

Título : A QUESTÃO DO PAGAMENTO ANTECIPADO NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, SOBRETUDO AS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Autor : Edcarlos Alves Lima

A QUESTÃO DO PAGAMENTO ANTECIPADO NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, SOBRETUDO AS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DA COVID-19

EDCARLOS ALVES LIMA

Advogado-Chefe do Departamento de Consultoria Jurídica em Licitações, Contratos e Ajustes Congêneres da Advocacia-Geral do Município de Cotia (AGM). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Gestão Pública pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Autor de artigos jurídicos na área de licitações e contratos e palestrante

INTRODUÇÃO

A declaração, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), da pandemia da Covid-19, ocorrida no dia 11 de março de 2020, ensejou a adoção de uma série de ações pelos diversos entes da Federação, entre as quais se destaca, no plano nacional, a edição da Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926/2020, que, entre outras medidas, trouxe uma nova hipótese de licitação dispensável, assim como reduziu pela metade os prazos no âmbito da licitação deflagrada na modalidade pregão ¹.

A precitada norma, editada, pela União, no uso de sua competência privativa ², veiculou importantes instrumentos para conferir efetividade ao enfrentamento da emergência em saúde pública ocasionada pela pandemia da Covid-19, tornando mais céleres e menos burocráticas, por exemplo, contratações públicas que objetivem tal enfrentamento.

Ocorre, no entanto, que há entraves, ainda burocráticos, que, por vezes, podem inviabilizar aquisições e contratações feitas no atual cenário de calamidade pública.

Uma dessas dificuldades, que será abordada no presente arrazoado, é relacionada ao pagamento antecipado que, não raras as vezes, é condição imposta pela empresa contratada para que o fornecimento seja realizado ou o serviço seja executado.

Diante desse contexto, o gestor público se vê encurralado entre cumprir o princípio da legalidade ou atender ao interesse público com a implementação da política pública a ser implementada com a almejada contratação.

Aliás, o princípio da legalidade, sobretudo nos tempos atuais, está passando por grandes transformações. Nesse sentido, vale destacar o alerta feito por Egon Bockmann Moreira (2020) no sentido de

Levamos a sério a ressignificação do princípio da legalidade e compreender que a administração pública deve atuar “conforme a lei e o Direito” (Lei 9.784/1999, art. 2º, par. ún., inc. I), sempre levando em conta “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo (LINDB, art. 22).

A QUESTÃO DO PAGAMENTO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: REGRA GERAL

A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e o controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, determina, em seu art. 62 ³, que **o pagamento da despesa só será efetuado após sua regular liquidação, que consiste no implemento de condição.**

Já no art. 63 do mesmo diploma legal precitado, o legislador tratou de disciplinar os estágios da liquidação de despesa, determinando as apurações que deverão ser feitas pelo gestor, senão vejamos:

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. (Grifamos)

Ao comentarem o *caput* do art. 63, ora transcrito, José Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis (1996, p. 123-124, grifamos) assim prelecionam:

Trata-se de verificar o direito do credor ao pagamento, isto é, verificar se o implemento de condição foi cumprido. Isto se faz com base em títulos e documentos. Muito bem, mas há um ponto central a considerar: é a verificação objetiva do cumprimento contratual. O documento é apenas o aspecto formal da processualística. **A fase de liquidação deve comportar a verificação in loco do cumprimento da obrigação por parte do contratante. Foi a obra, por exemplo, construída dentro das especificações contratadas? Foi o material entregue dentro das especificações estabelecidas no edital de concorrência ou de outra forma de licitação? Foi o serviço executado dentro das especificações? O móvel entregue corresponde ao pedido? E assim por diante.** Trata-se de uma espécie de auditoria de obras e serviços, a fim de evitar obras e serviços fantasmas. Este aspecto da liquidação é da mais transitória importância no caso das subvenções, exatamente, para evitar o pagamento de subvenções e auxílios a entidades inexistentes. O documento de liquidação, portanto, deve refletir uma realidade objetiva.

