prefeitura de PORTO ALEGRE

**Procuradoria-Geral do Município**

**Rede de Apoio Jurídico - PGM**

**PGM - INFORMAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL RAJ-PGM Nº 10 / 2024**

| | |
|---|---|
| **PROCESSO SEI N°** | : 24.0.000061974-0 |
| **INFORMAÇÃO N°** | : PGM INFORMAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL 10/2024 |
| **INTERESSADO** | : SMSURB |
| **ASSUNTO** | : Contrato Emergencial. Efeitos financeiros retroativos. Análise jurídica. |

**À RAJ-PGM:**

**I - RELATÓRIO:**

Trata-se de Informação Jurídica Referencial, com fulcro no art. 8º da Instrução Normativa PGM nº 04/2022, que visa examinar as questões jurídicas que envolvem a viabilidade de conferir efeitos financeiros retroativos às contratações formalizadas pela SMSURB com base na calamidade pública, lastreados no decreto municipal 22.647/2024 e no artigo 75 inciso VIII da Lei 14.133/2021.

O expediente foi inaugurado com as razões expostas no Despacho 28799698 da SMSURB nos seguintes termos:

**"À PMS-04,**

Considerando a situação de calamidade pública instaurada no Munícipio e a premente necessidade da administração fazer a contratação de alguns equipamentos e serviços de forma emergencial, a fim de que após o término da enchente e baixa dos níveis de alagamento possa ser realizada a limpeza da cidade.

Considerando que os contratos ordinários não são suficientes para o aumento excessivo da demanda, que extrapola toda e qualquer situação regular dos serviços que estão sendo prestados após a baixa gradativa das águas, onde estão sendo feitas limpezas de toda a ordem, bem como o recolhimento de diversos restos de materiais do munícipes que foram danificados e estão sendo descartados nas vias públicas, calçadas, canteiros, praças, etc.

Considerando que coube a Secretaria de Serviços Urbanos - SMSUrb liderar as contratações emergenciais para a prestação desses serviços, combinado com a operação advinda do Departamento Municipal

de Limpeza Urbana - DMLU, face a sua competência e expertise sobre o assunto.

Considerando que a situação urgia uma posição célere e eficaz da administração, haja vista a urgência que se apresentava e também a possibilidade de risco sanitário, inerentes a toda situação posta, esta Secretaria de Serviços procedeu na contratação de diversas empresa, respeitados os princípios básicos da dispensa de licitação, que dispunham de equipes e equipamentos necessários para o início imediato da operação.

Considerando que dispensada a emissão de parecer singular para esse tipo de contratação emergencial, face ao enquadramento do caso concreto na dispensa de licitação analisada previamente na Informação Jurídica Referencial 07/2024.

Diante do exposto, solicita-se orientação pontual desta Procuradoria Setorial quanto a excepcionalização da data de vigência contratual, data de ordem de início dos serviços, bem como sugestão de cláusula específica a ser incluída na Minuta de contrato, tendo em vista a impossibilidade de formalização dos expedientes e colhimento de suas assinaturas de forma anterior.

Expedientes instruídos com necessidade de ajuste:

- 24.0.000061968-6 - ECO;

- 24.0.000061970-8 - TF Resíduos;

- 24.0.000061972-4 - Pelotense;

- 24.0000059808-5 - Locar;

- 24.0000060112-4 - Sintra;

- 24.0000061264-9 - Master Podas;

Cordialmente,"

E por fim, o indicativo do efetivo início dos serviços detalhado no despacho 28809248:

**"À PMS-04,**

Em tempo, informamos abaixo a data da emissão da Ordem de Início em seus respectivos contratos:

- 24.0.000061968-6 - ECO - 22/05/2024;

- 24.0.000061970-8 - TF Resíduos - 28/05/2024;

- 24.0.000061972-4 - Pelotense - 20/05/2024;

- 24.0000059808-5 - Locar - 21/05/2024;

- 24.0000060112-4 - Sintra - 28/05/2024;

- 24.0000061264-9 - Master Podas - 20/05/2024;

Cordialmente,"

Desse modo, após encaminhamentos pelas instâncias administrativas adequadas, pontua-se que a presente análise se restringe exclusivamente à viabilidade jurídica de excepcionalmente atribuir-se aos contratos pendentes de assinatura cláusula de vigência retroativa, e nesses termos, havendo eventual dúvida pendente que diga respeito às referidas

contratações e que escapem a presente consulta, que seja remetido o processo SEI específico da referida contratação, com o apontamento da dúvida pendente, salientando-se desse modo inclusive, que as contratações emergenciais devem atender os termos da Informação Jurídica Referencial doc. 28631692.

