



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO OESTE DO PARÁ

PARECER Nº 220/2015/PF-UFOPA/PGF/AGU
PROCESSO Nº 23204.007955/2015-91
INTERESSADAS: Diretoria de Finanças e Contabilidade – DFC

ASSUNTO: Pagamento de despesa mediante reconhecimento da obrigação de indenizar. Serviços prestados sem cobertura contratual.

- I. Pagamento de professor que ministrou o curso de Nheengatu ofertado pela Universidade Federal do Oeste do Pará – UFOPA, POR MEIO DA Diretoria de Ações Afirmativas – DAA;
- II. Contratação sem cobertura contratual;
- III. Princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, quanto àquele prestador de serviços servidor, porém afastado do cargo;
- IV. Pelo pagamento dos serviços mediante o reconhecimento da obrigação de indenizar (Art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993);
- V. Medida excepcional, que não deve ser utilizada de forma corriqueira nesta IFES.
- VI. Consulta repetitiva;
- VII. Matéria Idêntica e Recorrente;
- VIII. Adoção de Manifestação Jurídica Referencial.

À Diretoria de Finanças e Contabilidade – DFC,

I – RELATÓRIO

1. Versam os autos processuais em epígrafe sobre a solicitação de pagamento ao professor [REDACTED], que exerceu, por meio da Diretoria de Ações Afirmativas – DAA, da Universidade Federal do Oeste do Pará UFOPA, ministração do curso de Nheengatu.

2. Conforme se depreende do quadro apresentado na folha 003, o valor total demandado para o pagamento é de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).
3. Consta dos autos, em caráter instrutório processual, apenas o memorando inaugural nº 042/2015 – DAA/PROGES/UFOPA (fl. 002); a planilha com modelo de recibo dos valores devidos ao prestador do serviço, juntamente com os seus dados (fl. 003); a justificativa para o pagamento ao ministrante mesmo inexistente processo de contratação (fls. 004 a 006) e, por fim, cópia do projeto do curso de extensão, o qual gerou a presente demanda (fls. 007 a 011).
4. Sendo assim, não subsidiam os autos documentos imprescindíveis para a boa instrução processual tais como: planilha das funções exercidas pelo prestador do serviço; lista de presença do ministrante, declarações de execução de atividade, ou, sequer, termo de Responsabilidade e Compromisso. Notamos, outrossim, a ausência de nota de empenho, que, além de ser uma garantia ao fornecedor do serviço, também é uma maneira de controle dos gastos, já que indica a especificação e a importância da despesa, bem como a redução desta do saldo da dotação orçamentária.
5. Este é o sucinto relatório.

II – ANÁLISE

6. Preliminarmente, importa esclarecer que à luz do art. 131 da Constituição Federal de 1988 e da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe a este órgão de execução da Advocacia-Geral da União prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito desta autarquia, nem analisar aspectos ligados aos conhecimentos técnicos específicos de cada setor.

II.1 – DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

7. Esclarecemos, anteriormente à exposição de vertentes que se relacionam com a matéria em questão, que ordenamento jurídico brasileiro prevê, como regra, a realização de prévio procedimento para aferição da proposta mais vantajosa, a nomeada Licitação. Neste sentido, preceitua o artigo 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

8. Então, é cediço, no âmbito da Administração Pública, que as contratações devem ser efetuadas, em regra, por meio da realização de prévio procedimento licitatório.

9. Entretanto, na Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 8.666/1993), constam situações em que é facultado à Administração dispensar, e permite, ainda, inexigir a realização do procedimento licitatório propriamente dito e efetuar a contratação direta de bens e serviços, conforme artigos 17, 24 e 25, abaixo abordados.

10. No caso em tela, conforme a própria justificativa de fls. 004 a 006, consta que o meio possível para a contratação seria a inexigibilidade, tendo, inclusive, comprovação de singularidade do prestador do serviço.

11. Ocorre, todavia, que não foi observado todo o procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 para a contratação direta do ministrante do curso, tendo este, segundo informações dos autos, realizado suas atividades no curso de língua Nheengatu, sem cobertura contratual, o que entendemos, com base na Orientação Normativa AGU nº 04/2009, que tal despesa sem cobertura deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666.

