

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMAÇARI

PROCESSO Nº 07963e19

PARECER Nº 01068-19 (F.L.Q.)

DESPESA PÚBLICA. PRÉVIO EMPENHO.
FORMALIZAÇÃO. CONTRATO

ADMINISTRATIVO. ART. 60. LEI Nº 4.3620/64.

O art. 60, da Lei nº 4.320/64, não deixa dúvidas de que o empenho deve ser necessariamente realizado em momento anterior à formalização do contrato administrativo. É que, no instrumento contratual, deverá estar indicado a numeração daquele, por tratar-se de garantia do particular quanto ao pagamento futuro e por ser um dos requisitos que devem ser analisados pelo gestor para a liquidação da despesa.

O Secretário de Habitação do **MUNICÍPIO DE CAMAÇARI**, Sr. Ednaldo Gomes Júnior Borges, por meio do Ofício nº 00502.690.2019, endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 07963e19, questiona-nos o seguinte:

“Em situações em que a municipalidade realize despesa sem prévio empenho, porém com cobertura contratual entre a municipalidade e o prestador de serviços, comprovada a execução dos serviços, inexistentes os prejuízos ao interesse público e a terceiros, é possível a convalidação do ato omissivo do município em não realizar o prévio empenho das despesas?”.

Sustenta o Consulente que “a Lei Federal nº 9.784/99, em seu art. 55, versa que em decisões do ente administrativo em que não se acarretam lesões ao patrimônio público nem prejuízos a terceiros, casos sanáveis podem ser estas decisões convalidadas pela própria administração.”.

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se ao Consulente que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Inicialmente, cabe-nos registrar que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.

Prestados tais esclarecimentos, cumpre ressaltar que o processo orçamentário da despesa pública (conjunto de dispêndio realizado pelos entes públicos para custear os serviços públicos prestados à sociedade ou para a realização de investimentos, que integram o orçamento), que ocorre antes do pagamento, fragmenta-se em duas etapas a serem observadas pelo Gestor, quais sejam: 01) planejamento e 02) execução.

A etapa do planejamento consiste, em linhas gerais, na fixação da despesa orçamentária, na descentralização e/ou movimentação de créditos, na programação orçamentária e financeira e no processo de licitação e contratação, tudo em conformidade com a legislação que estabelece normas sobre plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e licitação e contratos.

De acordo com o art. 174, da Constituição Federal, o Estado deverá exercer a função do planejamento, utilizando-se, para tanto, dos três instrumentos indicados no art. 165, quais sejam: 1) PPA – Plano Plurianual; 2) LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias; e 3) LOA – Lei Orçamentária Anual.

A etapa da execução, por sua vez, de acordo com a Lei nº 4.320/1964, divide-se em três estágios da despesa: empenho, liquidação e pagamento. Em questão, abordaremos apenas o primeiro estágio – empenho da despesa, por envolver a dúvida do Consulente.

Empenho é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Ou seja, é a garantia de que existe o crédito necessário para a liquidação de um compromisso assumido. Cumpre reforçar que o empenho não paga a despesa, tão somente, reserva valores em benefício do fornecedor. Formaliza-se através do documento denominado “nota de empenho”.

Neste sentido, encontram-se os arts. 58 e 61, da Lei n.º 4.320/64:

“Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.”

“Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.”

O empenho não poderá exceder o limite de crédito autorizado. Daí se extrai que podem ser realizados vários empenhos, desde que não ultrapassem juntos o montante previsto na dotação orçamentária (créditos consignados no orçamento público para execução das despesas públicas).

Além do quanto dito acima, o empenho deve ser prévio, isto é, a sua emissão acontecerá, por exemplo, antes de encomendar-se a mercadoria ou de autorizar-se a realização da obra ou serviço. Seja qual for o valor da despesa; a urgência da sua realização; ou a sua necessidade, ela deve ser previamente empenhada.

Alias, o empenho a posteriori, isto é, aquele emitido posteriormente à data da nota fiscal, constitui grave irregularidade, e despesas assim concretizadas não são aceitas pelos Tribunais de Contas, por violação ao quanto disposto no art. 60, da Lei nº 4.320/64, segundo o qual: “É vedada a realização de despesa sem prévio empenho”.