Analisa-se.

## II - FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

### II.1 - Do cabimento da Informação Jurídica Referencial

As Informações Jurídicas Referenciais destinam-se a analisar todas as questões jurídicas que envolvem *matérias idênticas*, traduzindo orientações gerais para casos concretos e repetitivos, conforme prevê o art. 8º da Instrução Normativa PGM nº 04/2022.

A sua elaboração depende da observância de requisitos cumulativos, sendo eles a existência de volume expressivo de processos em matérias idênticas e recorrentes que impactem a atuação do Órgão Consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e a verificação de que a atividade jurídica exercida se restringe ao atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Como resultado, ficam os Órgãos Consultivos da PGM dispensados da análise individualizada do processo, desde que a área técnica do Órgão Consulente ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

Dessa forma, após a emissão e homologação da Informação Jurídica Referencial, caberá às áreas técnicas do Órgão Demandante, atestar, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação e que o processo está devidamente instruído com os documentos aqui indicados, viabilizando-se o prosseguimento dos trâmites.

Não obstante, remanescendo dúvida ou controvérsia jurídica de caráter específico, expressamente delimitada, cuja solução não se extraia desta orientação geral, deverá ser remetida à Procuradoria-Geral do Município, para que esta exerça sua competência consultiva.

**II.2 - FUNDAMENTOS JURÍDICOS. CONTRATO EMERGENCIAL. EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS. ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. CARÁTER EXCEPCIONAL DA MEDIDA. ANÁLISE.**

Inicialmente, é de salientar que esta Procuradoria emitiu recentemente, em vista do estado de calamidade ora vivenciado, a Informação Jurídica Referencial 05/2024 (documento 28622645) , fazendo especial estudo sobre a viabilidade da Indenização Administrativa para serviços emergenciais enquadrados na situação trágica e notória que ora se apresenta, ante a eventual ausência de tempo hábil aos trâmites da contratação direta fundada na emergência, mediante a comprovação dos requisitos constantes do formulário (documento 28625594).

O que se evidencia, no entanto, no caso reportado pela Pasta demandante, é a existência de alguns contratos emergenciais que foram autuados e instruídos visando a correta formalização do ajuste, não havendo tempo hábil, no caso, para a tempestiva assinatura contratual, em vista da necessidade de ser dada a ordem de início dos serviços previamente à finalização de todos os trâmites processuais.

Desse modo, muito embora a vigência contratual só tenha início a partir da data da assinatura contratual pelas partes no instrumento, verifica-se que a excepcionalidade da situação vivenciada pode acarretar na impossibilidade de, na prática, a Administração Pública ter efetivas condições em formalizar as contratações emergenciais com base no estado de calamidade de forma tempestiva, ou seja, de forma que a data de início dos serviços coincida com o início da vigência que deve se dar como regra, na data da assinatura contratual nos termos acima.

Deve ser registrado que, muito embora conste a Informação Jurídica Referencial para serviços prestados sem lastro contratual com base na emergência (documento 28622645), tem-se que o pagamento por indenização por lastro curto de tempo como o evidenciado pela SMSURB, em contratações que foram devidamente autuadas estando apenas pendente de assinatura no presente momento, parece não atender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para o presente caso, e principalmente, o princípio da eficiência.

Parece lógico que, se na prática a indenização administrativa for possível, não poderia se vislumbrar que no caso concreto apresentado o pagamento não pudesse ser viabilizado na forma regular da contratação formal. Isso porque, o resultado prático será o mesmo, ou seja, serão conferidos efeitos financeiros retroativos ao contrato, seja por indenização, ou seja por contemplar cláusula de vigência retroativa. Muito embora a instrução do processo seja diferenciada.