12. O fato de a prestação de serviços haver decorrido de “contrato verbal” ou sem cobertura contratual, por si só, não dispensa a UFOPA de ressarcir as despesas efetuadas pelos prestadores do serviço, sob pena de violar-se o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

13. A esse respeito, no âmbito desta Universidade Federal do Oeste do Pará, observamos o constante crescimento e a expansão de demandas relativas à utilização desse instrumento administrativo.

14. À vista disso, é notória a necessidade de análise, por parte deste setor, de demandas juridicamente idênticas.

15. Acossada por tais constatações – e por compreender que a análise individualizada dos processos de reconhecimento da obrigação de indenizar demandaria a dedicação de tempo e recursos escassos – optou esta Procuradoria Federal pela elaboração da presente **MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL**, que, devidamente observada pela Administração, dispensará, nos termos doravante alinhavados, a análise individualizada dos processos que versem sobre idêntico objeto.

II.2 – DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

16. Entendemos que o encaminhamento dos processos a esta Procuradoria Federal referentes ao procedimento de reconhecimento da obrigação de indenizar visa a conferir higidez jurídica no que envolve a matéria.

17. Situações há, contudo, em que o elevado número de consultas repetitivas versando sobre idêntico objeto termina por tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Justamente em virtude de circunstâncias como a que se veio de mencionar, a Advocacia-Geral da União fez publicar, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, que introduziu no âmbito da advocacia consultiva federal a figura da *Manifestação Jurídica Referencial*.



18. Eis o texto da ON AGU nº 55, de 23 de maio de 2014:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014

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 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO

Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014...".

19. Da leitura da ON em apreço, depreende-se ter sido autorizada, no âmbito da Advocacia-Geral da União, a elaboração de *manifestação jurídica referencial*, definida como sendo *aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes*.

20. Qual, afinal de contas, é a importância prática de tal medida? É simples: uma vez elaborada a manifestação jurídica referencial, *os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico da autarquia, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Procuradoria Federal*. Para isso, juntamos ao presente parecer modelo de "atestado de conformidade do processo com manifestação jurídica referencial" a ser utilizado pela Administração desta IFES para que se dispense a análise individualizada das demandas tratadas no presente opinativo.

21. Do quanto se veio de pontuar, extrai-se que a manifestação jurídica referencial consiste, grosso modo, em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado pela PF/UFOPA.

22. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência, que decerto viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda

desta Procuradoria Federal junto à UFOPA, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras *quaestio juris*.

23. Esta medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas-padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “in abstrato”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

24. Mais recentemente, a iniciativa parece ter merecido a aprovação do Tribunal de Contas da União. É o que se extrai da seguinte notícia, veiculada pelo Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/2014

3. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes.

Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alegara obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado *“envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal”*. Segundo o relator, o cerne da questão *“diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de ‘manifestação jurídica referencial’, a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida”*. Nesse campo, lembrou o relator que a orientação do TCU *“tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidenciação da análise integral dos aspectos legais pertinentes”*, posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e *“a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado”*, sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que *“o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo-a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso*



concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma". Acórdão 2674/2014-Plenário, TC 004.757/2014-9, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

25. Do quanto se veio de dizer até agora, conclui-se que:
- a. A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
 - b. A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo que verse sobre idêntica matéria.
 - c. A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: **i)** a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e **ii)** a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos;
 - d. a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão
26. É o que se passará, doravante, a fazer.

II.2.1 – DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS, DA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES

27. Conforme se veio de dizer linhas acima, a elaboração de **manifestação jurídica referencial** depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos, a saber: **i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e **ii)** da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que se deve restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.
28. Relativamente ao primeiro requisito, percebe-se que as considerações lançadas na presente manifestação prestam-se a demonstrar que **o volume de processos administrativos voltados ao reconhecimento de obrigação de indenizar justifica** a emissão do presente parecer referencial.
29. É que, caso submetidos à ordinária distribuição, cada reconhecimento de obrigação de indenizar remetida a esta Procuradoria atulharia as mesas dos apenas dois procuradores federais em exercício na PF/UFOPA, impactando negativamente a sua

atuação e consumindo preciosas horas de trabalho que bem poderiam ser dedicadas ao enfrentamento das consultas jurídicas às dúzias dirigidas à procuradoria.

