

JOSÉ GOMES GRACIOSA



“Por outro lado, se se admitir, sem mais, nem menos, que se pode fazer normalmente *reconhecimento de dívida tout court* em vez de se licitar e fazer contrato — fórmula esdrúxula que vem grassando na Administração —, com renúncia ou abandono ao rito normal de assunção de dívida pela Administração via caminhos das leis (*licitação ou dispensa ou inexigibilidade, empenho, liquidação, pagamento*), como justificar a rebeldia ao *princípio constitucional da legalidade* imperante em sede de Direito Público?”

Conselheiro José Gomes Graciosa
Processo 213.279-6/07

SÍNTESE

TERMO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA

Versam os autos sobre o Termo de Reconhecimento de Dívida, Processo Administrativo nº 4896/07, assinado em 23/02/07, celebrado pela Prefeitura Municipal de São Gonçalo em favor da Empresa Imobiliária Irmãos Mendes, no valor de R\$ 18.083,04 (dezoito mil, oitenta e três reais e quatro centavos), que tem por objeto a locação do imóvel da Rua Francisco Portela nº 2731 — Centro — São Gonçalo, relativo aos meses de maio a dezembro de 2006.

O Corpo Instrutivo, após análise (fls. 13/15), sugere a Notificação, com base no §2º, do art. 6º, da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, na forma estabelecida no artigo 26 e incisos do Regimento Interno, aprovado pela Deliberação TCE-RJ nº 167/92, em prazo a ser fixado pelo Egrégio Plenário, da Srª. Maria Aparecida Panisset, Prefeita Municipal de São Gonçalo, para que atenda ao disposto a seguir, alertando-a para as sanções previstas no artigo 63 da Lei Complementar nº 63/90:

- apresente razões de defesa quanto à realização da despesa fora do seu rito processual ordinário, culminando com a elaboração de empenho *a posteriori*, o que contraria a Lei Federal 4.320/64, em seus artigos 58 a 61;
- remeta cópia da Nota de Empenho emitida para fazer face às despesas oriundas do presente Termo — dívida com a EMPRESA IMOBILIÁRIA IRMÃOS MENDES, referentes aos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro/2006, no valor total de R\$ 18.083,04, de acordo com o que preceitua o artigo 3º, inciso VIII, letra “b”, da Deliberação TCE-RJ nº 191/95;
- remeta cópia das ordens de pagamento, apresentando a quitação do valor reconhecido neste Termo, conforme artigo 39, inciso II, alínea “g”, da Deliberação TCE-RJ nº 191/95.

O Ministério Público Especial, representado pelo Procurador Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira, manifesta-se no mesmo sentido (fls. 18).

É o Relatório

Preliminarmente, considero de extrema utilidade, à concepção e à transmissão das idéias do meu voto, a realização de um esforço de fixação do **conceito** da matéria nuclear objeto do presente julgamento, qual seja, a figura do **reconhecimento de dívida**.

Parece-me que tal conceito não tem estado presente em vários atos que se têm praticado, e que a névoa sob a qual se esconde, na realidade prática, a figura jurídica do **reconhecimento de dívida** tem dado margem a utilizações viciosas, deturpadas e, possivelmente, fraudulentas.

Tal utilização marginal à lei o Tribunal de Contas deve evitar.

Dito isto, recorro ao mestre PONTES DE MIRANDA, que, em seu monumental *Tratado de Direito Privado*, coloca o tema com a sua insuperável cultura.

PONTES DE MIRANDA começa por ensinar que

“Com o reconhecimento da dívida, aclara-se a situação, põe-se em proposições claras o que se poderia ter por ‘incerto’. Trata-se, portanto, de manifestação de vontade pela qual se estabelece que, para o manifestante, o direito de outrem existe, ou a sua pretensão, ou a sua ação, ou uma e outra, ou todas.

O que importa frisar-se é que, reconhecimento de dívida, como negócio jurídico, não é somente ‘comunicação de conhecimento’; tem de ser, preponderantemente, ‘manifestação de vontade’: quer-se reconhecer, quer-se comunicar conhecimento e comunica-se como conteúdo de manifestação de vontade.

(...)