Assim, vislumbrando principalmente o caráter da eficiência e da transparência entre as medidas adotadas, um contrato assinado de forma intempestiva, vai causar uma cisão, entre os serviços prestados (indenização), e a contratação regular a partir da data da assinatura o que inclusive, pode causar um certo tumulto processual, e dificuldade de operacionalização na gestão dessa divisão de critérios por parte das Secretarias.

Saliento no entanto que, o certo sempre foi adotar-se a indenização administrativa para serviços já executados. Ocorre que estamos diante de um estado de calamidade excepcionalíssimo, e as demandas emergenciais são inúmeras. Obviamente é clara a dificuldade em assinar a tempo todos esses contratos, e como referi, a cisão de procedimentos (indenização "para o passado" e contratação emergencial "para o futuro"), pode causar tumulto processual entre as medidas diferenciadas a serem adotadas para cada período, além do que, pode causar confusão na operacionalização prática dessas medidas.

Ademais, não se vislumbraria prejuízo nessa vigência retroativa, ao contrário, confere mais segurança jurídica nas relações emergenciais decorrentes do presente estado de calamidade. Também não se vislumbraria em tese prejuízo à Administração Pública, se o pagamento teria cabimento na via da indenização administrativa. E por certo, não seria razoável exigir da Administração Municipal que tenha todos os meios na formalização tempestiva de todas essas situações.

Diante desse quadro, é digno de registro citar o Acórdão 282/2008 Plenário, do TCU, especialmente os seguintes trechos:

"Enunciado:

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

"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 conseqüência, 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."**

Grifos nossos.

No âmbito da Lei 8.666/93, já se tinha que a s hipóteses em que se admite o contrato verbal são aquelas referentes a pequenas compras de pronto pagamento (art. 60, § único, da Lei 8666/93), **os casos que se enquadrem no conceito de emergência (art. 24, IV, da Lei 8666/93)** ou quando o aditamento dependa de prévia análise da administração quanto a sua ocorrência e extensão, como no caso do reequilíbrio econômico-financeiro (conforme já decidiu o TCU, Acórdão 282/2008-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ). Segundo o TCU, "[n]*os termos dos arts. 60, parágrafo único, e 62 da Lei 8.666/1993, a execução de serviços sem a formalização de termo contratual caracteriza contrato verbal, ainda que o pagamento seja realizado após a assinatura do contrato*" (Acórdão 2380/2013-Plenário | Relator: ANA ARRAES)[1].

Nos casos em que o TCU afastou a aplicação de penalidades aos gestores as razões foram a ausência de prejuízo ao erário ou a pequena representatividade da alteração contratual (Acórdão 1227/2012-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO e Acórdão 2590/2012-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ). Mesmo nesses casos, contudo, manteve o apontamento de ilegalidade e a recomendação de que o órgão auditado se abstivesse da prática desse tipo de procedimento. Conforme já anotou o TCU, "*a formalização dos contratos no âmbito do poder público, pela administração direta ou indireta, assegura a publicidade do ato, e vias de conseqüência, a transparência e a lisura do negócio.*"[2]

Em síntese: a execução de serviços sem respaldo em contrato devidamente formalizado caracteriza contrato verbal, sancionado com nulidade com efeitos *ex tunc*, indenizada a contratada pelos prejuízos em que tenha incorrido (art. 60, parágrafo único, c/c art. 59 e seu parágrafo único, ambos da Lei 8666/93). Excepcionalmente a doutrina[3] e a jurisprudência[4] **têm admitido a formalização *a posteriore*, naqueles casos que se caracterizem como "urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares", nos moldes do art. 24, IV, da Lei 8666/93** ou após o tempo necessário à avaliação, pela Administração, de reequilíbrio financeiro. Em todo caso, conforme leciona Marçal Justen Filho, a contratação "*deverá ser formalizada no mais breve espaço de tempo*"[5].