Sobre o tema, colacionamos a doutrina de J. Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis, na Obra “A Lei 4.320 Comentada”, 27ª edição, pág. 119:

“O empenho é o instrumento de que se serve a Administração a fim de controlar a execução do orçamento. É através dele que o Legislativo se certifica de que os créditos concedidos ao Executivo estão sendo obedecidos.

O empenho constitui instrumento de programação, pois, ao utilizá-lo racionalmente, o Executivo tem sempre o panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis.

O empenho é uma garantia para os fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros, contratantes em geral, como já foi dito.

O conceito de empenho pressupõe anterioridade. O empenho é *ex-ante*. Daí o receio de ter uma definição legal de empenho meramente formal. No entanto, a prática brasileira é a do empenho *ex-post*, isto é, depois de executada a despesa, apenas para satisfazer ao dispositivo legal, ao qual o Executivo não quer obedecer, por falta de capacidade de programação.

Pelo conceito da Lei 4.320, não há empenho *a posteriori*. (...).”

O C. Tribunal de Contas da União, no julgamento do processo nº TC 018.715/2005-2, Acórdão nº 1404/2011, 1ª Câmara, sobre o assunto determinou a: "(...) observância das fases da despesa pública, de modo que o empenho seja prévio ou contemporâneo à contratação, consoante artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964; (...)".

Já o E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, com intuito de uniformizar o entendimento sobre a matéria ora em análise, editou a Súmula nº 12, no sentido de que "As despesas públicas realizadas sem a observância do requisito legal do empenho prévio são irregulares e de responsabilidade pessoal do ordenador."

Neste ponto, compete esclarecer, que o fato do §1º, do art. 60, da Lei nº 4.320/64, dispor que "em casos especiais, previstos na legislação específica, será dispensada a emissão da nota de empenho", não significa que a obrigação do empenho prévio está dispensada.

Isto porque, nota de empenho não se confunde com o empenho em si. Aquela consiste apenas no documento utilizado pelo Poder Público para informar sobre a materialização da garantia de pagamento assegurada pela relação contratual entre o Estado e terceiros, ou ainda para cumprimento de obrigações de pagamentos oriundas de mandamentos constitucionais e leis ordinárias.

Com o objetivo de elucidar ainda mais o assunto, colacionamos posicionamento publicado pela Consultoria Zênite, no campo "Orientação Prática – 33/2875/JAN2017", na seguinte direção:

"(...). O empenho (ou instrumento semelhante) adotado pela entidade deve ser emitido em momento anterior ou concomitante à celebração do contrato ou do termo aditivo de sua prorrogação. É o que se depreende do art. 60 da Lei nº 4.320/64, citado como paradigma, segundo o qual é "vedada a realização de despesa sem prévio empenho". Essa regra tem em vista a necessidade de assegurar a disponibilidade financeira para fazer frente à despesa que será assumida.

Se o empenho (ou instrumento equivalente) visa a destacar da programação orçamentária o montante necessário para fazer frente às despesas, bloqueando formalmente os valores envolvidos, tem-se como irregular a celebração do contrato e/ou de seu aditamento sem a reserva de recursos correspondente.

Sobre o ponto, veja-se excerto extraído do Informativo de Jurisprudência do TCE/SC nº 16 - Licitações e Contratos (Período – 1º a 30 de setembro de 2015):

Representação. Inexigibilidade de licitação. Inobservância aos pressupostos legais. Despesas contraídas sem prévio empenhamento. Irregularidades graves. Multas. [...]

O Tribunal Pleno julgou parcialmente procedente a representação formulada por Vereadores municipais a respeito de irregularidades praticadas no âmbito da [...]. Aplicou multas ao ex-Presidente da [...] em face da ausência de prévio empenho na realização de despesas com o evento, em desacordo ao artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64; bem como pela realização dos procedimentos de inexigibilidade de licitação e respectivas contratações de Bandas Musicais e da Associação dos Clubes e Sociedades de Tiro do Vale do Itapocu - ACSTV após o evento alusivo [...], em descumprimento ao art. 26 e parágrafo único, inc. II da Lei Federal nº 8.666/93 e ao art. 63 da Lei Federal nº 4.320/64. REP-14/00213530. Rel. Aud. Cleber Muniz Gavi.

