

A MÍSTICA DA IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO ANTECIPADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Anderson Sant'Ana Pedra **@andersonspedra**

Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor em pós-graduação de Direito Constitucional e Administrativo. Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDV/ES.

Rafael Sérgio de Oliveira **@rafaelsergiodeoliveira**

Procurador Federal da AGU. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito da Contratação Pública pela Universidade de Lisboa. Participante do Programa Erasmus+ na Università degli Studi di Roma. Fundador do Portal L&C. Palestrante e Professor em diversos cursos de pós-graduação no Brasil.

Ronny Charles Lopes de Torres **@ronnycharles**

Advogado da União. Doutorando em Direito pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Coordenador (junto com o Prof. Jacoby Fernandes) da pós-graduação em Licitações e Contratos da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador (junto com o Prof. Jacoby Fernandes e o Prof. Murilo Jacoby) da pós-graduação em Licitações e Contratos do CERS. Membro da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: Leis de Licitações Públicas comentadas (10ª ed.); Direito Administrativo (coautor. 9ª ed.); Licitações e Contratos nas Empresas Estatais (coautor) e Improbidade Administrativa (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm.

INTRODUÇÃO

O pagamento antecipado não é novidade na prática da Administração Pública.

Não é incomum determinados serviços serem executados apenas se ocorrer previamente o pagamento, ao menos, de parcela do valor contratado.

De igual modo, outros serviços ou objetos para serem reservados para a Administração Pública também exigem o pagamento antecipado.

Exemplificam as afirmações acima, respectivamente, a contratação de shows de artistas consagrados e a contratação de profissionais para a realização de restauração, *verbia gratia*.

Outra situação muito comum envolve o pagamento de assinaturas de periódicos (jornais, revistas especializadas etc.) e também a participação em eventos. Nessas situações, a fim de garantir melhores preços ou a participação no evento, exige-se o pagamento antecipado, o que é costumeiramente aceito pelas Administrações.

História interessante e que serve para ilustrar o funcionamento de determinado mercado e a uma certa prática administrativa de pagamento antecipado é a de que em um determinado evento voltado para contratação pública, logo após o carnaval, um professor afirmou na sua palestra que os cantores e bandas que tocaram durante o carnaval, com certeza, recebiam cinquenta por cento dos seus cachês antes de subirem ao palco, porque isso era uma cultura do mercado fonográfico.

Após sua palestra o Professor foi procurado pelo profissional que realizava a filmagem do evento que fez a seguinte pergunta: “Professor, como que se muda a cultura do mercado videográfico para que eu também possa receber adiantado?”

Pelo que se sabe a pergunta ficou sem resposta. Afinal, como se sabe, mudar a cultura de uma sociedade ou de um mercado não é fácil e não tem receita pronta.

Pretende-se assim ilustrar e antecipar que o objetivo desse artigo não é defender o pagamento antecipado de forma genérica e irrestrita, mas o de afastar essa mística que envolve a impossibilidade de pagamento antecipado pela Administração Pública, notadamente quando o interesse público assim exigir. Entendemos que este é o momento de levantarmos essa reflexão, já que a União e diversos entes da federação brasileira vêm enfrentando problemas nas

contratações para o enfrentamento ao coronavírus em razão do dogma da impossibilidade do pagamento antecipado¹.

1 – ESTADO DA ARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Qual o “Estado da Arte” acerca do tempo de pagamento da Administração Pública e dos pretensos fornecedores para a Administração Pública?

Pois bem, a temática se apresenta atual e importante notadamente em razão do atraso de pagamento envolvendo a Administração Pública e, por consectário lógico, do afastamento do mercado em participar de contratações com o poder público.

A cada dia se verifica um aumento do distanciamento (“natural”) do mercado que não quer correr o risco de entregar um produto/bem e demorar a receber ou não receber.

Para piorar essa relação Estado *versus* Particular, tem-se que um eventual inadimplemento estatal somente poderá ser resolvido por meio de uma execução judicial em que o devedor possui certas prerrogativas, o que dificulta ainda mais a satisfação dos créditos do particular.

A burocracia, a lentidão administrativa, as dificuldades no acompanhamento da execução contratual e, em muitos casos, os atrasos ou a não quitação das obrigações, implicam acréscimos nos custos negociais e/ou afastamento do interesse do particular em celebrar negócio com a Administração Pública.

Em tempos de pandemia do coronavírus, toda essa discussão fica ainda mais evidente em razão do desequilíbrio fiscal², verificando-se um salto nas despesas e uma queda nas receitas públicas, aumentando significativamente o risco mediato de uma inadimplência estatal e um risco imediato do afastamento do mercado da Administração Pública. Some-se a isso

¹ Vale a reflexão muito bem colocada pelas Professoras: FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. *Pagamento antecipado por bens adquiridos pelos órgãos públicos na pandemia*. Disponível em: <<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020>>>. Acesso em: 16/4/2020.

² Registra-se que vários Governos já solicitaram ao Congresso Nacional e às Assembleias Legislativas o reconhecimento de estado de calamidade pública objetivando a desnecessidade do cumprimento das metas fiscais nos termos do art. 65 da LRF.

o fato de o mercado de bens, insumos e serviços da área de saúde enfrentar no momento uma forte pressão de demanda, o que lhe confere o poder de escolher o comprador que lhe apresente a melhor oferta e as mais seguras garantias, a exemplo do pagamento antecipado.

2 – DIREITO POSTO

Na prática das contratações públicas, identifica-se certa restrição à antecipação de pagamento pela Administração.

É possível identificar o raciocínio, por exemplo, de que as normas de direito financeiro impõem que, via de regra, a liquidação das despesas seja realizada por ocasião da entrega definitiva do bem ou da realização do serviço (arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964)³. Ainda nesse prumo, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem entendido que é vedado o pagamento à vista por licenças de software ainda não ativadas, pelo raciocínio de que, nesse tipo de aquisição, o momento da entrega definitiva é o da ativação da licença. Segundo o TCU, as normas de direito financeiro impõem que a liquidação das despesas seja realizada por ocasião da entrega definitiva do bem ou da realização do serviço (arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964)⁴.