O que se tem na prática, através da cláusula de vigência retroativa, pelo menos no meu entendimento, é a atribuição de efeitos financeiros retroativos ao contrato firmado, o que tem por fundamento, a excepcionalidade da situação vivenciada, que não permitiu a formalização a tempo. Para que não haja duplicidade de procedimentos (indenização e contratação emergencial), e frente a excepcionalidade da medida, tenho por admitir-se a estipulação de cláusula de vigência retroativa, a contar do início efetivo dos serviços, de forma excepcional.

Saliento, no entanto, que a excepcionalidade da medida deve ser aplicada de forma restritiva, e mediante a comprovação dos requisitos elencados no tópico seguinte.

Alerta-se no entanto que para serviços executados e plenamente finalizados não será cabível a contratação emergencial para contemplar como referi uma situação já finalizada, e para esses casos deve ser aplicada a Informação Jurídica Referencial doc. 28622645 (Indenização).

**III - CONCLUSÃO:**

**1) Ante ao exposto,** em vista da dúvida elencada pela SMSURB no documento 28799698, é possível valer-se dos fundamentos jurídicos acima expostos, contemplando cláusula de vigência contratual retroativa, de forma excepcional, considerando as datas aportadas no despacho 28809248, para contratações emergenciais fundadas no atual estado de calamidade pública. O contrato no entanto deve ser formalizado no mais breve espaço de tempo. Anoto que a cláusula de vigência retroativa deve ser objeto de justificativa (em consonância com os fundamentos dessa Informação Jurídica) e concordância expressa do titular da Pasta. Deve ser atestada, ademais, a ausência de prejuízo ao erário.

2) Alerta-se no entanto que para serviços executados e plenamente finalizados não será cabível a contratação emergencial para contemplar como referi uma situação já finalizada, e para esses casos deve ser aplicada a Informação Jurídica Referencial doc. 28622645 (Indenização).

3) A sugestão de cláusula contratual solicitada seria a seguinte:

"CLÁUSULA - DA VIGÊNCIA CONTRATUAL:

Item. A vigência do presente contrato tem início na data de (xxxx), em conformidade com o efetivo início dos serviços, de forma excepcional, devidamente autorizado

pelo titular da Pasta (documento xxxx), em conformidade com as justificativas constantes do despacho xxxx.

..."

4) Por final, esta Procuradoria analisou tão-somente o questionamento encaminhado (possibilidade de cláusula de vigência retroativa), não se adentrando em outros aspectos, como acima referido. Havendo dúvida pendente quanto a regularidade das referidas contratações, encaminhar o expediente SEI específico da contratação, com a dúvida jurídica que deve ser dirimida pela Procuradoria.

É a Manifestação.

Respeitosamente,

Camila Issa Dietrich

Procuradora Municipal

OAB-RS 54154

---

[1] No mesmo sentido é possível citar os seguintes arestos da Corte de Contas: “A formalização de contrato em momento posterior em nada muda a ilegalidade da prévia contratação verbal, constituindo-se, com relação aos pagamentos realizados à empresa prestadora de serviços nesse período, despesas sem cobertura contratual, a serem sopesadas no julgamento das contas do responsável” (Acórdão 2840/2011-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE); "A aquisição de bens ou serviços sem cobertura de termo contratual, bem assim sua celebração com cláusula de vigência retroativa, caracteriza a existência de contrato verbal antes de sua formalização, o que é vedado pelo art. 60, parágrafo único, Lei 8.666/1993" (Acórdão 5820/2011-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO).
[2] TCU, Acórdão 282/2008, Plenário, Relator: AROLDO CEDRAZ.
[3] Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. RT. São Paulo, 2019, pp.1253-4 e 1259.
[4] TCU, Acórdão 282/2008-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ
[5] Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. RT. São Paulo, 2019, p.1253.
[6] TCU. Acórdão 2414/2011-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER

---

Documento elaborado nos termos da IN 0042022- PGM

Documento assinado eletronicamente por **Camila Issa Dietrich**, **Procurador(a) Municipal**, em 30/05/2024, às 11:08, conforme o art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006, e o Decreto Municipal 18.916/2015.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.procempa.com.br/autenticidade/seipmpa informando o código verificador **28815573** e o código CRC **99032397**.