

**Título :** DEVER DE PAGAMENTO E ORDEM CRONOLÓGICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES  
**Autor :** José Anacleto Abduch Santos

## **DEVER DE PAGAMENTO E ORDEM CRONOLÓGICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES**

### **JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS**

Advogado, Procurador do Estado, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR.

Uma das relevantes inovações produzidas no sistema jurídico pela Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021 são as regras relativas ao dever de pagamento em ordem cronológica de exigibilidade:

Art. 141. No dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos:

I - fornecimento de bens;

II - locações;

III - prestação de serviços;

IV - realização de obras.

§ 1º A ordem cronológica referida no *caput* deste artigo poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:

I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III - pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

IV - pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;

V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

§ 2º A inobservância imotivada da ordem cronológica referida no *caput* deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.

§ 3º O órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, em seção específica de acesso à informação em seu sítio na internet, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem.

As normas legais acerca do dever de pagamento por parte da Administração Pública levam às seguintes ponderações de cunho jurídico/material:

### **1. DEVER DE PAGAMENTO**

A norma consagra o dever jurídico de pagamento pela execução contratual efetivamente realizada. O núcleo da norma revela que, em tendo havido a correta e integral execução contratual é

devido o pagamento. Este é o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive (“na hipótese dos autos, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento pacificado nesta Corte no sentido de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo artigo 87 da Lei 8.666/93 - AgRg no AREsp 67265 / DF”).

Evidente que podem ser realizadas retenções de pagamento devido para garantia de multas e reparação de prejuízos causados e decorrentes da execução do contrato. Esta possibilidade legal está consagrada na Lei Geral de Licitações:

Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências:

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

Pode também haver retenção de pagamento devido a título de garantia de recolhimento de contribuições previdenciárias ou cumprimento de encargos trabalhistas relativos ao pessoal alocado na execução de contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, como já decidiu o Tribunal de Contas da União por intermédio do Acórdão nº 1.214/2013.

## **2. FORMAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DO DEVER DE PAGAMENTO**

O dever de pagamento é derivado de um processo de constituição legalmente previsto.

A Lei nº 14.133/2021 não prevê, taxativamente, o prazo para pagamento devido ao contratado pela execução do contrato. Há previsão de que a fase preparatória da contratação deverá contemplar avaliação sobre “a definição das condições de execução e pagamento” (art. 18, III); de que “o edital deverá conter regras relativas à entrega do objeto e às condições de pagamento (art. 25); e que “são cláusulas necessárias dos contratos as que estabeleçam o preço e as condições de pagamento, os critérios, e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento (art. 92).

Atente-se que a Lei faz referência, para apontar o termo inicial da mora administrativa em relação ao pagamento, à “data do adimplemento das obrigações”.

É preciso buscar na interpretação sistêmica da Lei Geral de Licitações o adequado momento processual em que surge e se constitui o dever de pagamento.

Tal avaliação sistêmica demanda, em princípio, considerar as normas previstas na Lei nº 4.320/1964, em especial na parte que trata do processo de realização de despesa pública. Com efeito, dita Lei preceitua que:

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.

O primeiro aspecto relevante das regras relativas à realização da despesa é que o dever de pagamento somente surge ou se constitui após a liquidação da despesa. Antes desta liquidação, nos termos da Lei, não é juridicamente possível o pagamento.

Por seu turno, a liquidação da despesa consiste na verificação e comprovação de que todas as obrigações contratuais, principal e acessórias, foram devida e corretamente cumpridas.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o processo de liquidação de despesa relativa a uma contratação pública, entre outros aspectos de ordem administrativa, financeira e contábil, se perfaz por intermédio da gestão e fiscalização da execução contratual e pelos recebimentos provisório e definitivo do objeto contratado.

No que tange aos aspectos inerentes às obrigações contratuais, é o ato de recebimento definitivo que encerra a etapa da liquidação (ressalvadas as condutas eventuais antes apontadas de cunho administrativo, contábil, financeiro e orçamentário relacionadas ao contrato celebrado) – afinal, registre-se que além das obrigações materiais do contratado, para que sejam reputadas cumpridas as obrigações contratadas, pode ter havido exigência de produção e entrega de documentos, como faturas, notas fiscais, certidões entre outras, a título de obrigações acessórias que devem ser cumpridas pelo contratado como condição para a formação e constituição do dever de pagamento.

Assim, antes do recebimento definitivo do objeto, e cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado não há dever de pagamento.

Neste aspecto, há que se distinguir os institutos do recebimento provisório e do recebimento definitivo.