No passado, o Tribunal de Contas da União já orientou a necessidade de não inclusão, nos contratos, de cláusulas com previsão de pagamento antecipado, as quais poderiam ser admitidas somente quando devidamente justificado e visando “exclusivamente a sensível economia de recursos, com as indispensáveis e suficientes garantias de ressarcimento ao Erário, em obediência ao disposto no art. 62 da Lei nº 4.320/64 e art. 38 do Decreto nº 93.872/86.”⁵

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União entendeu que a “inclusão de cláusula de antecipação de pagamento, fundamentada no art. 40, inciso XIV, alínea d, da Lei 8.666/1993 deve ser precedida de estudos que

³ Acórdão 2569/2018 Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz.

⁴ Acórdão 2569/2018 Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz.

⁵ Processo nº 014.136/1999-6, Acórdão nº 601/2003, Plenário do TCU.

comproven sua real necessidade e economicidade para a Administração Pública.”⁶

Contudo, cabe a reflexão: se, por um lado, é natural e razoável que a Administração priorize modelos de pagamento *a posteriori*, com a precedente comprovação de execução da parcela contratual paga, será que este modelo é sempre o mais adequado para a Administração? Quais os efeitos de sua aplicação e quais os reais obstáculos para sua utilização?

Nos pontos seguintes, trataremos dos principais dispositivos costumeiramente indicados no tratamento dado a matéria, para posteriormente buscar uma abordagem mais ampla sobre tais questões.

Analisaremos textos legais inseridos em diplomas normativos diferentes e que cuidam de temas diferentes: um sobre normas gerais de direito financeiro (Lei nº 4.320/1964) e outro sobre normas gerais de licitação e contrato administrativo (Lei nº 8.666/1993).

2.1 – Lei nº 4.320/1964 – Necessidade de Prévia Liquidação da Despesa

A Lei nº 4.320/1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro, prescreve em seu texto:

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 acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

⁶ TCU. Acórdão 1826/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo. A rigor, há na *Jurisprudência Seleccionada* do TCU diversos acórdão que admitem o pagamento antecipado em casos excepcionais e devidamente justificados: Acórdão nº 1383/2011 – Plenário; Acórdão nº 3614/2013 – Plenário; Acórdão nº 158/2015 – Plenário; Acórdão nº 1665/2015 – Plenário; Acórdão nº 374/2011 – Plenário.

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

A regra estatuída pelo § 2º é comumente utilizada como um impeditivo à utilização do pagamento antecipado. Mas, será este, realmente, o contorno dogmático definido pelo texto legal?

Conforme indica a leitura do dispositivo, o pagamento exige prévia liquidação. Contudo, como explica o próprio texto legal, esta (a liquidação) não necessita se dar apenas depois da execução ou do fornecimento. Ela deve, nos termos do caput do art. 63, *ter por base* “documentos comprobatórios do respectivo crédito”, como pode ser o contrato ou, buscando interpretar a Lei de 1964 sobre um prisma, digamos, atual, poderíamos sugerir um comprovante de embarque da mercadoria, o aceite do pedido, um comprovante de transação feito pela internet (vide blockchain), entre outros.

Importante salientar que o *caput* não indica quais seriam tais documentos comprobatórios, embora, obviamente, seja fundamental a confirmação de que a condição necessária ao pagamento tenha sido cumprida, o que não implica, necessariamente, na prévia prestação da atividade pactuada pelo contratado.

Foi o § 2º, ao complementar a regra de liquidação, especificamente para “liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados”, que indicou os documentos que podem se ter como base para a liquidação, quais sejam: o contrato (ou outro acordo respectivo), a nota de empenho e os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço, sem exigir a cumulatividade desses documentos.

Em primeiro, convém sopesar a possível interpretação de que o § 2º não está indicando um rol obrigatório para qualquer “liquidação de despesa”, mas para aquelas relacionadas a “fornecimentos feitos ou serviços prestados”.

Em segundo, como se depreende do texto legal, embora a praxe administrativa tenha sedimentado o raciocínio de que a liquidação da despesa se dá, apenas, com a comprovação da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, uma das hipóteses admitidas pelo próprio legislador, para fins de liquidação da despesa, é o “contrato ajuste ou acordo respectivo”.

Não parece correta a argumentação de que seriam necessários todos os documentos elencados. Basta a percepção de que em grande parte das

contratações a nota de empenho é, justamente, o documento substitutivo ao contrato (facultativo em prontas entregas e compras de pequeno valor, por exemplo). Esta condição de documento substitutivo rechaça a obrigatoriedade de apresentação cumulativa.

Sendo admissível a compreensão de que o elenco não é cumulativo, a apresentação de contrato, com sua específica previsão de pagamento antecipado, poderia servir ao cumprimento do requisito legal para a liquidação da despesa.

A bem da verdade, o entendimento de que seria indispensável para o pagamento a apresentação de todos os documentos elencados no art. 63, § 2º, da Lei nº 4.320/1964, privilegia uma hermenêutica burocrática e cartorária, vez que impõe que a atuação da Administração Pública frente ao mercado fornecedor se limite às regras internas de processamento das despesas públicas. A prevalecer tal entendimento, teremos um típico caso de disfunção burocrática, já que um mandamento legal procedimental será posto acima da própria realidade enfrentada pela Administração.

Em outros termos, não se pode inferir a vedação do pagamento antecipado de uma norma de Direito Financeiro cujo conteúdo elenca os possíveis fundamentos para a liquidação de uma despesa pública⁷.

É fato que os diversos ramos do Direito devem ser interpretados de maneira interligada, já que há pontos de convergência entre cada uma das áreas reguladas. Todavia, deve-se ter em mente que no caso do pagamento antecipado dos contratos o que está em questão é uma norma de Direito Contratual Público relativa à gestão econômico-financeira do contrato, o que é estranho aos aspectos de Direito Financeiro. Sem dúvida, que a questão do pagamento antecipado toca na área do Direito Financeiro, mas como uma regra de procedimento, e não como um comando relevante para a postura da Administração. No caso, prevalece o Direito dos Contratos Públicos, tanto que o próprio inciso I do § 2º do art. 63 da Lei Geral de Direito Financeiro nacional subordina a liquidação aos termos do contrato (ou da nota de empenho quando ela fizer às vezes do instrumento contratual). Assim, a leitura do § 2º do art. 63

⁷ Reparemos que o sentido do § 2º do art. 63 da Lei nº 4.320/64 é o de firmar a “base” (esse é o termo utilizado pela Lei) da liquidação da despesa.

da Lei nº 4.320/1964 deve ser feita à luz da consideração de que o texto pede o comprovante da entrega do bem ou da prestação do serviço nos casos em que o contrato prevê que a contraprestação do contratado deva ocorrer antes do pagamento. Saliente-se que essa é a regra geral, motivo pelo qual é plenamente compreensível que o legislador tenha se preocupado em elencar tal documento na norma financeira.