Sem prejuízo da constatação de que a não adoção tempestiva de medidas visando reservar recursos previamente à realização da despesa constitui uma irregularidade, o fato é que, ausente prejuízo em relação à execução orçamentária, mostra-se possível sua convalidação mediante o aporte do valor posteriormente. (...).

Sobre a possibilidade de convalidação da irregularidade decorrente da ausência de empenho prévio à realização da despesa, a citada Consultoria, no campo “Perguntas e Respostas – 362/122/ABR/2004”, consubstanciada na doutrina da Professora Weida Zancaner, na Obra “Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.”, 2ª edição, propõe o seguinte:

“PERGUNTAS E RESPOSTAS - 362/122/ABR/2004

PERGUNTA 3

O que deve ser feito quando a Administração não emitiu a nota de empenho anteriormente à realização da despesa?

RESPOSTA

O art. 60 da Lei nº 4.320/64 veda a realização de despesa sem prévio empenho.

Por isso, anteriormente à realização da despesa, deverá ser extraída nota de empenho, documento que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61, parágrafo único da Lei nº 4.320/64).

Se a Administração assim não procedeu, estará configurada ilegalidade no caso. Porém, se esse ato, mesmo que praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, não tiver causado prejuízo à perfeita execução orçamentária, será possível cogitar sua convalidação.

Convalidação consiste na correção do ato através de outros meios, tais como o decurso do tempo e a ratificação. Através dela, restaura-se a legalidade e privilegia-se a segurança jurídica.

Ainda que não haja disposição legal tratando expressamente do assunto, tem-se admitido a convalidação de certos atos inerentes ao procedimento licitatório com base nas construções doutrinárias existentes, sendo muito difundido o entendimento esposado por Weida Zancaner acerca da matéria.

Na opinião dessa autora, somente são convalidáveis atos em que se verifiquem vícios de competência, formalidade e procedimento (quando ausente ato da Administração, cuja falta não desvirtue a finalidade do procedimento e, também, quando não praticado ato do particular, se este puder ser praticado posteriormente com efeitos retroativos).

Seguindo as lições dessa doutrinadora, a falta de emissão de empenho prévio à realização da despesa pode ser entendida como vício de procedimento. Isso porque a emissão da nota de empenho apresenta-se como um dos atos inerentes ao processamento da despesa.”

Feitas tais considerações, pode-se concluir que a Lei nº 4.320/64 é clara, não deixando dúvidas de que o empenho deve ser necessariamente realizado em momento anterior à formalização do contrato administrativo. É que, no instrumento contratual, deverá estar indicado a numeração daquele, por tratar-se de garantia do particular quanto ao pagamento futuro e por ser um dos requisitos que devem ser analisados pelo gestor para a liquidação da despesa. Admite-se apenas, nas situações legalmente previstas, a dispensa da emissão da nota de empenho.

Corroborando ao quanto disposto acima, citamos o art. 7º, §2º, inciso III, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

[...]

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;”

Do mesmo modo, orienta o legislador infraconstitucional que, em todo contrato administrativo, deve existir, necessariamente, cláusula que estabeleça “o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.” É o que estabelece o art. 55, inciso V, da Lei 8.666/93.

Além das regras dispostas no arcabouço legislativo mencionado até então, registre-se, porque salutar, que a Constituição Federal, no art. 167, inciso II, proíbe a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, além do que, os arts. 15 e 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelecem que as despesas sem adequação orçamentária, ou seja, sem dotação suficiente, são nulas, irregulares e lesivas ao patrimônio público.

Por fim, mas não menos importante, alertamos ao Gestor que ordenar despesa não autorizada por lei, irregular e lesiva ao patrimônio público, tipifica crime contra as finanças públicas, com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, de acordo com o art. 359-D, do Código Penal, acrescido pelo art. 2º, da Lei n.º 10.028/2000.

É o parecer.

Em, 28 de maio de 2019.

Flávia Lima de Queiroz
Chefe da DACJ