009.

3. DAS RECOMENDAÇÕES AO GESTOR MUNICIPAL

Por todo exposto, visando resguardar e assegurar os atos de gestão de qualquer apontamento dos órgãos de controle externo e fiscalização, e ainda, no intuito de **municar a gestão de informações e normas legais que permitam subsidiar a tomada de decisões acerca da implantação de suas políticas públicas**, esta Controladoria Geral do Município – CGM, através de sua Controladora Geral que esta subscreve, vem à presença de Vossa Excelência para **RECOMENDAR** os seguintes:

- a) Que sejam adotadas medidas administrativas prévias à extinção contratual, em tempo hábil para sua plena finalização, inclusive chamamentos públicos, visando a locação de imóvel com respaldo contratual;
- b) Caso a opção seja pela prorrogação contratual, que sejam adotados os procedimentos necessários em tempo hábil, prezando por uma gestão com maior cautela, preparação, antecipação e celeridade;
- c) Caso seja necessário o pagamento por indenização de despesas realizadas sem cobertura contratual, seja rigorosamente instaurado processamento célere para apuração de responsabilidade dos agentes que derem causa a irregularidade, através do devido processo administrativo.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY
ESTADO DO ESPIRITO SANTO
CONTROLADORIA GERAL

Por todo exposto, em razão dos critérios de materialidade, relevância e criticidade dos riscos relacionados a estrutura de controle interno dos sistemas administrativos deste órgão, a Controladoria Geral do Município – CGM de Presidente Kennedy, vem por meio desta para **EXPEDIR** o ato normativo **ORIENTAÇÃO TÉCNICA CGM Nº 003/2021**, de eficácia plena, visando regulamentar os procedimentos de controle social que compõe o sistema de controle interno do Poder Executivo, nos moldes do art. 5º, inciso I, III da Lei Municipal nº 1.076/2013.

Salvo melhor juízo, é a nossa **Orientação Técnica**.

Presidente Kennedy/ES, 04 de novembro de 2021.

EDILENE PAZ DOS SANTOS
Controladora Geral
Município de Presidente Kennedy/ES