No ponto em estudo, o que busca o Direito Financeiro é conferir segurança à Administração na execução da despesa, sendo que não se pode presumir que a desejada segurança está apenas no comprovante da entrega do bem ou da prestação do serviço. Há outras formas de se acautelar o interesse público envolvido na contratação. Sendo que tal missão de conferir segurança à Administração na sua atividade contratual não é do Direito Financeiro, mas sim do Direito dos Contratos Públicos. É este ramo do Direito quem regulamenta a relação do Poder Público com seu mercado fornecedor, o que faz buscando uma atuação dialógica entre a realidade da Administração Pública e a do setor privado (art. 15, III, da Lei nº 8.666/1993). Já o Direito Financeiro é formado por normas *interna corporis*, cujo principal foco é a contabilidade pública. Não cabe ao Direito Financeiro regulamentar questões relativas às contratações públicas. Tanto é assim que o art. 70 da Lei nº 4.320/1964 expressamente remete à regulação da matéria relativa a aquisição de material, fornecimento e adjudicação de obras e serviços a uma legislação própria.⁸

Vale dizer que o regime de contratação pública já esteve dentro das normas de Direito Financeiro, era o que ocorria no Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, aprovado pelo Decreto nº 15.783/1922. Esse regulamento colocava as licitações dentro do Título VII, que tratava *Das normas administrativas que devem preceder o empenho das despesas públicas*. Conforme lição de André Rosilho, percebemos que nesse modelo havia um tratamento bem diverso da atuação da Administração na sua atividade contratual.⁹ O fato é que a matéria atinente às licitações e contratos ganharam

⁸ Diz o art. 70 da Lei nº 4.320/1964: “Art. 70. A aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão regulados em lei, respeitado o princípio da concorrência”.

⁹ Vale trazer a este trabalho as palavras do Prof. André Rosilho, que assim leciona: “É curioso notar que o Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, apesar de conter elementos e características que ganharam sobrevida ao serem incorporados a diplomas normativos

contornos próprios e deixaram de ser parte acessória das normas de administração financeira do Estado, isso devido ao reconhecimento de que as variáveis mercadológicas e econômico-financeiras presentes nas contratações públicas não podem ser negligenciadas na regulação do tema.

É dentro desse contexto que entendemos que o art. 63, § 2º, da Lei nº 4.320/1964 deve ser interpretado. Ou seja, como uma norma de Direito Financeiro que regulamenta internamente o processamento do pagamento dos contratos, levando em conta a situação comum, que é a do pagamento após o recebimento do bem ou serviço pela Administração. Isso quer dizer que as bases da liquidação da despesa estão em um dos documentos listados nos incisos do § 2º do já mencionado art. 63, com total prevalência do que está estatuído no contrato (ou no instrumento que faça às suas vezes). Não se pode fazer uma interpretação literal e rígida do § 2º em análise, pois se assim se fizer admitir-se o pagamento antecipado de obras, já que essas não estão previstas no dito § 2º.¹⁰

2.2 – Lei nº 8.666/1993 - Condições de pagamento semelhantes às do setor privado

Analisada a regra de pagamento trazida pelas normas de Direito Financeiro (Lei nº 4.320/1964), deve-se agora avaliar as regras trazidas pela Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

Primeiramente, convém citar a alínea “d” no inciso XIV do art. 40, da Lei nº 8.666, que, ao tratar de regras obrigatórias do edital, admite que o

posteriormente editados, tem estilo completamente diverso do da legislação atualmente em vigor. Desde a quantidade de dispositivos voltados à regulamentação do tema, ao papel atribuído à Administração Pública e ao contratado, percebem-se diferenças fundamentais no que tange ao *modelo legal* subjacente às normas de licitações e contratos” (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38).

¹⁰ Cabe registrar que, em nível infralegal, o Decreto nº 93.872/1986, que trata de Direito Financeiro, admite expressamente a antecipação do pagamento, o que demonstra que mesmo a norma do § 2º do art. 63 da Lei nº 4.320/1964 não veda em absoluto o pagamento antecipado. Transcrevemos o art. 38 do referido Decreto: “Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta”.

instrumento convocatório preveja “compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos”.

Vejamos seu texto:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso;

Esse dispositivo, costumeiramente, é citado como definidor de uma necessidade de desconto (no pagamento) para que possa ocorrer o pagamento antecipado.

De certa forma, é verdade; contudo, faz-se importante compreender que o dispositivo está relacionado às regras necessárias ao edital, para fins de regulação do pagamento a ser feito durante a contratação. Mais ainda, convém ao intérprete avaliar que esse texto legal foi cunhado em período no qual o Brasil ainda possuía forte em sua experiência e memória os efeitos deletérios da inflação sobre os preços.

Apenas a título de informação, vale lembrar que a inflação média anual do Brasil em 1993 foi de 1.638,74 %¹¹ e em 1992 foi de 854,63 %¹². Em um período marcado por índices tão assombrosos, em que a inflação mensal superava certamente o percentual de 20%, a conclusão antecipada de uma obra ou a entrega antecipada de um bem e a correspondente necessidade de realizar o devido pagamento, poderiam beneficiar indevidamente a empresa se, por

¹¹ <https://pt.inflation.eu/taxas-de-inflacao/brasil/inflacao-historica/ipc-inflacao-brasil-1993.aspx>

¹² <https://pt.inflation.eu/taxas-de-inflacao/brasil/inflacao-historica/ipc-inflacao-brasil-1992.aspx>

exemplo, o valor projetado para pagamento após 30 dias fosse antecipado em virtude do cumprimento adiantado do cronograma.