30. Quanto ao segundo requisito imposto pela ON nº 55, observa-se que o campo de atuação da procuradoria federal em semelhantes casos limita-se, conforme adiante se verá, à mera conferência de documentos, não havendo que se falar, *generally speaking*, de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos de reconhecimento de obrigação de indenizar.

31. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

II.2.2 – DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

32. *A priori*, cumpre registrar que a presente manifestação tomará por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos até a presente data, visto que, em face do que dispõe o art. 131 da Constituição Federal, o art. 10 da Lei nº 10.480/2002, o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 e a Portaria PGF nº 526/2013, incumbe, a este órgão de execução da Advocacia-Geral da União, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, assim como os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários. A Boa Prática Consultiva – BPC nº 07¹, editada pela Advocacia-Geral da União – AGU, corrobora o presente entendimento:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

33. Importa frisar, pois, que não compete a esta Procuradoria Federal apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato que se pretende praticar, visto que são da esfera discricionária do Administrador, tampouco dos atos técnicos e das especificações e fundamentações de ordem técnicas explicitadas para justificar a celebração do ajuste.

34. Cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Ademais, quanto aos atos decisórios praticados com base em delegação de competência, vale lembrar que, de acordo com o

¹ Manual de Boas Prática Consultivas. 2ª edição. Brasília: AGU, 2012, p. 10. Disponível em: <http://agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=153380&id_site=1104&aberto=&fec_hado=>

art. 14, § 3º, da Lei nº 9.784/1999², estes deverão mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

35. Vale ressaltar, ademais, que aos organismos da Advocacia-Geral da União compete – fiel, técnica e exclusivamente³ – assessorar as Administrações servidas na tomada de suas decisões, apontando-lhes os embaraços jurídicos eventualmente existentes, e, ainda, as opções palatáveis, segundo o ordenamento pátrio, para a consecução das políticas públicas a cargo do organismo assessorado. Portanto, a atribuição legal do órgão de assessoramento jurídico esgota-se em orientar a autoridade sob o exclusivo prisma da legalidade, exarando peça opinativa que **efetivamente não vincula a Administração servida, mas que, necessariamente, lhe dá plena ciência das recomendações e observações lançadas pela Procuradoria Federal.**

36. Deste modo, a análise em comento tem a função de apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

37. As questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, serão apontadas, ao longo deste parecer, como óbices a serem corrigidos ou superados. O prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do órgão, por sua conta e risco.

38. Sendo assim, calha ressaltar que qualquer posicionamento contrário por parte da Administração é de sua total responsabilidade e deve ser justificado nos autos. A justificativa de posicionamento contrário ao da Assessoria Jurídica da autarquia deve, lógica e necessariamente, refutar todos os impedimentos legais levantados pela Procuradoria Federal.

II. 3 – DO RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

39. O ordenamento jurídico brasileiro prevê, como regra, a realização de prévio procedimento para aferição da proposta mais vantajosa, a nomeada Licitação. Neste sentido, preceitua o artigo 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

² Art. 14. (...)

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

³ ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 28, DE 9 DE ABRIL DE 2009: "A competência para representar judicial e extrajudicialmente a União, suas Autarquias e Fundações Públicas, bem como para exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal, é exclusiva dos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados".

40. Em exceção ao dever de licitar, a doutrina costuma delinear distinções entre licitação dispensada (art. 17), dispensável (art. 24), e inexigível (art. 25 da Lei nº 8.666/1993). Para o caso em epígrafe, interessa a análise da inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 25 da Lei de Licitações.