Com o reconhecimento reconhece-se, declara-se, de jeito que se põe ‘claro’ (declara) o que por alguma razão se precisou declarar, não só aclarar.”¹

Então, este é o núcleo da idéia de reconhecimento de dívida.

A que PONTES DE MIRANDA acresce o seguinte: *“Reconhecer dívida é afirmar que ela existe. Também é possível reconhecer-se que a dívida não existe. O que aqui se diz sobre dívida também se entende com a obrigação, com a ação e com a exceção. O que se reconhece pode ser singular ou plural (a dívida ‘a’ e a dívida ‘b’, as pretensões ‘a’ e ‘b’, as ações ‘a’ e ‘b’, as exceções ‘a’ e ‘b’).”²*

E mais, é **negócio unilateral**, de abstração, e em relação ao beneficiário do reconhecimento gera os seguintes efeitos:

“O ‘reconhecimento de dívida’, ‘de obrigação’, ou ‘de ação’, ou ‘de execução’, é negócio jurídico unilateral, pelo qual fica a pessoa a favor de quem se reconheceu a dívida dispensada de provar a relação jurídica básica. Trata-se de negócio jurídico abstrato. Não se pode reduzir a eficácia do reconhecimento de dívida à simples ‘relevatio ab onere probandi’. Aliás, no passado, a hostilidade ao reconhecimento como negócio jurídico era a regra, nos países que não entendiam a abstração dos negócios jurídicos.”³

1 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss.

2 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss.

3 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss.

PONTES DE MIRANDA elucida que o reconhecimento de dívida não se confunde com outras figuras jurídicas como a **novação**, a **substituição** e a **execução voluntária** — reconhecimento de dívida não nova nem substitui nada e nem é forma voluntária de execução —, a dizer:

“A ‘teoria do reconhecimento negocial novação’ é de repelir-se. Foi a de B. von Salpius (‘Novation und Delegation nach römischem Recht, 500 s.) e a de H. Lehmann (Der Prozessvergleich, 80). Bem assim, a ‘teoria do conhecimento substituição’, segundo a qual o negócio jurídico de reconhecimento substitui à relação jurídica não clara a relação jurídica que é clara (H. Dernburg, Pandekten, I, 7ª ed., 190; A. von Tuhr, Der Allgemeine Teil, II, 2, 248).”⁴

(...)

“A teoria do reconhecimento execução voluntária é de repelir-se. Não se executa declarando-se; declarar não é executar, nem constituir, nem, sequer, condenar-se. Insuficiente estudo da classificação científica das ações, das sentenças e dos próprios fatos jurídicos, quanto à sua eficácia, tem levado os juristas a lamentáveis confusões entre elemento declarativo, elemento constitutivo e elemento executivo, às vezes entre eles e o elemento condenatório ou o mandamental. Quem só declara não condena; ‘a fortiori’, não executa.”⁵

E ainda mais, e importantíssimo, o **reconhecimento de dívida** não cria dívida ou obrigação.

Não cria.

Para ser claro no nosso caso, não cria contrato.

Não estabelece promessa de dívida nem assunção de dívida. É importante atentar para este atributo da figura. Há, unicamente, uma **dação**, que é a **declaração**.

“O negócio jurídico de reconhecimento — adverte o mestre — não cria dívida, obrigação, ação ou exceção. Declara. A dação é de declaração. Trata-se, portanto, de acordo de declaração, se bilateral o negócio jurídico, ou de declaração unilateral de vontade. A situação que surge, em virtude da eficácia declarativa, é imediata. Não há promessa, não há assunção de dívida. Entra no patrimônio de quem é beneficiado pelo negócio jurídico de reconhecimento o que o declarante ‘dá’; e ele dá a declaração.”⁶

4 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss.

5 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss.

6 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss.