Por isso, pode-se intuir que o legislador definiu que o edital deveria conter regra para o pertinente desconto da inflação do período, quando desde já admitisse que a execução contratual permitiria antecipação de pagamento.

Obviamente, esta regra não é necessariamente inaplicável a uma negociação prévia para que se dê o pagamento antecipado no início de uma contratação direta (para, por exemplo, garantir a compra de determinado bem importado). Eventual desconto ou redução do preço já fará parte da própria negociação do valor contratado.

Outro dispositivo, por vezes citado como impeditivo ao pagamento antecipado, é a alínea “c”, do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993. Vale aqui, também, a transcrição do dispositivo:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

Ora, a vedação do dispositivo não é ao pagamento antecipado em si, mas à alteração contratual de modificação do pagamento, pela sua antecipação, em detrimento do cronograma financeiro inicialmente fixado na licitação.

Embora a redação não seja plenamente clara, uma leitura cuidadosa permite compreender que se trata de uma regra relacionada à alteração contratual. O que está sendo vedado é a alteração contratual que gere o benefício ilegítimo ao contratado de antecipar o pagamento, destoando do cronograma financeiro fixado na licitação ou na contratação.

Nesta hipótese, a vedação à alteração contratual plenamente se justifica. Permitir a antecipação, em descumprimento ao que fora estabelecido na licitação, afrontaria a isonomia e a própria equação econômica, pois,

notadamente no quadro inflacionário vivenciado à época, geraria benefício ilegítimo ao contratado, que, recebendo o pagamento antes do tempo previsto (sem previsão contratual ou editalícia, como admitiria a alínea “d” no inciso XIV do art. 40, da Lei nº 8.666) acabaria “recebendo mais” (o valor programado sem a corrosão inflacionária e o desconto previsto) e tendo uma vantagem não admitida na licitação.

Assim, importa perceber que a vedação da alínea “c”, do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93, não se dá em relação ao pagamento antecipado *per se*, mas sim à alteração contratual que proponha a mudança do cronograma financeiro fixado na licitação, para beneficiar o contratado com a modificação da forma de pagamento, pela antecipação.

Noutro prumo, convém agora destacar o que estabelece o art. 15 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

De início calha registrar que embora o *caput* do dispositivo faça menção apenas a “compras”, tal expressão merece uma interpretação extensiva para alcançar, quando pertinente, também os “serviços” e “obras”, não se restringindo às “compras”. Não há razão para um tratamento diferenciado entre as aquisições e as contratações de serviços e obras nesse aspecto. A regra de submissão às condições do setor privado se deve ao fato de a Administração se adaptar à dinâmica do mercado. Essa dinâmica do mercado é geralmente desenvolvida no âmbito privado, isso tanto no que diz respeito às compras, serviços e obras.

Este dispositivo, de redação simples, propõe que a Administração se atualize, buscando formas mais vantajosas de atuação em suas contratações.

O exercício mercantil faz com que as empresas atuantes no mercado de bens, serviços e obras, em sua atividade comercial, busquem crescer aos seus preços os custos certos e eventuais da transação. A inadimplência, por exemplo, é um fator impactante na precificação de um bem. Nas compras da Administração Pública, o excesso de burocracia, as dificuldades

de manejo contratual e, em muitos casos, os empecilhos para a quitação das obrigações, causados por fatores estranhos ao contrato, implicam acréscimos nos custos negociais. Sem dúvida, o legislador está exigindo providências para resguardar eficiência no processamento das contratações públicas¹³.

É cediço que, mesmo no setor privado, em determinadas compras, o pagamento antecipado é uma condição sedimentada pelo mercado. Assim se dá, por exemplo, nas importações de produtos ou mesmo nas compras eletrônicas. Se o próprio legislador definiu que deve a Administração “submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado”, há sentido no estabelecimento de dogma intransponível, impeditivo ao pagamento antecipado? Por certo que não.

Bem explica Sidney Bittencourt que, em certas ocasiões, “a antecipação é bastante conveniente, principalmente quando os recursos estão disponíveis e não poderão ser aplicados no mercado financeiro”¹⁴. Outra hipótese de conveniência, segundo o célebre jurista, seriam os “casos em que o pagamento antecipado constitui-se como condição de ampliação do universo de licitantes, diante de uma execução contratual que exija grandes investimentos”¹⁵.

Essa foi a acertada compreensão adotada pela Advocacia-Geral da União – AGU, em sua Orientação Normativa nº 37, ao admitir, embora com ressalvas, a antecipação do pagamento. No referido ato, que será estudado em detalhes mais adiante, a AGU admite o adiantamento do pagamento em casos excepcionais e justificados e desde que represente condição para a efetivação da contratação ou para auferir maior vantagem para a Administração, tomadas as devidas cautelas (item 5 deste artigo).

Importante ressaltar que, na redação do art. 15, III, da Lei nº 8.666, o legislador não deixou margem para discricionariedade do agente público com a utilização de um comando facultativo (v.g. “poderão”), ao contrário, o dispositivo trouxe um modal deôntico impositivo (“deverão”) que determina que

¹³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 232.

¹⁴ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93*. 10ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 624-625.

¹⁵ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93*. 10ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 624-625.

o gestor público ajuste o procedimento de contratação da Administração Pública “às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado”.

Ora, se o legislador trouxe esse dispositivo, destacando inclusive condições de pagamento semelhante ao setor privado, é porque vislumbrou que se trata de uma possibilidade que vai ao encontro do interesse público.

O conservadorismo irrazoável em relação a esta opção de pagamento prejudica a eficiência e o próprio interesse público a ser perseguido. Como bem explica Marcos Nóbrega, no Brasil, a eficácia das contratações públicas é prejudicada não apenas por atos de fraude ou corrupção, mas também pela baixa eficiência dos modelos de seleção e de contratação estabelecidos.¹⁶

Parece evidente que a Lei nº 8.666/1993 exige da Administração Pública uma atuação *extramuros*, buscando um diálogo entre o público e o privado no exercício da atividade contratual do Estado, admitindo-se, inclusive, práticas do setor privado no que diz respeito ao pagamento.¹⁷ Por outro lado, obviamente, o legislador trouxe essa determinação, mas desde que se respeite os princípios e as regras atinentes, pois quando

[...] a Lei foca o setor privado como parâmetro, tem a intenção de que o gestor, procurando ser eficiente, na busca do atendimento ao interesse público, avalie e utilize opções negociais realizadas pelo setor privado e permitidas pelo regime jurídico dos contratos administrativos.¹⁸

Como bem destaca Estorninho, a busca da melhor solução para os negócios da Administração Pública – regras de direito público ou de direito privado – implica numa “espécie de ‘arte administrativa’ (*Verwaltungskunst*) para escolher a forma mais ‘apropriada’ às situações concretas.¹⁹

Importante mencionar que no Direito Comparado encontramos países que admitem a antecipação de pagamento, desde que observadas

¹⁶ NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em Licitação no Brasil – Olhar para além do sistema jurídico. *R. bras. de Dir. Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 47-72, jan./mar. 2013.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 296.