41. No que tange à inexigibilidade de licitação é imperioso ressaltar que este tipo de contratação direta advém da **inviabilidade de competição**, conforme a seguir explanado. As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão dispostas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, sendo que o *caput* desse artigo estabelece a situação capaz de ensejar a inexigibilidade de licitação, qual seja a inviabilidade de competição.

42. E o art. 25 da Lei nº 8.666/1993, estabelece, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação **quando houver inviabilidade de competição**, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

43. Neste ponto, cabe destacar que o caso apresentado nos autos não encontra suporte em nenhum dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, devendo - se for o caso de configurada (justificada e devidamente instruída) pela Administração a inviabilidade de competição - seu enquadramento legal ser firmado no *caput* do dispositivo citado. Neste sentido, anotamos a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Cumprе salientar que a relação dos casos de inexigibilidade *não é exaustiva*. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível *quando inviável* a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isto disse, em seguida: "em especial (...)". Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, *sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis*." (grifos do autor).⁴

44. Dessarte, não há óbice legal no enquadramento de inexigibilidade de licitação no *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/1993, portanto, fora das hipóteses dos incisos I a III, que constituem apenas rol exemplificativo das hipóteses de contratação direta por inexigibilidade. Por outro lado, o caso concreto deve amoldar-se à situação de inviabilidade de competição, sob pena de desviar-se da trilha da legalidade.

45. Imperioso destacar, igualmente, o teor do art. 26 da citada Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

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**

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 560.

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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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.

46. Nesta senda, observa-se nos autos a presença de justificativa (fls. 004 a 006) para possível inexigibilidade de licitação, apesar de não ter sido realizada.

47. Caso tivessem sido adotadas as cautelas necessárias e realizada, em tempo hábil, a instrução processual relativa à contratação dos serviços, conforme as exigências legais, o pagamento ora pretendido poderia prosseguir com base em procedimento regular. No entanto, observa-se que tais providências não ocorreram.

48. Isso porque, a Lei nº 4.320/1964, assim como o Decreto Federal nº 93.872/1986, estabelece o rito para a realização da despesa pública, a qual compreende três fases: empenho, liquidação e o pagamento.

49. O empenho é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição (art. 58, Lei nº 4.320/1964).

50. Em seguida, após a emissão da nota de empenho, a própria Lei nº 4.320/1964, bem como o Decreto nº 93.872/1986, reconhece a necessidade de a Administração averiguar a realização do objeto descrito na referida nota de empenho, isto é, se houve o fornecimento do bem, realização do serviço ou obra.

51. Em caso de o contratado – ou sujeito passivo da obrigação – haver cumprido aquilo a que se comprometera, haverá a administração de comprovar esta circunstância, a qual, em caso positivo, gerar-lhe-á o direito adquirido ao recebimento do valor empenhado.

52. Veja-se como é disposto no art. 36 do Decreto nº 93.872/1986:

Art. 36. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor ou entidade beneficiária, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito ou da habilitação ao benefício (Lei nº 4.320/64, art. 83).

§ 1º A verificação de que trata este artigo tem por fim apurar:

a) a origem e o objeto do que se deve pagar;

b) a importância exata a pagar; e

c) a quem se deve pagar a importância para extinguir a obrigação.

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

a) o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

b) a Nota de Empenho;

c) o documento fiscal pertinente;

d) o termo circunstanciado do recebimento definitivo, no caso de obra ou serviço de valor superior a Cz\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil cruzados) e equipamento de grande vulto, ou o recibo, nos demais casos. (grifo nosso)

53. Desta forma, verificado o surgimento do direito adquirido do credor – isto é, após a nota de empenho e a subsequente realização do serviço ou obra ou fornecimento do bem – a autoridade ordenadora de despesa exarará a ordem de pagamento, conforme art. 64 da Lei nº 4.320/1964.

54. Conclui-se, então, que a legislação financeira exige uma sequência de atos administrativos, que coincide com a sua realização no tempo, quais sejam: 1º) emissão da nota de empenho; 2º) realização do objeto contratado; 3º) liquidação; 4º) ordem de pagamento.