E, como conseqüência, “Diz-se que surge a obrigação de o declarante ter como definitiva, assente, firme, a expressão, a extensão, a configuração que se deu à relação jurídica declarada, ou a sua inexistência. Mas essa obrigação é a que deriva do dever de se respeitar o que se concluiu, negocialmente, seja unilateral, seja bilateral o negócio jurídico. Também o vendedor tem de comportar-se segundo os termos do negócio jurídico de compra-e-venda.”⁷

Outrossim, os problemas de desconformidade para com o que “era” é explicado por PONTES DE MIRANDA lembrando que “o que se quis [com o reconhecimento] de modo nenhum alterou o mundo jurídico” e que “Não há momento ‘b’ diferente do momento ‘a’, tanto que “O negócio jurídico de reconhecimento, se, acaso, a declaração destoa do que ‘era’, tem a mesma mácula que a sentença declarativa que não foi justa. Mas, ali e aqui, o que importa é a natureza do negócio jurídico, ou da sentença, e não o que ficou ‘abaixo’ dele, ou dela, superado pela declaração, que a conclusão do negócio jurídico ou o trânsito em julgado da sentença firmou. Aliás, essa indecisão dos juristas entre declaratividade e constitutividade de alguns negócios jurídicos ou de algumas sentenças resulta de não atenderem a que é ineliminável, elemento — talvez secundário — de constitutividade nos negócios jurídicos e nas sentenças, devido ao ‘instrumento’. Ora, o que importa não é o instrumento, mas sim a eficácia preponderante. **Nada se muda no mundo jurídico** [empresstei ênfase], (...) o que se quis de modo nenhum alterou o mundo jurídico. Não há momento ‘b’ diferente do momento ‘a’.”⁸

Mestre PONTES chama atenção para os dois tipos de reconhecimento de dívida: o positivo e o negativo. Por ambos, cumpre-se a função que é a de **eliminar a incerteza pela via da declaração**. Pelo que esclarece:

*“Duas espécies. O reconhecimento negocial pode referir-se a existência de direito, pretensão, ação ou exceção, como pode ter por fim tornar certo que não existe o direito, a pretensão, a ação ou a exceção (J. Unger, Zur Lehre von Anerkennungsvertrag, Jherings Jahrbücher, VIII, 181; R. von Cansteins, Anerkennung und Gëständniss, Zeitschrift für detschen Civilprozess, I, 257 s.; Carl Crome, System, II, 913; O. Bülow, Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Quittung, Jherings Jahrbücher, 59, 1 s.). **Assim, o reconhecimento é positivo ou negativo. Numa e noutra espécie, declara-se, elimina-se a incerteza. No fundo, diz-se que há ou não há a relação jurídica que se entendia existir, ou de que se julgava discutível a existência.**”⁹*

Aí está significativo resumo da figura do reconhecimento de dívida: “**declara-se, elimina-se a incerteza. No fundo, diz-se que há ou não há a relação jurídica que se entendia existir, ou de que se julgava discutível a existência.**”¹⁰

7 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss

8 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss

9 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss

10 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss

Relevantíssima consequência da elaboração de reconhecimento de dívida é a **interrupção da prescrição**. Diz mestre PONTES: “*Um dos efeitos materialísticos do negócio jurídico de reconhecimento é a interrupção da prescrição (Código Civil, art, 172, V; hoje, CC-2002, art. 202, VI; Decreto nº 21.638, de 18 de julho de 1932, art. 1º).*”¹¹

Outro importante detalhe esclarecido pelas lições de PONTES DE MIRANDA é quanto ao termo inicial da eficácia do **reconhecimento de dívida**. Ele doutora:

*“Tempo em que começa a eficácia do negócio jurídico de reconhecimento. Em si, o negócio jurídico de reconhecimento somente é eficaz a partir da sua conclusão. Mas ele declara relação jurídica. Os efeitos de relação jurídica declarada são aqueles que são compatíveis ou resultam da comunicação de conhecimento contida no negócio jurídico de reconhecimento. Não se trata de retroatividade. Trata-se de declaração de que, ‘ex hypothesi’, existia.”*¹²

Finalmente, ensina PONTES DE MIRANDA quanto à **eficácia sanatória** do reconhecimento de dívida:

“Sanação. Os negócios jurídicos de reconhecimento têm eficácia sanatória como teria a declaração de vontade ratificativa (...).