¹⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 232.

¹⁹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 366.

algumas condições. Esse é o caso de Portugal²⁰, da Itália²¹ e dos Estados Unidos.²²

Em momentos de crise, como, por exemplo, o vivenciado em 2020 nas ações de combate à epidemia do coronavírus, a antecipação de pagamento pode ser uma medida econômica interessante para fomentar o aumento da oferta e redução dos preços dos produtos que se deseja adquirir^{23, 24}, superando também resistências que algumas empresas possuem em fornecer para o Poder Público. Cabe lembrar que, no momento da crise decorrente do coronavírus, há uma forte pressão de demanda sobre o mercado de bens, insumos e serviços da área da saúde, de modo que os fornecedores ganham um significativo poder de barganha, sendo o pagamento antecipado muitas vezes condição para a assunção do compromisso de fornecimento ou prestação do serviço.

Assim, e mesmo considerando os tempos normais, impõe-se verificar que, diferentemente do que muitas vezes é alardeado, o pagamento antecipado não é vedado pela Lei nº 8.666/1993. Ao contrário disso, é possível dizer que o legislador o admitiu quando determinou que a Administração

²⁰ Art. 292º do Código dos Contratos Públicos português.

²¹ Art. 35, nº 18, do *Codice dei Contratti Pubblici* italiano.

²² Diversos dispositivos do *Federal Acquisition Regulation* se referem à hipótese de *advance payment*, autorizando a Administração Pública a pagar antecipado (ex. 18.122).

²³ Nesse aspecto vale citar a norma portuguesa que estabelece medidas excepcionais para o combate ao novo coronavírus, qual seja o Decreto-lei nº 10-A/2020. O art. 2º, nº 6, do referido diploma português prevê a possibilidade de pagamento adiantado (adiantamento do preço) sem as condições do art. 292º do Código dos Contratos Públicos português quando “estiver em causa a garantia da disponibilização” dos bens e serviços necessários para o enfretamento da pandemia do coronavírus. Como ensinam José Duarte Coimbra, Marco Caldeira e Tiago Serrão, o afrouxamento da regra de adiantamento do preço nos termos do art. 292º do Código dos Contratos Públicos português se deve ao fato de o legislador ter se antecipado para reconhecer que, nas circunstância da crise da COVID-19, “o cocontratante provado só terá possibilidade ou só estará na disposição de executar o contrato se lhe for efetuado o antecipadamente esse pagamento” (CALDEIRA, Marco; COIMBRA, José Duarte; SERRÃO, Tiago. *Direito Administrativo da Emergência: organização administrativa, procedimento administrativo, contratação pública e processo administrativo na resposta à COVID-19*. Almedina: Coimbra, 2020, p. 110).

²⁴ No Brasil, o Estado do Espírito Santo editou a Lei Complementar nº 946/2020, que dispõe sobre a atuação daquele ente da federação no combate à COVID-19. O art. 11 do referido diploma legal expressamente admite o pagamento antecipado para o enfretamento ao coronavírus. Segue o texto:

“Art. 11. Os contratos de que trata esta Lei Complementar poderão, justificadamente, prever parcela de pagamento antecipado limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor contratado. Parágrafo único. Poderá haver antecipação integral da parcela na hipótese de inviabilidade da contratação, mediante declaração formal da autoridade competente do órgão contratante”.

acompanhasse as práticas do setor privado no que diz respeito ao pagamento das contratações pública (art. 15, III, da Lei nº 8.666/1993).

Obviamente, a regra geral é de que a Administração Pública opte pelo pagamento *a posteriori*, pois com ele, pode mitigar riscos de inadimplemento contratual. O que não se pode é admitir a imposição absoluta deste modelo, notadamente quando ele diverge sobremaneira do formato adotado pelo mercado, prejudicando a eficiência da compra pública.

Pois bem, nesse tópico se analisou as regras atinentes, no próximo tópico serão analisados os princípios jurídicos que se relacionam com a (im)possibilidade do pagamento antecipado, para então se verificar a permissão para o pagamento antecipado no contexto do regime jurídico publicista.

3 – PRINCÍPIOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

Após a verificação dos dispositivos legais que balizam a (i)legitimidade de pagamento antecipado pela Administração Pública, deve-se analisar os princípios jurídicos publicistas que norteiam a busca da juridicidade administrativa.

Pelo *princípio da juridicidade administrativa* deve-se ter a submissão das decisões administrativa à toda ordem jurídica, incluindo-se aí todas as suas regras e todos os seus princípios, e não mais a mera submissão às leis sem a aplicação devida de um filtro de constitucionalidade, notadamente pelos princípios publicistas que ali têm berço e emanam sua carga valorativa.²⁵

3.1 – Legalidade estrita

O princípio da *legalidade*, a partir da Constituição brasileira de 1988, possui, no mínimo, dois significados.

O primeiro significado é possível extrair do art. 5º, inc. II da CRFB que prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

²⁵ Conferir nesse sentido: BINENBOJIM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006. p. 35-36; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 85; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 105.

coisa senão em virtude de lei” – esse é o princípio da *legalidade* como norma que objetiva proteger o indivíduo como espécie de uma liberdade negativa – *autonomia da vontade, liberdade individual*.

Já o segundo significado, e o que aqui interessa, é aquele que é extraído do art. 37, *caput*, da CRFB que prescreve o princípio da *legalidade*, ou de forma mais técnica, princípio da *legalidade estrita*, que indica que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza (permite).