55. **Esta ordem é inafastável pelo gestor**, como já reconheceu o Tribunal de Contas da União - TCU:

O pagamento de qualquer despesa somente pode ser efetuado após sua regular liquidação. (TCU. RELAÇÃO 69/2008 - Gab. do Min. AUGUSTO NARDES - Primeira Câmara)

56. Em que pese o acima exposto, verifica-se que, no caso do prestador do serviço ministrante do curso de Nheengatu, ofertado pela UFOPA, o curso já foi efetuado, e não houve a formalização prévia de sua contratação.

57. Dessa forma, a questão, nesse caso, passa pela **possível necessidade de a Administração Pública instaurar um procedimento de reconhecimento da obrigação de indenizar**, na medida em que não há outra conclusão a não ser a de que, se por um lado a contratação é nula, por outro, pelo que se depreende, houve benefício para a Administração, não podendo, por este efeito, enriquecer-se ilicitamente.

58. A Orientação Normativa AGU nº 04/2009 já reconheceu esta situação:

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.

59. O citado art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, dispõe:

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.

60. Assim, à vista do disposto no parágrafo único do artigo 59, o fato de a prestação de serviços haver decorrido de “contrato verbal” ou sem cobertura contratual, por si só, conforme já se mencionou alhures, não dispensa a UFOPA de ressarcir as despesas efetuadas pela prestadora do serviço, sob pena de violar-se o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

61. Para o reconhecimento da obrigação de indenizar, vale esclarecer que o pagamento se daria a título de indenização, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/93. A respeito do tema, a Orientação Normativa AGU nº 04, de 1º de abril de 2009 define:

A despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de **reconhecimento da obrigação de indenizar** nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe der causa. (grifo nosso)

62. Ressalta-se, ainda, que **o procedimento de indenização de despesas deve ser utilizado somente em caráter excepcional, devendo a Administração adotar medidas com o fim de erradicar tais condutas contrárias à finalidade da lei.**

63. Quanto ao dever de apurar a responsabilidade dos servidores, elucida o Manual de PAD/2013 da Controladoria-Geral da União, p, 49-50, que:

Importa destacar, ainda, que ao servidor, em razão do exercício do cargo, é conferida a execução de certas atribuições legais, voltadas para o atendimento das necessidades coletivas, em estrito cumprimento aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Essas atribuições estão devidamente delimitadas em lei, razão que torna exigível dos agentes públicos a utilização normal e adequada das prerrogativas que a lei lhes confere. Não obstante, ao tempo em que a lei outorga poderes aos servidores, impõe-lhes, por outro lado, o seu exercício regular e eficiente, vedando-lhe a omissão, sob pena de responsabilização. Por conseguinte, ao não desempenhar correta e satisfatoriamente suas atividades, praticando ou concorrendo para a prática, no exercício de suas funções, de alguma falta prevista na Lei nº 8.112/90, ficará o servidor faltoso sujeito às sanções disciplinares ali colimadas, surgindo o que usualmente se denomina de "Dever de Apurar", que é justamente aquele dever inculcado no art. 143 do Estatuto (Lei na 8.112/90), o qual obriga a autoridade pública a promover a apuração imediata dos atos e fatos supostamente irregulares que chegarem ao seu conhecimento.

64. Acerca desse procedimento para reconhecimento da obrigação de indenizar, a seguir abordaremos alguns dos requisitos para a sua instrução.

65. Para que possa ser reconhecida a obrigação de indenizar, é necessária a juntada de certos documentos, **sendo indispensáveis ao seu trâmite**, no mínimo, os seguintes elementos:

- Identificação do credor favorecido;
- Descrição do objeto;
- Data de vencimento do compromisso;
- Importância exata a pagar;
- Documentos fiscais comprobatórios;
- Atestação do cumprimento do objeto;
- Motivo pelo qual a despesa não foi empenhada ou paga na época própria

66. Por fim, tem-se que em caso de contrato nulo, é possível admitir-se o pagamento pelo uso de determinado bem ou serviço pela Administração, todavia não sob a fundamentação de obrigação contratual, e sim sob o dever moral de indenizar toda obra, serviço (no caso) ou material recebido e auferido pelo Poder Público, uma vez que o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente contraprestação pecuniária.