Por intermédio do recebimento provisório, o contratado, na percepção subjetiva de ter cumprido satisfatoriamente a sua parte de obrigações contratuais, entrega o objeto e transfere sua guarda para a Administração Pública (a depender do caso). A Administração Pública contratante o recebe, provisoriamente, mediante juízo perfunctório de aceitabilidade, sem uma avaliação completa e exaustiva da qualidade do objeto contratado e entregue.

O recebimento definitivo é a etapa do processo da liquidação da despesa na qual a Administração Pública realiza um exame completo e exaustivo de controle final, para aferir se o objeto executado está em plena e adequada consonância com os termos do contrato celebrado, em todos os seus aspectos: qualidade, prazo, condições, cumprimento de obrigações acessórias, entre outros.

A Lei nº 14.133/2021 não fixa prazo para o recebimento definitivo. Este prazo será o necessário, à luz dos princípios da celeridade, da razoabilidade e da proporcionalidade, para o exercício deste controle final de execução contratual.

Nesta medida, o dever de pagamento de que trata o art. 141 da Lei nº 14.133/2021 surge e se constitui apenas após o recebimento definitivo do objeto contratado. Esta conclusão tem amparo também na regra prevista no art. 11, II da Lei Geral de Licitações, que fixa que um dos objetivos do processo da contratação é o de evitar o superfaturamento (que, nos termos do disposto no art. 6º da

dita Lei, é dano provocado ao patrimônio da Administração Pública).

Explica-se: sem o recebimento definitivo do objeto contratual a Administração Pública não formou a certeza no que tange ao fiel cumprimento das obrigações contratadas. Qualquer pagamento realizado antes do recebimento definitivo do objeto contratual se dará sob o risco de haver pagamento de parcela não executada ou de parcela mal executada do respectivo contrato.

Pode-se afirmar, assim, que o pagamento somente será exigível (i) após o cumprimento das formalidades administrativas legalmente previstas e relativas ao processo de liquidação de despesa; e (ii) após o cumprimento das obrigações acessórias por parte do contratado como, por exemplo, entrega de documentos legal e contratualmente exigidos.

### **3. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES SOBRE ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO**

A previsão normativa de que o pagamento deve ocorrer de acordo com uma ordem cronológica já constava da Lei nº 8.666/1993:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Pelo marco legal da Lei nº 8.666/1993, a ordem cronológica era estabelecida em razão da data da exigibilidade. A Lei nº 14.133/2021 é omissa no que tange a este marco definidor de uma ordem cronológica, o que não impede concluir, por conta da interpretação sistemática antes apontada, que será definida de acordo com a data da constituição do dever de pagamento, no que juridicamente converge com a noção de exigibilidade de pagamento prevista no regime anterior.

Nos termos da Lei, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos: I - fornecimento de bens; II - locações; III - prestação de serviços; IV - realização de obras.

O dever de observância da ordem cronológica de pagamento não é absoluto.

A ordem cronológica definida legalmente poderá ser alterada mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:

I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III - pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

IV - pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;

V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

Fundamental e indispensável é que, no caso de subversão da ordem cronológica, seja realizada a devida e circunstanciada justificativa por parte da autoridade responsável pela sua observação.

Importante destacar que a ordem cronológica de pagamento de um determinado exercício financeiro precede aquela de exercício financeiro subsequente, observadas as normas de direito

orçamentário aplicáveis – uma vez que a fonte orçamentária de custeio neste caso será diversa (empenhos ordinários do exercício e empenhos incluídos na rubrica de restos a pagar).

#### **4. ORDEM CRONOLÓGICA E UNIDADES GESTORAS FINANCEIRAS**

Impensável concluir que a ordem cronológica de que trata a Lei tenha aplicação ao conjunto de contratações de um determinado ente público. Parece evidente que tal ordem cronológica tenha que ser observada no plano de atuação de uma certa e determinada unidade gestora financeira, dotada de prerrogativas de ordenação de despesas.

Em outros termos, a observação da ordem cronológica de pagamentos se dará em face de cada unidade gestora financeira, ainda que integrantes de uma mesma organização pública. Por exemplo: no plano municipal, cada secretaria ou órgão gestor financeiro terão uma ordem cronológica de pagamentos devidos por contratos que tenham celebrado.

#### **5. RESPONSABILIDADE PELA VIOLAÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO**

A Lei preceitua que “a inobservância imotivada da ordem cronológica referida no *caput* deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização” (art. 141, § 2º).