Como princípio de direito administrativo, o *princípio da legalidade estrita* significa que o agente público está em todo o exercício das suas atribuições (competências), sujeito aos ditames das normas que emanam do ordenamento jurídico, sendo que todo o seu comportamento (omissivo ou comissivo) deve ser autorizado pelo ordenamento jurídico.

Obviamente que o princípio da legalidade da atualidade é bem mais amplo do que a mera sujeição da atividade administrativa à lei, devendo também a Administração Pública, no seu agir, estar balizada por todas as normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico, notadamente as normas constitucionais, dá-se a isso o nome de *juridicidade administrativa*.

3.2 – Eficiência

O *princípio da eficiência* foi inserido no *caput* do art. 37 da CRFB por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, traduzindo-se no dever de escolha pelos gestores públicos de melhores e menos custosos mecanismos para a consecução de maior satisfação para o interesse público e chancelando de uma vez por todas a necessidade de se buscar uma Administração Pública gerencial, focada nos resultados, e deixando para trás uma Administração Pública burocrática e formal.²⁶

Meirelles já tratava de longo tempo tal princípio como *dever de eficiência*, registrando que tal dever corresponde ao “dever da boa administração” de berço italiano.²⁷

²⁶ PEDRA, Anderson Sant'Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. *Improbidade administrativa*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 134-135.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 77.

Não diferente a doutrina lusitana afirma que o princípio da eficiência ou o dever de boa administração, deve traduzir uma atuação administrativa cujos atos estejam inspirados na “necessidade de satisfazer da forma mais eficiente – isto é, mais racional, expedita e económica –, o interesse público constitucional e legalmente fixado”.²⁸

Pelo *princípio da eficiência* o agente público deve exercer suas competências com presteza e perfeição, apresentando resultados efetivos.

Consigna-se que a eficiência deve ser buscada nos limites da legalidade, ou seja, de acordo com as possibilidades trazidas pelo ordenamento jurídico, dentro das opções interpretativas e da discricionariedade permitida para a escolha da melhor decisão administrativa com o fim de alcançar o interesse público.

Nesse quadrante, o procedimento de contratação pela Administração Pública e a necessidade de redução de custos, inclusive com a utilização de condições de pagamento do setor privado é um mecanismo que se presta para o Estado agir com melhor eficiência.

3.3 - Economicidade

O *princípio da economicidade* previsto no art. 70, *caput*, da CRFB expressa o aspecto financeiro do *princípio da eficiência*, devendo ser aferido pelo desempenho do *custo-benefício* da Administração Pública, ou seja, economicidade exige que a Administração obtenha o melhor produto ou serviço, mas pague o menor preço.

Trata-se daquilo que a doutrina alemã intitula de *princípio da eficiência econômica*:

A eficiência económica orienta-se para uma maximização da utilidade, se for entendida como comando para conseguir a maior utilidade possível com os meios existentes. Está aqui em primeiro plano a maximização da produção (o chamado *princípio do máximo possível*). No caso de uma determinada utilidade dever ser alcançada com o menor número possível de meios, então falamos em *princípio do mínimo possível* (*Minimalprinzip*) ou de *princípio da poupança* (*Sparsamkeitsprinzip*).²⁹

²⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II. p. 46.

²⁹ BACHOFF, Otto; STOBBER, Rolf; WOLFF, Hans J. *Direito administrativo*. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Calouste Gulbendian, 2006. v. I. p. 212.

O *melhor preço*, que se harmoniza com o princípio da economicidade significa que deve a Administração Pública realizar uma contratação de um produto ou serviço de *qualidade* e que apresente o *menor preço*, e não simplesmente comprar o mais barato desprezando a qualidade do produto ou do serviço.

Por vezes, a fim de almejar a *melhor proposta (proposta mais vantajosa)* deverá a Administração realizar uma contratação em que serão verificados outros critérios que não exclusivamente o pecuniário, a fim de promover o *desenvolvimento nacional sustentável* prescrito pelo art. 3º, *caput* da Lei nº 8.666/93³⁰.

3.4 – Interesse público

A ideia de *interesse público* decorre da própria forma republicana prevista no art. 1º, *caput*, da CRFB que exige que a Administração Pública brasileira atue em benefício do bem comum, encontrando nesse princípio seu *fundamento* e seu *limite*.³¹

Trata-se de um “princípio estrutural, não escrito, de toda a forma de manifestação da Administração”, já que num Estado democrático de direito, “a vinculação aos fins das funções da Administração Pública significa a salvaguarda e a promoção do interesse público ou do bem comum”.³²

Valiosa definição foi forjada por Amaral para o *interesse público*:

Numa primeira aproximação, pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, o *interesse geral de uma determinada comunidade, o bem comum* – na terminologia que vem já deste São Tomás de Aquino, o qual definia bem comum como ‘aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem’ (*quod homines non solum vivant, sed bene vivant*). [...] Esta noção de interesse público traduz, portanto, uma exigência – a exigência de satisfação das necessidades colectivas.³³

³⁰ Dispositivo com redação dada pela Lei nº 12.349/2010.

³¹ CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Hermenêutica do Princípio Republicano: o caminho para a compreensão da Fazenda Pública. In: *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo*. V. 8, nº 1, jul./2008. Centro Universitário Toledo: Araçatuba, 2008, p. 74-106.

³² BACHOFF, Otto; STÖBER, Rolf; WOLFF, Hans J. *Direito administrativo*. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006. v. I. p. 424.

³³ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II. p. 43-44.

A doutrina, muito cita, mas pouco explora, a noção de *interesse público primário* e *interesse público secundário*.

Por *interesse público primário* deve-se entender a própria finalidade do Estado que é promovida por meio da prestação de políticas públicas: segurança, saúde, assistência social, educação etc.

Já o *interesse público secundário* é aquele relacionado ao interesse da entidade ou do órgão integrante da Administração Pública em uma determinada relação jurídica, com um particular, com um agente público ou com outro órgão ou entidade da Administração Pública, podendo ser identificada em ampla medida com os interesses da organização administrativa em ser eficiente na utilização de seus recursos (financeiros e humanos).