*‘Reconhecimento’ é a manifestação de conhecimento, pela qual se estabelece a existência (ou a não-existência) ou o conteúdo de determinada relação jurídica. O que se reconheceu tem-se como foi declarado pelo reconhecente. Isso, no tocante a ele. Não mais se pode discutir quanto ao que era duvidoso antes, nem cabe apurar-se se era assim, ou não, o mundo do direito, no que se referia à relação jurídica declarada. O manifestante da vontade quis que assim fosse, não constitutiva, mas declarativamente. Considera-se o negócio jurídico de reconhecimento como fonte de obrigações. Todavia, o que se põe em linha de causação é a declaração mesma, a vinculação ao que se declarou.”*¹³

Ou seja, resumindo, ponho ênfase nas seguintes conclusões e ensinamentos aí atrás transcritos:

- o reconhecimento da dívida tem por objetivo aclarar uma situação, por ele “*põe-se em proposições claras o que se poderia ter por ‘incerto’*”;
- “*Não mais se pode discutir quanto ao que era duvidoso antes*”;

11 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss

12 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss

13 - PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss

- “Reconhecer dívida é afirmar que ela existe” (ou não existe);
- “é negócio jurídico unilateral”;
- o **reconhecimento de dívida** não cria dívida ou obrigação. **Não cria**;
- o **reconhecimento de dívida** não estabelece promessa de dívida nem assunção de dívida;
- o reconhecimento de dívida não se confunde com outras figuras jurídicas como a **novação**, a **substituição** e a **execução voluntária**;
- há, unicamente, uma **dação**, que é a **dação de declaração**.

Então, se assim é, como é, se, pelo **reconhecimento de dívida não se cria dívida**, reconhece-se ter sido, ela, anteriormente criada, como foi o fenômeno jurídico da criação da dívida (a que se reporta o reconhecimento), por que meios jurídicos ele se deu, como se disciplina?

O tema encontra normação a partir de convocar duas vertentes jurídicas: a 1ª, a relativa à contratação por parte da Administração Pública, de Direito Administrativo e a 2ª, a relativa ao Direito das Finanças. Normas de uma província do Direito e de outra província enquadram o comportamento do administrador.

Pela 1ª, tem-se na Lei de Licitações e Contratações, Lei nº 8.666/93, o esquema normativo.

Pela 2ª, tem-se na Lei nº 4.320/64 e na Lei estadual 287/79 (Código de Contabilidade) a condução.

Pela 1ª, licita-se, contrata-se, empenha-se.

Pela 2ª, cumpre-se, administrativamente, o que é pertinente a empenho e liquidação.

De recordar-se que a Lei nº 8.666/93 (de licitação e contratação) tem, entre outros, os seguintes significativos provimentos que entretecem conexão direta com a matéria financeira aqui apreciada (a forma de criação de dívida, de despesa para a Administração):

*“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de **licitação**, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.*

(...)

Art. 54. Os **contratos administrativos** de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

Art. 55. São **cláusulas necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o **preço e as condições de pagamento**, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

(...)

V - o **crédito pelo qual ocorrerá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica**;

(...)

§ 3º No ato da **liquidação** da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

(...)

Art. 62. O **instrumento de contrato é obrigatório** nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e **facultativo** nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como **carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço**.

§ 1º *A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.*

§ 2º *Em 'carta-contrato', 'nota de empenho de despesa', 'autorização de compra', 'ordem de execução de serviço' ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei. (Cláusulas necessárias em contrato; redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)*

(...)

§ 4º *É **dispensável** o 'termo de contrato' e **facultada a substituição prevista neste artigo**, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica."*

Já a 2ª vertente encontra na Lei nº 4.320/64 disciplina quanto a empenho e liquidação, assim:

*"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. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

(...)

*Art. 62. O **pagamento** da despesa só será efetuado quando ordenado **após sua regular liquidação**.*

*Art. 63. A **liquidação** da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.*

§ 1º *Essa verificação tem por fim apurar:*

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

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

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 64. A **ordem de pagamento** é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Parágrafo único. A ordem de pagamento só poderá ser exarada em documentos processados pelos serviços de contabilidade."

Ou seja, a criação de despesa para o Estado desenvolve-se por cumprimento de estágios obrigatoriamente trilháveis pelo administrador e subseqüentes, a saber:

- (1º) licitação (ou dispensa ou inexigibilidade formalmente justificadas segundo os requisitos da Lei 8.666/93, art. 26 e 38, parágrafo único sobretudo);
- (2º) contratação;
- (3º) empenho;
- (4º) liquidação.