Noutro giro, foi estabelecido, no Estatuto Geral das Licitações Públicas, Lei nº 8.666/1993, que o instrumento convocatório deve contemplar, entre outros, condições de pagamento prevendo "**prazo de pagamento não superior a trinta dias**, contado a partir da data final do período do adimplemento de cada parcela".

Outrossim, nos termos do § 3º do art. 40 da lei supramencionada, considera adimplemento da obrigação contratual "a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança".

Não é demais lembrar que, na forma determinada pelo art. 55 da Lei nº 8.666/1993, são cláusulas necessárias em todo contrato administrativo o estabelecimento do preço e a previsão das condições de seu pagamento (vide inc. III).

A regra é, portanto, que o pagamento seja efetuado pela Administração Pública somente após o regular adimplemento, pelo contratado, da obrigação contratual ou de parcela dessa, no caso de obrigação de trato sucessivo.

EXCEÇÃO À REGRA: DO PAGAMENTO ANTECIPADO

Em contraponto à regra do pagamento a ser realizado após a prestação do serviço ou a entrega do bem ou produto, há corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a possibilidade de ocorrência do pagamento antecipado.

Os que defendem tal possibilidade o fazem com base no art. 15, inc. III, da Lei nº 8.666/1993, que

preconizou o dever de a Administração Pública, sempre que possível, submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às existentes no setor privado.

Aliás, o notável jurista Marçal Justen Filho (2016) reconhece ser uma das condições fundamentais para a eficiência administrativa a utilização de procedimentos semelhantes aos praticados no setor privado. Aduz o referido autor:

O inc. III expressamente consagra o princípio [da eficiência], no tocante às condições de aquisição e de pagamento para as compras. **O dispositivo propicia indagação acerca da forma de pagamento, especialmente sobre o cabimento de pagamentos antecipados ou à vista.**

O pagamento antecipado verifica-se quando a Administração executar a prestação que lhe cabe (pagamento) antes do outro contratante. Já o pagamento à vista pressupõe a simultaneidade de execução das prestações. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 301, grifamos)

Segundo o mesmo autor, “**é usual, no setor privado, o pagamento antecipado.** A sua adoção no setor público, mediante a adoção de cautelas apropriadas, é uma forma de obtenção de condições mais vantajosas” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 301, grifamos).

Nesta esteira, é possível encontrar o entendimento ora defendido, aplicável em caráter excepcional, em algumas oportunidades em que a Corte de Contas da União enfrentou a matéria ora debatida.

É o que se depreende, por exemplo, do julgamento contido no Acórdão nº 158/2015 do Plenário, cuja relatoria coube ao Ministro Walton Alencar Rodrigues, *verbis*:

A jurisprudência do TCU é firme em coibir a realização de pagamento sem a prévia liquidação da despesa, salvo para situações excepcionais devidamente justificadas e com as garantias indispensáveis (v.g. Acórdãos 51/2002, 193/2002 e 696/2003, da 1ª Câmara e 1146/2003, da 2ª Câmara, Acórdão n.º 918/2005 - 2ª Câmara; Acórdãos nºs 48/2007, 1.090/2007, 374/2010 e 374/2011, do Plenário). Isso se deve ao fato de tal prática, além de deixar a Administração ao desabrigo de eventuais riscos de inadimplências do contratado, contrariando expressas disposições normativas contidas nos artigos 62 e 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964, e nos artigos 38 e 43 da Decreto 93.872, de 23/12/1986 [...]. (TCU, Acórdão nº 158/2015, Plenário, grifamos)

Na verdade, é de longa data o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de que, em situações excepcionalíssimas, a Administração Pública possa realizar o pagamento antes da efetiva execução do objeto contratado (vide, nesse sentido, Acórdãos nºs 134/1995 e 59/1999, ambos do Plenário).

Portanto, formou-se a jurisprudência no sentido de que o pagamento antecipado somente pode ocorrer quando ⁴: (a) houver previsão no instrumento convocatório; (b) representar a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos; e (c) for possível a adoção, pela Administração Pública, de cautelas no sentido de exigir a prestação de garantias pela contratada.

No mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União pacificou o entendimento aplicável no plano federal em torno da questão por meio da Orientação Normativa nº 37, de 13 de dezembro de 2011:

A ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO SOMENTE DEVE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA ADMINISTRAÇÃO, DEMONSTRANDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADOS OS SEGUINTE CRITÉRIOS: 1) REPRESENTAR CONDIÇÃO SEM A QUAL NÃO SEJA POSSÍVEL OBTER O BEM OU ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, OU PROPICIAR SENSÍVEL ECONOMIA DE RECURSOS; 2) EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU NOS INSTRUMENTOS FORMAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA; E 3) ADOÇÃO DE INDISPENSÁVEIS GARANTIAS, COMO AS DO ART. 56 DA LEI Nº 8.666/93, OU CAUTELAS, COMO POR EXEMPLO A PREVISÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO CASO NÃO EXECUTADO O OBJETO, A COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PARTE OU ETAPA DO OBJETO E A EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO PELO CONTRATADO, ENTRE OUTRAS.

Destarte, e com base nos fundamentos anteriormente expendidos, entende-se possível, em

situações excepcionais, devidamente justificadas e pautadas no atendimento do interesse público, a antecipação de pagamento, pela Administração Pública, desde que: (a) exista, nos autos do processo, estudo técnico e fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; (b) seja uma condição sem a qual não será possível ser procedida à aquisição do equipamento/insumo ou a contratação do serviço, por ser a antecipação uma prática impositiva do mercado; (c) haja previsão no instrumento convocatório e no contrato; e (d) sejam estabelecidas garantias específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.

PAGAMENTO ANTECIPADO NO CENÁRIO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Em ambiente de normalidade, o entendimento a ser aplicado é ora defendido, isto é, cumpridas as condições e cautelas necessárias, pode a Administração Pública autorizar o pagamento antes do adimplemento da obrigação inerente à própria entrega do bem ou da prestação dos serviços.

E, em casos de calamidade pública, sobretudo no cenário atualmente vivenciado pela pandemia da Covid-19, qual deve ser o entendimento aplicado pela Administração Pública?

A resposta a essa indagação não parece ser tão simples assim.

O cenário atual, em que há, notoriamente, escassez de produtos e insumos no mercado, notadamente na área de saúde (como máscaras, álcool em gel, respiradores pulmonares, entre outros), pode influenciar – e a prática tem mostrado que, de fato, está influenciando – o comportamento mercadológico.

Desse modo, empresas que, em situações de normalidade, são contratadas pelo Poder Público, seja em decorrência de uma licitação ou de dispensa desta, e estão adaptadas a receber a contraprestação remuneratória em até 30 (trinta) dias, começam a condicionar a contratação mediante o pagamento à vista ou, muitas das vezes, antecipado, a fim de garantir o fornecimento ou o serviço.

Duas podem ser as razões para tais práticas atuais adotadas pelo mercado fornecedor.

A primeira, que leva em consideração a denominada “lei da oferta e da procura”, é que, diante das crescentes demandas, originadas também pelo setor privado, as empresas começam a impor determinadas condições à contratação, muitas vezes seguindo lógicas de negociações aplicáveis à seara privada, como, por exemplo, o pagamento antecipado, total ou parcial, ou, no máximo, no ato da entrega do bem adquirido ou como condição à prestação do serviço.

A segunda razão pode ser a situação de calamidade em si, existente não só no Brasil, mas em cenário mundial, que atingirá – aliás, já vem atingindo – as finanças públicas. Isso porque a diminuição ou até mesmo a perda de arrecadação dos entes públicos em todas as esferas poderá, inegavelmente, resvalar no inadimplemento involuntário da obrigação contratual por parte da Administração Pública contratante.

Por tal motivo, diante do risco de inadimplemento, que, pela via reflexa, poderá inviabilizar a manutenção da própria atividade da empresa neste período de excepcionalidade, poderá a Administração Pública se deparar com a imposição de que o fornecimento somente seja feito ou o serviço executado mediante o pagamento antecipado, muitas vezes antes mesmo de ser formalizada a contratação em si.