É assim, nos termos da Lei, imune de responsabilização a inobservância motivada ou justificada da ordem cronológica de pagamento. Esta motivação deve ser explícita, clara e congruente, expondo com objetividade e suficiência as razões de fato e de direito que autorizam a violação da ordem. A falta de motivação insuficiente vicia o ato e pode ensejar a responsabilização pessoal do gestor. E, lembre-se, as razões de fato que autorizam a modificação da ordem cronológica de pagamento estão antecipadamente estabelecidas na Lei.

A responsabilização pode se dar no plano das responsabilidades civil, penal, administrativa ou de improbidade administrativa, de acordo com a qualidade e gravidade da conduta praticada. Por exemplo, se a violação da ordem cronológica se der para obter enriquecimento ilícito do agente público (mediante recebimento de propina) restará tipificado o crime de corrupção passiva e o ato de improbidade por enriquecimento ilícito). Caso a violação da ordem cronológica produza prejuízos materiais para terceiros, que vierem a ser cobrados da Administração Pública, o agente que lhe deu causa pode responder civilmente a reparar os danos produzidos ao Poder Público, como outro exemplo.

Tem aplicação neste caso, por expressa previsão normativa contida no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, a regra prevista no artigo 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, que preceitua que o agente público só responde pessoalmente por suas condutas em caso de dolo ou erro grosseiro (culpa grave).

No plano criminal, o Código Penal Brasileiro estabelece que a violação da ordem cronológica de pagamento pode tipificar crime em licitações e contratos administrativos:

Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade;

O tipo penal somente se evidencia por conduta dolosa, registre-se.

#### **6. CONTROLE DA ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTOS**

Importante destacar que a Lei nº 14.133/2021 atribui à alta administração a responsabilidade pela governança das contratações, que deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos (art. 11, parágrafo único).

Nesta medida, compete à alta administração, no exercício da governança dos contratos, editar normas e instituir sistemas de controle para a fiel observância da ordem cronológica dos pagamentos

devidos.

Não parece correto afirmar que a alta administração deverá controlar, em concreto e caso a caso, a ordem cronológica de pagamentos, eis que se trata de conduta administrativa da alçada de agentes administrativos a ela subordinados, que atuarão sob sua supervisão.

O dever de governança da alta administração é de liderança, estratégia e controle, para avaliar, monitorar e direcionar as condutas dos agentes que atuam em concreto na formalização dos processos de realização de despesas.

A alta administração, com poderes e prerrogativas de ordenação de despesas e de autorização de pagamentos procederá de acordo com informações e documentos fornecidos por agentes que lhe sejam subordinados, e atuará sob o manto do princípio da confiança.

Embora trate de matéria diversa, há precedente do Tribunal de Contas da União apontando a inexistência de responsabilidade de gestor que pratica ato com base em informações produzidas por agentes que lhe sejam subordinados, quando envolver fatos, erros ou ilegalidades de difícil detecção:

Não é cabível imputar débito a gestor que homologou processo de compra em que o superfaturamento das aquisições era de difícil percepção ao homem médio. Se a pesquisa de preço foi elaborada pelo setor competente do órgão contratante, não há por que responsabilizar o gestor, a menos que haja algum elemento no processo que indique que ele tinha condições de questionar a pesquisa realizada. (TCU, Acórdão nº 378/2023 – Plenário, Recurso de Reconsideração, Rel. Min. Aroldo Cedraz.)

Adotadas, pela alta administração, as ações de governança necessárias para orientar os agentes públicos acerca da necessidade de observação da ordem cronológica de pagamentos legalmente prevista, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave por conduta própria voltada ao descumprimento da regra, tem-se por inexistente onexo causal necessário para a imputação objetiva voltada à sua responsabilização pessoal por quebra desta ordem por conduta de subordinado seu.

O fundamental, no que tange à responsabilidade da alta administração em relação à observância da ordem cronológica de pagamento, é aferir se eventual violação desta ordem decorre de conduta dolosa ou maculada por culpa grave – em outros termos, por grave violação do dever de cuidado objetivo.

A competência direta para o controle da ordem cronológica de pagamentos é do agente público ou do setor administrativo que tenha atribuição de certificar o recebimento definitivo do objeto contratual e produzir as condutas administrativas, financeiras, orçamentárias e contábeis necessárias e prévias ao pagamento.

## **7. O PAPEL DA ASSESSORIA JURÍDICA E DO CONTROLE INTERNO**

O controle da observância da ordem cronológica de pagamento se insere no plano do sistema de controle administrativo instituído pelo modelo de governança dos contratos imposto pela Lei.