Só então, unicamente após essas etapas, a despesa estará apta a ser paga (como consta dos arts. 62 e seguintes da Lei 4.320/64).

Esta normação, então, convoca a seguinte reflexão: se a criação da despesa se dá por tal caminharmento gizado pelo ordenamento jurídico, como não se admitir que o **reconhecimento de dívida** (*lato sensu*) está obrigatoriamente subsumido naqueles dispositivos de lei?

Ou, perguntando de outra forma, como não entender que a liquidação constitua, precisamente, exatamente, a forma que o ordenamento jurídico prevê para promover-se, oficialmente, regularmente, o reconhecimento da dívida?

Afinal, o estágio cumprido pelo ato jurídico denominado liquidação (art. 63, Lei 4.320/64) não é aquele que cumpre, exatamente, a função de reconhecer dívida?

A resposta única, indeclinável, é a positiva. É.

E, cabe indagar, aquele art. 63 da Lei 4.320/64 não dispõe que “A **liquidação da despesa** consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”; seu § 1º não dita que “Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação”; e, também, seu § 2º não dita que “A **liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados** terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”?

Isto é, reconhecimento de dívida não é substituto de contrato. Como ensina PONTES DE MIRANDA (*retro*), reconhecimento de dívida não cria obrigação.

Ou, em tal conformidade, indagando de outra forma, sobra ensanchar para outro tratamento jurídico, ou não sobra?

E isto qualquer que seja o instrumento por meio do qual a Administração tome o serviço, a obra etc. Ora, ficou visto, acima, que a lei permite — respeitadas os requisitos que ela especifica — obter obra, serviço, compra etc. Através dos seguintes instrumentos:

- instrumento de contrato (obrigatório na maioria dos casos);
- carta-contrato;
- nota de empenho de despesa direta;
- autorização (escrita) de compra;
- ordem de execução (escrita) de serviço;
- outros instrumentos hábeis, como os próprios a “casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.”

Como se pode deduzir deste rol, em qualquer das hipóteses há de proceder-se a **empenho** e **liquidação**, ou seja, ao rito da Lei 4.320/64.

Por outro lado, se se admitir, sem mais, nem menos, que se pode fazer normalmente **reconhecimento de dívida** *tout court* em vez de se licitar e fazer contrato — fórmula esdrúxula que vem grassando na Administração —, com renúncia ou abandono ao rito normal de assunção de dívida pela Administração via caminhos das leis (**licitação ou dispensa ou inexigibilidade, empenho, liquidação, pagamento**), como justificar a rebeldia ao **princípio constitucional da legalidade** imperante em sede de Direito Público?

A única hipótese para a saída (*rectius*, valer-se, licitamente, a Administração, de reconhecimento de dívida) que eu diviso é algo decorrente de **atos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe** ¹⁴.

De resto, recorde-se que tais figuras embrionariamente criadas pela doutrina (em particular, a francesa) foram recepcionadas pelo Direito Positivado brasileiro, eis que estão expressamente citadas na alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93 ¹⁵ no que toca a tratamento de alteração de contrato e reiteradas no inciso XVII do art. 78 da lei. Portanto, podem invocar-se, aqui, subsidiariamente.

Recordo um só exemplo que me ocorre, neste ponto: a Administração é obrigada a contrair, urgentemente, uma despesa indispensável e inadiável e que visa a salvar a vida de uma ou mais pessoas e, todavia, acabou o orçamento.

Então, se se verificar efeito de ocorrência de **força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado**, então, aí sim, e somente aí, poderá o Estado proceder a ato (o não ortodoxo) de **reconhecimento de dívida**.

Aliás, a própria Lei de Licitações se rende a esta configuração quando admite que deva reparar o contratado pelo que ele haja praticado ou assumido em razão de contrato de que a Administração venha a declarar a nulidade (art. 59, parágrafo único, Lei 8.666/93).