A rigor, em que pese exista autores que defendam tal cisão do interesse público, no entendimento dos signatários deste trabalho, não há razão para se fazer essa distinção entre o *interesse público primário* e o *secundário*, pois o *interesse público secundário* somente se justificará se buscar a realização do *interesse público primário*.³⁴

O próprio Alessi, pioneiro nessa distinção, afirma que os interesses públicos secundários somente podem ser buscados pela Administração quando coincidentes com os *interesses públicos primários*.³⁵

Assim, o *interesse público secundário* não é menos importante do que o *interesse público primário*. Há uma ordem de interesses, sendo que os ditos interesses públicos secundários são antecedentes e os interesses públicos primários são os consequentes.

O princípio do *interesse público* possui algumas peculiaridades pragmáticas no direito administrativo, sendo importante destacar que sua noção é flexível, variando de acordo com o momento (cronológico) histórico e o contexto social.

³⁴ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Reexame Necessário à Luz da Duração Razoável do Processo: uma análise baseada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 128-129.

³⁵ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 184-185.

Contudo, nada obsta que o interesse público coincida com um interesse particular – o que é comum nos contratos administrativos, *v.g.*, e não produz qualquer tipo de vício.

3.5 – Ponderação entre os princípios envolvidos

Como visto, tem-se diversos princípios envolvidos: legalidade estrita, eficiência, economicidade e interesse público.

A aplicação do princípio da legalidade estrita, objetivando homenagear de forma absoluta os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964 pode, em determinados casos, sacrificar outros princípios caros aos interesses que a Administração Pública deve tutelar.

Em razão das nuances que aqui serão trazidas, tem-se que a partir da abertura semântica dos princípios publicistas é praticamente impossível não observar, em cada caso concreto, a incidência de mais de um princípio publicista, bem como um possível conflito entre eles.

Para solucionar esses conflitos, não se pode olvidar de alguns métodos interpretativos, alguns gerais (interpretação sistemática), outros próprios de conflitos entre princípios (concordância prática).

Pelo método da *interpretação sistemática* o intérprete deve partir do pressuposto de que um enunciado normativo, inclusive o de um *princípio publicista*, não existe isoladamente, e sim em coexistência com os demais enunciados (normas e regras) que formam o sistema jurídico. A interpretação do direito é a interpretação do direito em seu todo, não de textos isolados – não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços; sendo um dos postulados da metodologia jurídica o da existência fundamental da unidade do Direito, o que converge assim para a interpretação sistemática.³⁶

Conjuntamente com o método da interpretação sistemática, o *princípio da concordância prática* ou da *harmonização* se apresenta de forma importante e forte para se buscar a solução de conflitos entre princípios.

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 14-15.

O princípio da *concordância prática* ou da *harmonização* não formula apenas no caso da existência de contradições normativas, mas também nos casos de concorrências e colisões de *princípios publicistas* no sentido de uma sobreposição parcial dos seus âmbitos de vigência.

Por tal princípio, deve-se buscar a conformação dos diversos princípios que se extraem do ordenamento jurídico e que estejam em confrontação, de forma que se evite a necessidade de exclusão (sacrifício) total de um ou de alguns deles.³⁷

Como leciona Carvalho Filho:

Adotando-se essa nova análise, poderá ocorrer, também em sede de Direito Administrativo, a colisão entre princípios, sobretudo os de índole constitucional, sendo necessário verificar, após o devido processo de ponderação de seus valores, qual o princípio preponderante e, pois, aplicável à hipótese concreta.³⁸

Mas, “ponderar” e “sopesar” é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso.³⁹

Em outras palavras, tem-se que o intérprete deve buscar a harmonização dos princípios publicistas aparentemente conflitantes. Caso não se consiga a conciliação plena, deve então o intérprete procurar a solução em que a restrição à eficácia de cada um dos princípios em confronto seja a menor possível.

Nesse quadrante, acreditamos que um apego exagerado ao formalismo e a uma interpretação literal e isolada dos dispositivos da Lei nº 4.320/1964 pode, por vezes, resultar numa dificuldade na contratação pretendida pela Administração Pública, apresentando-se antieconômica ou ainda resultar na impossibilidade de que a Administração efetue a contratação, frustrando, assim, a materialização do interesse público na espécie.

Caso se verifique essa situação em razão de algum(ns) do(s) requisito(s) que serão abordados mais adiante (item 5), crê-se que o

³⁷ PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 171-172.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 19.

³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 575.

cumprimento das formalidades exigidas pela Lei nº 4.320/1964 (legalidade estrita) para o pagamento devem ser afastadas para homenagear os demais princípios publicistas envolvidos (eficiência, economicidade e interesse público).

4 – O MOMENTO DO PAGAMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICO-MERCADOLÓGICAS

A informação quanto ao momento do pagamento pela Administração Pública influencia e provoca consequências econômicas importantes no mercado, influenciando sobremaneira o resultado final da contratação.

A explicitação quanto ao momento do pagamento: antecipado, à vista, parcelado, prazo curto, médio ou longo de quitação produzirá vibrações e interesses bem diferentes no mercado, e essa reverberação retornará para a Administração Pública por meio da quantidade e da qualidade de propostas apresentadas.

É um equívoco ignorar a percepção econômica das relações contratuais, desprezando as evidências de que o excessivo formalismo ou conservadorismo pode gerar empecilhos à competitividade e diversos custos transacionais que afetam o resultado do processo seletivo e da própria execução contratual.⁴⁰

Parece fundamental perceber que quanto mais trâmites burocráticos e quanto maior a incerteza sobre a conclusão do processo de compra, maiores se tornam os custos incidentes sobre a contratação⁴¹; esses custos transacionais devem ser compreendidos como restrições econômicas que dificultam ou impedem os agentes de mercado de pactuar uma operação que parece lucrativa.⁴²

⁴⁰ NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em Licitação no Brasil – Olhar para além do sistema jurídico. *R. bras. de Dir. Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 47-72, jan./mar. 2013

⁴¹ FIÚZA, Eduardo P. S. LICITAÇÕES E GOVERNANÇA DE CONTRATOS: A VISÃO DOS ECONOMISTAS. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuza.pdf>>.

⁴² MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn). 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 93.

A título exemplificativo: em um momento no qual todos os países buscam incessantemente pela aquisição de aparelhos e insumos destinados ao combate a uma pandemia, portanto, há evidente redução dos bens disponíveis, a antecipação de pagamento (ou, sobre outra perspectiva, a certeza de adimplemento) influencia ou não na consecução de uma contratação com os melhores fornecedores, pelos melhores preços?