Cada órgão ou entidade deverá implementar estruturas e processos de controle de seus pagamentos.

Com tal propósito de controle, as assessorias jurídicas têm o dever de orientação, fornecendo subsídios e informações que possam auxiliar na efetivação do comando normativo.

A Lei conferiu atuação de destaque ao controle interno, ao determinar que a fiscalização e o controle da ordem cronológica de pagamento competem a esta área de atuação administrativa. Assim, resta evidenciada esta atribuição específica que foi dada para as controladorias, órgãos de controle interno, auditorias internas e outros órgãos de controle interno, seja qual for a sua designação formal.

## **8. VIOLAÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTOS SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE**

Ao determinar uma ordem cronológica de pagamentos a Lei tem propósitos múltiplos de interesse

público.

Por primeiro, assegurar efetividade aos princípios da impessoalidade e da isonomia. Todos os contratados devem ser tratados por iguais medidas e receber igual tratamento em situações também similares. A impessoalidade demanda que a decisão de pagamento não deve ser pessoal, do gestor, mas derivar de critérios objetivos, sem a mácula de preferências pessoais do administrador público.

Por segundo, de fundo, o que se pretende evitar são favorecimentos ou preterições indevidas e injustificadas.

É preciso considerar, assim, que no plano concreto, há órgãos e entidades públicas que manejam simultaneamente inúmeros (por vezes centenas) de processos de contratação pública em fase de liquidação e de pagamento. Tal significa que podem ocorrer certos entraves burocráticos ordinários, naturais e normais no plano da regular gestão de recursos destinados aos pagamentos devidos e decorrentes de relações jurídico-contratuais.

Nesta medida, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não haverá violação ilegal da ordem cronológica de pagamento quando referida ordem não for estritamente observada, por breves espaços de tempo e por força de particularidades de gestão operacional.

## **9. CONCLUSÕES**

9.1 A Lei nº 14.133/2021 expressamente consiga o dever de pagamento derivado de relações jurídico-contratuais;

9.2 Os pagamentos devidos pela Administração Pública devem ocorrer em ordem cronológica de exigibilidade, que será observada em relação a quatro espécies contratuais: fornecimento de bens; locações; prestação de serviços e realização de obras;

9.3 O dever de pagamento não afasta o direito de sua retenção, por parte da Administração Pública, na forma de Lei;

9.4 A exigibilidade de pagamento somente se evidencia após o cumprimento, por parte do contratado, de todas as obrigações (principal e acessórias) que constituem o encargo contratual e cumprimento de requisitos de natureza formal exigidos por Lei e que constituem a efetiva liquidação da despesa;

9.5 A ordem cronológica de que trata a Lei será observada relativamente a cada unidade gestora financeira do órgão ou entidade pública;

9.6 O descumprimento da ordem cronológica de pagamento pode gerar a responsabilização pessoal (nas instâncias penal, civil, de improbidade administrativa ou administrativa) do agente público, em caso de conduta dolosa ou maculada por erro grosseiro;

9.7 Compete à alta administração, no exercício da governança dos contratos, editar normas e instituir sistemas de controle para a fiel observância da ordem cronológica dos pagamentos devidos, não lhe assistindo, como regra, responsabilidade direta de controle de tal ordem em concreto;

9.8 A competência originária e direta para o controle da ordem cronológica de pagamentos é do agente público ou do setor administrativo que tenha atribuição de certificar o recebimento definitivo do objeto contratual e produzir as condutas administrativas, financeiras, orçamentárias e contábeis necessárias e prévias ao pagamento;

9.9 A assessoria jurídica do órgão ou entidade pública tem o dever de orientação acerca de questões relacionadas à ordem cronológica de pagamentos;

9.10 A Lei conferiu especial destaque ao controle interno, ao determinar que a fiscalização e o controle da ordem cronológica de pagamento competem a esta área de atuação administrativa. Assim, resta evidenciada esta atribuição específica que foi dada para as controladorias, órgãos de controle

interno, auditorias internas e outros órgãos de controle interno, seja qual for a sua designação formal;

9.11 Em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não haverá violação ilegal da ordem cronológica de pagamento quando a referida ordem não for estritamente observada por breves espaços de tempo e por força de particularidades de gestão operacional.

Acompanhe também novidades sobre licitações e contratos pelo instagram @joseanacleto.abduch.

**Como citar este texto:**

SANTOS, José Anacleto Abduch. Dever de pagamento e ordem cronológica na Nova Lei de Licitações. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 27 mai. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.