Ressalvo, desde logo, que, em promovendo o **reconhecimento de dívida** — quando a Administração abandone o leito do rito de assunção de dívida previsto na Lei 8.666/93 e na Lei 4.320/64 e no Código de Contabilidade do Estado, que é o normal, ou melhor, o legal —, quando tenha que fazê-lo em razão dos fatores imperiosos e inevitáveis a que me referi acima, imediatamente após o **reconhecimento de dívida a Administração deverá promover o enquadramento ao rito legal normal** (empenhar e liquidar), caso em que, poderá, até, deverá satisfazer necessidade de abertura de crédito suplementar).

14 - In *Glossário*, de PAULO CÉZAR FULGÊNCIO, Mauad Editora, 2007: “Força maior: Todo acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível, não se pode evitar (inevitabilidade)”; “Caso Fortuito: É o acontecimento imprevisto e independente da vontade humana, cujos efeitos não são possíveis de impedir. São, por exemplo, a tempestade, o furacão, a queda de raio, a inundação etc., ou seja, não é controlado pelo ser humano”; “Fato do Príncipe: Ato da Administração Pública que, em nome do interesse coletivo, altera contrato que celebrou com particular tornando seu cumprimento, por parte deste, mais oneroso.” (ps. 109 e 283).

15 - “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II – (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94).”

Entendo, também, que a adoção do **reconhecimento de dívida** (de que cuido, o *lato sensu*, porque o *stricto sensu* é o da licitação, contratação, empenho, liquidação e pagamento como previstos em lei) deve, imediatamente, comunicar-se à autoridade competente e justificar-se para fim de apuração, ou não, de responsabilidades.

Lembro que, na conformidade do que venho de sustentar, laboram os provimentos normativos dos arts. 37 da Lei nº 4.320/64 e 1º do Decreto federal nº 62.115/68, cujos teores são os seguintes:

“Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento de exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.”

(...)

“Art. 1º Poderão ser pagas por dotações para ‘despesas anteriores’, constante dos quadros discriminativos de despesas das unidades orçamentárias, as dívidas de exercícios encerrados devidamente reconhecidas pela autoridade competente.

Parágrafo único . As dívidas de que trata este artigo compreendem as seguintes categorias:

I - despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processadas na época própria;

II - despesas de ‘Restos a Pagar’ com prescrição interrompida, desde que o crédito respectivo tenha sido convertido em renda;

III - compromissos reconhecidos pela autoridade competente, ainda que não tenha sido prevista a dotação orçamentária própria ou não tenha deixado no exercício respectivo, mas que pudessem ser atendidos em face da legislação vigente.”

Pelo exposto e examinado, posiciono-me de acordo com o Corpo Instrutivo e o Ministério Público Especial,

VOTO:

I - Pela NOTIFICAÇÃO da Sr^a. Maria Aparecida Panisset, Prefeita Municipal de São

Gonçalo, prevista no § 2º do art. 6º da Deliberação TCE-RJ nº 204/1996, a ser efetivada na forma do art. 3º da Deliberação TCE-RJ nº 234/2006, alterado pela Deliberação TCE-RJ nº 241/2007, e, na impossibilidade, nos moldes do art. 26 do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, adote as seguintes medidas:

1. apresente razões de defesa quanto à realização da despesa fora do seu rito processual ordinário, culminando com a elaboração de empenho *a posteriori*, o que contraria a Lei Federal 4.320/64, em seus artigos 58 a 61;
2. remeta cópia da Nota de Empenho emitida para fazer face às despesas oriundas do presente Termo — dívida com a EMPRESA IMOBILIÁRIA IRMÃOS MENDES, referentes aos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro/2006, no valor total de R\$ 18.083,04, de acordo com o que preceitua o artigo 3º, inciso VIII, letra “b”, da Deliberação TCE-RJ nº 191/95;
3. remeta cópia das ordens de pagamento, apresentando a quitação do valor reconhecido neste Termo, conforme artigo 39, inciso II, alínea “g”, da Deliberação TCE-RJ nº 191/95.

II - Por DETERMINAÇÃO à SSE para que, ao comunicar a Srª. Maria Aparecida Panisset, Prefeita Municipal de São Gonçalo, o inteiro teor deste voto, faça acompanhar cópia do relatório de fls. 13/15.

JOSÉ GOMES GRACIOSA

Relator