Em tais casos, deve o gestor público valorar os princípios em jogo, decidindo-se por aquele que melhor atenda ao interesse público e às finalidades da política pública a ser efetivada.

Em que pese os requisitos traçados para possibilitar o pagamento antecipado seja uma exceção à regra aplicável em um cenário de normalidade, é de bom alvitre que, na medida do possível, o gestor adote medidas acauteladoras antes da autorização do pagamento antecipado, sempre com vistas à proteção do erário.

Uma delas é se certificar se, de fato, trata-se de uma *conditio sine qua non* para a efetivação da aquisição ou contratação, seja diante da escassez de produtos no mercado próprio (por exemplo,

diante da vasta pesquisa, constata-se que apenas uma empresa tem plenas condições de fornecer, a pronta entrega, o produto segundo as características e quantidades exigidas pela Administração), seja por ser uma condição imposta por todas as empresas do ramo daquele objeto almejado.

Outra cautela, a depender das circunstâncias da urgência e do risco à Administração Pública, é exigir do particular a ser contratado a prestação de garantias prévias à formalização do contrato, tal como possibilitado pelo art. 56 da Lei nº 8.666/1993.

Em qualquer dos casos, deve o gestor público encartar aos autos do processo à devida motivação que ampara o ato autorizador da contratação com antecipação de pagamento, dando-lhe a devida transparência.

CONCLUSÃO

Com base no que se explicitou neste breve estudo, verificou-se que, regra geral, o pagamento feito pela Administração Pública é sujeito à regular liquidação, que consiste na certificação do inadimplemento da obrigação por parte da empresa contratada (entrega do produto e/ou execução do serviço).

Admite-se, contudo, que a Administração Pública, com vistas ao atendimento do interesse público e de forma excepcional, autorize o pagamento antecipado, desde que: (a) haja justificativa; (b) seja uma condição sem a qual não será possível ser procedida à aquisição ou contratação, por ser a antecipação uma prática impositiva do mercado; (c) haja previsão no instrumento convocatório e no contrato; e (d) sejam estabelecidas garantias específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.

Não obstante, o cenário de emergência em saúde pública causado pela pandemia da Covid-19, que atualmente estamos vivenciando, aliado, muitas vezes, à ausência de instrumentos jurídicos legalmente estabelecidos, impõem ao gestor o desafio de avaliar e decidir, diante das circunstâncias que se apresentam o caso concreto, da forma que melhor atenda ao interesse público.

Isso não significa, por outro lado, que pode o gestor adotar a decisão que melhor lhe aprouver. Deve existir, no mínimo, motivação suficiente e determinante à prática do ato excepcionalíssimo que autorizar o pagamento antecipado.

Até porque, como é consabido, todos os atos da Administração Pública estão sujeitos à fiscalização, seja por meio do controle interno ou externo, não podendo o gestor, em hipótese alguma, distanciar-se do mister de cumprir o interesse público, sob pena de responder pela ilegalidade e pelos prejuízos dela decorrentes.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Edcarlos Alves. Contratações públicas para o enfrentamento da situação de emergência em saúde pública decorrente da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19). *Soluções em Licitações e Contratos – SGP*, n. 25, abr. 2020, p. 33-36.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. 27. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann. Princípio da legalidade em tempos de crise: destruído ou ressignificado?. *Direito do Estado*, n. 447, 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destruido-ou-ressignificado>. Acesso em: 7 abr. 2020.

¹ Da qual tratamos em artigo com o tema “Contratações públicas para o enfrentamento da situação de

emergência em saúde pública decorrente da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19)” veiculado no periódico de *Licitações e Contratos da SGP*, ano 3, n. 25, p. 33-36, abr. 2020).

² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

³ “Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.”

⁴ Nesse sentido, vide Acórdãos nºs 4.143/2016, 1ª Câmara; 1.565/2015, Plenário; 3.614/2013, Plenário; e 276/2002, 2ª Câmara, todos do TCU.

Como citar este texto:

LIMA, Edcarlos Alves. A questão do pagamento antecipado no âmbito das contratações públicas, sobretudo as destinadas ao enfrentamento da Covid-19. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, XX abr. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.