67. O Tribunal de Contas da União, inclusive, em manifestação acerca do tema, inclinou-se sobre o devido pagamento de serviço extraordinário efetivamente prestado, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. Veja-se:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos acerca de consulta formulada pelo ex-Procurador-Geral da República, Claudio Lemos Fonteles, acerca da possibilidade de

pagamento de horas extras excedentes aos limites legais, em caso de comprovado serviço extraordinário decorrente de fato imprevisto.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...]

9.2.2. é devido o pagamento de serviço extraordinário efetivamente prestado, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, observando-se o disposto na Lei nº 8.112/1990 e demais legislações pertinentes, quanto à possibilidade de punição do responsável e/ou do servidor pela execução indevida;

9.2.3. as situações excepcionais devem ser devidamente justificadas, com a demonstração da imprevisibilidade da situação, da imprescindibilidade dos serviços, bem como da ausência de servidores, no quadro do órgão, em número suficiente para atender aos limites de horas extras legalmente estipulados; (Ata 04/2007 – Plenário. Acórdão 43/2007) (grifo nosso)

68. Sendo assim, a despesa sem cobertura contratual como no caso em epígrafe, deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe deu causa quando não demonstrada razoabilidade na indispensabilidade de contratação fundada na sua realização imediata.

69. Portanto, recomendamos que a Administração efetue melhor planejamento de suas despesas.

III – CONCLUSÃO

70. Concluindo, **entendemos ser possível a indenização do contratado, ou seja, do prestador do serviço, sem prejuízo da devida apuração de responsabilidade,** conforme disposto no artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

71. Então, somos pela **possibilidade jurídica de reconhecimento da obrigação de indenizar ao prestador de serviço que atuou no curso de línguas Nheengatu,** desde que se instaure procedimento administrativo para tal, estando tal instituto respaldado como exceção nos dispositivos legais citados.

72. Ademais, ressaltamos que **o procedimento de pagamento mediante reconhecimento da obrigação de indenizar deve ser utilizado somente em caráter excepcional, devendo a Administração Pública adotar medidas com a intenção de erradicar tais condutas, que são contrárias à finalidade da lei. E dizer que esse procedimento não deve ser algo corriqueiro nesta Universidade.**

73. Por derradeiro, esclarecemos que a partir da emissão do presente parecer referencial, **a análise individualizada dos próximos processos que tratem sobre a matéria analisada resta dispensada, não sendo necessário o encaminhamento dos referidos processos a esta Procuradoria, a não ser que haja o apontamento de dúvida jurídica específica que não conste abordada neste opinativo. Para tanto, a área técnica interessada deverá atestar, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial, por meio do preenchimento do modelo de atestado em anexo.**

Santarém – PA, 20 de outubro de 2015.



Caio Lima Barroso
Procurador Federal/PGF/AGU



Sylvia Gabriela Gonçalves Sena
Assistente em Administração
SIAPE Nº 1914906 – OAB/PA Nº 19.615

Despacho nº 066/2015/PF-UFOPA/PGF/AGU

REFERÊNCIA: Processo nº 23204. 007955/2015-91

1. Aprovo o PARECER Nº 220/2015/PF-UFOPA/PGF/AGU.
2. Encaminha-se para prosseguimento.

Santarém – PA, 24 de outubro de 2015.



José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior
Procurador Federal/PGF-AGU
Procurador-Chefe junto à UFOPA

**ATESTADO DE CONFORMIDADE DO PROCESSO
COM MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL**

Processo: _____

Referência/objeto: _____

Atesto que o presente processo, referindo-se ao reconhecimento da obrigação de indenizar, **amolda-se à manifestação jurídica referencial correspondente ao PARECER Nº 220/2015/PF-UFOPA/PGF/AGU, cujas recomendações restam atendidas no caso concreto.**

Fica, assim, dispensada a remessa dos autos para exame individualizado pela Procuradoria Federal, conforme autorizado pela Orientação Normativa nº 55, da Advocacia-Geral da União.

_____, ____ de _____ de 20__

Identificação e assinatura