



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

COTA n. 00041/2023/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23223.003828/2021-33

INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS - IFSUDESTE MG

ASSUNTOS: TERMO ADITIVO E OUTROS

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado para análise e manifestação jurídico-consultiva da ETR-Licitações e Contratos sobre minuta de **Terceiro** Aditivo que tem por objeto a alteração do valor contratual.
2. O processo se encontra instruído com os seguintes documentos:
 - o RELATÓRIO TÉCNICO – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL, contendo a justificativa para o aditivo, **datado de 23 de maio de 2023** (403190);
 - o PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS - ADITIVO FINANCEIRO (403190);
 - o Cronograma físico-financeiro (403190);
 - o Ciência da Contratada, de **03/05/2023**, contendo a informação de que "**Concordamos com a alteração proposta. Enviaremos também novo requerimento, para que sejamos remunerados por todos os serviços efetivamente executados e não contemplados nessa alteração**" (403190);
 - o Minuta de TERMO ADITIVO 003 (414052).
3. No entanto, observa-se que **o prazo de execução do objeto previsto na Cláusula 1.1.2 do TERMO ADITIVO 002 já se encontra expirado desde 07 de abril de 2023** (363437).
4. Assim, **é necessário que a Administração informe se os serviços a serem acrescentados/incluídos por força da Minuta de TERMO ADITIVO 003 (414052), já foram executados pela Contratada.**
5. Por conseguinte, diante da pretensão da Contratada no sentido de "**Concordamos com a alteração proposta. Enviaremos também novo requerimento, para que sejamos remunerados por todos os serviços efetivamente executados e não contemplados nessa alteração**", cabe à Administração elucidar a seguinte dúvida: **se houve a prestação de serviços pela Contratada sem cobertura contratual, inclusive extrapolando o limite legal de alterações contratuais.**
6. **Se a resposta aos questionamentos acima for positiva**, registre-se que não seria mais juridicamente possível a formalização da minuta de terceiro termo aditivo, tendo em vista que, de acordo com a jurisprudência consolidada do TCU (Acórdão TCU nº 282/2008 - Plenário), **os termos aditivos somente podem ter efeitos financeiros prospectivos:**

Voto:

12. Entretanto, o que não resta justificada é a execução de contrato verbal, **com a assinatura de termo aditivo com efeitos financeiros retroativos**. Veja-se, no entanto, que essa irregularidade não foi objeto de audiência e entendo, por se tratar de fato isolado e não tendo sido apontado prejuízo à estatal ou terceiro interessado, desnecessária a realização desse procedimento.

13. Mesmo assim, considero relevante tecer algumas considerações a respeito do tema, com o objetivo de contribuir com a estatal para que esse mesmo procedimento não seja adotado futuramente.

14. **A não ser em casos excepcionais, a exemplo de situações emergenciais ou mesmo quando se examina direitos a serem avaliados pela administração que demanda período de tempo significativo, como no caso de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato, são injustificáveis a realização de serviços e o fornecimento de bens sem cobertura contratual, bem como conferir aos contratos efeitos financeiros retroativos.**

15. **Não se trata de simples formalidade. Em verdade, a formalização dos contratos no âmbito do poder público, pela administração direta ou indireta, assegura a publicidade do ato, e vias de consequência, a transparência e a lisura do negócio.** Há que se considerar também que a assinatura do contrato dificulta, sobremaneira, o desvio de recursos e torna difícil a prática das mais diversas ilicitudes. **Em síntese, a ausência de contrato escrito, sem dúvida, é fonte de desvio e desmando e não favorece nem ao contratante nem ao contratado.** Por isso mesmo, a lei fulmina como absolutamente nula avença dessa natureza e nem mesmo reconhece a boa-fé das partes envolvidas.

Acórdão:

9.2. determinar à Petróleo Brasileiro S.A., com fulcro no inciso I do art. 43 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 c/c o inciso II do art. 250 do Regimento Interno deste Tribunal, que:

9.2.1. adote medidas para proceder a uma revisão mais criteriosa sob o ponto de vista jurídico, técnico e financeiro dos instrumentos contratuais a serem celebrados, de modo a **evitar a celebração de aditivos com efeitos retroativos**; (Acórdão TCU nº 282/2008 - Plenário).

7. Sobre o tema, **cabe ao gestor observar a ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 4, DE 1º DE ABRIL DE 2009**, que preconiza a apuração da responsabilidade de quem tenha dado causa à assunção de despesa sem cobertura contratual:

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.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

* Este texto não substitui a publicação oficial.

8. A fundamentação da AGU para a elaboração da referida ON encontra-se transcrita abaixo:

FUNDAMENTAÇÃO:

O parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666, de 1993, fornece o regramento aplicável aos efeitos decorrentes dos contratos administrativos nulos, estabelecendo:

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 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.

A assunção de obrigação sem cobertura contratual é prática vedada expressamente pela legislação, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, que dispõe ser “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, feitos em regime de adiantamento”.

A prática de pagamento de despesas sem cobertura contratual foi objeto de apreciação por parte do Tribunal de Contas da União no Acórdão 375/1999- Segunda Câmara:

Constatação em processo de fiscalização, em anexo, de irregularidades consubstanciadas na realização reiterada de despesa sem cobertura contratual. Justificativas apresentadas não elidiram as irregularidades. Multa a gestor não constante do rol de responsáveis por estas contas. Determinações.

Destaca-se do voto do eminente Ministro Relator a seguinte passagem:

(...) No que tange ao contrato verbal, no âmbito administrativo, a lei é claríssima ao vedá-lo e declará-lo nulo de pleno direito (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Por outro lado, é também a lei que determina a promoção da responsabilidade de quem deu causa ao contrato nulo (art.59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

Em razão do caráter excepcional da medida, deverá ser apurada a responsabilidade administrativa de quem deu causa à nulidade, nos termos do art. 82 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

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.

9. Desta forma, **devolvem-se** os autos à origem para adoção das providências cabíveis.

À consideração da chefia da entidade consulente.

Brasília, 14 de julho de 2023.

GEORGE MACEDO PEREIRA
Procurador Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23223003828202133 e da chave de acesso 7a4a04d5



Documento assinado eletronicamente por GEORGE MACEDO PEREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1226914416 e chave de acesso 7a4a04d5 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GEORGE MACEDO PEREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-07-2023 22:59. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