4.1 – Fator de incentivo

O momento e a forma de pagamento são mecanismos que se prestam como incentivo para práticas negociais.

É indispensável que a Administração cuide do momento de pagamento como mecanismo que proporcione celeridade na quitação dos negócios que venham a ser realizados pela Administração Pública e, assim, desperte o interesse dos particulares em realizar negócios com esse grande e importante cliente que é o Poder Público.

Entre o pagamento antecipado e o pagamento parcelado existe uma miríade de possibilidades de negócios a depender, por exemplo, do valor da contratação e do capital de giro.

Com o pagamento antecipado, à vista ou com prazo curto, tem-se um incentivo maior para a participação do negócio com a Administração Pública. Afinal, o mercado, em regra, funciona com esses mecanismos de pagamento, ao menos para ficar mais atrativo, como incentivo de negócios.

Alongando o momento do pagamento verifica-se um desincentivo ao mercado, já que muitas empresas ou não têm capital de giro ou terão que sacrificar parte desse capital de giro.

4.2 – Preço apresentado

Barbosa apresenta diversos fatores que influenciam nos preços apresentado para a Administração Pública quando das suas contratações: descrição técnica, região dos preços, quantidade a ser comprada, logística de

suprimento, sazonalidade, oportunidade, forma e condições de pagamento⁴³ (antecipado, à vista ou a prazo).

Inquestionavelmente, a forma e o momento de pagamento são fatores que influenciam diretamente no preço apresentado.

Dilatado o pagamento para um momento após a execução do objeto é um dos fatores que influenciam no preço apresentado à Administração Pública.

O contratado pela Administração Pública, na maioria esmagadora dos casos, adquire o produto ou o insumo de seus fornecedores com o pagamento à vista ou com poucos dias. Quando efetiva a entrega para a Administração já realizou o pagamento perante o seu fornecedor, contudo o recebimento do seu crédito com a Administração Pública ficará postergado para a incerteza do prazo e até mesmo do recebimento.

Essa insegurança quanto ao recebimento e o seu momento influencia fortemente no preço ofertado à Administração Pública, principalmente pela comum ausência de capital das empresas.

Como bem destaca a doutrina, as dificuldades para a quitação das obrigações causados por fatores diversos “implicam acréscimos nos custos negociais”.⁴⁴

5 – REQUISITOS PARA A OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO

Não se defende o pagamento antecipado pela Administração Pública de forma genérica e sem qualquer condição ou verificação.

O que se defende é o pagamento antecipado como um dos mecanismos de possível utilização pela Administração Pública a fim de atender o interesse público.

Assim, indispensável a verificação de alguns requisitos para a legitimação do pagamento antecipado, sendo que para a efetivação do pagamento se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos.

⁴³ BARBOSA, Túlio Bastos. Preços para licitações públicas. In.: TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*, 2019. p. 149 e 156.

⁴⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 232.

A Orientação Normativa – ON nº 37 da AGU, que admite o pagamento antecipado de contratos públicos, estabelece as seguintes condições:

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 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.

Segundo o ato da AGU, os requisitos para o pagamento antecipado são os seguintes: a) situação excepcional justificada nos autos pela Administração; b) situação em que: i) é o único meio para se assegurar a aquisição do bem ou a contratação do serviço ou da obra; ou ii) a antecipação do pagamento é uma forma de obter uma significativa economia de recursos; c) previsão no instrumento convocatório ou no instrumento de contratação direta; e d) a utilização de cautelas para assegurar a proteção do interesse público, como a previsão de garantias do art. 56 da Lei nº 8.666/1993 ou a estipulação contratual de devolução do valor pago em caso de inadimplemento por parte da contratada.

Em nossa avaliação os requisitos postos pela AGU são pertinentes e, de fato caracterizam uma situação na qual o pagamento antecipado deve ser usado. Porém, diríamos que não se trata dos únicos elementos. A rigor, apontaremos abaixo algumas situações que podem coincidir com os requisitos apontados pela Orientação Normativa nº 37 da AGU.

5.1 – Regra do mercado

Como dito na introdução deste artigo, alguns mercados já tradicionalmente funcionam exigindo pagamento antecipado em todos os seus negócios, inclusive com a Administração Pública, exemplificando: contratação

de artistas, reservas de passagens aéreas, participação em eventos etc., trata-se de uma cultura mercadológica.

Já em outros seguimentos pode ocorrer uma mudança abrupta de comportamento e o mercado, inclusive pela “lei da demanda e da procura”, começa a priorizar os parceiros que estejam dispostos a pagar em melhores condições e a Administração Pública com seu pagamento posterior pode ocasionar uma preterição na preferência na contratação.

Na verdade, entendemos que essa situação pode configurar uma hipótese em que o pagamento antecipado seja a única opção para a contratação, ou ainda uma oportunidade de obter uma significativa redução no valor da compra. Confirme já visto, esses são requisitos elencados na ON nº 37 da AGU.

5.2 – Obtenção de melhores condições

É possível que com o pagamento antecipado a Administração Pública obtenha melhores condições contratuais, seja o preço ou qualquer outra condição, como, por exemplo, prioridade na entrega, se o prazo for um fator decisivo para o interesse público.

Não é incomum que com o pagamento antecipado o mercado apresente melhores preços negociais ofertando desconto a depender do prazo e da forma de pagamento. Ressaltamos que essa é uma das situações prevista na ON nº 37 da AGU como autorizativa do pagamento antecipado.

5.3 – Restrição de fornecedores

Uma hipótese que também pode gerar a necessidade do pagamento antecipado é o número restrito de fornecedores. Nessas ocasiões, e a depender da essencialidade do objeto contratual, é possível que a competição se dê entre os compradores, e não entre os vendedores.

A situação de enfrentamento ao coronavírus é um desses casos, já que a alta pressão de demanda sobre as empresas de fornecimento de bens e insumos e prestação de serviços na área de saúde ocasionou uma postura de maiores exigências da parte dos contratados, que pedem dos compradores públicos maiores incentivos para a contratação, entre os quais está o pagamento

antecipado. Isto é, nessa hipótese de mercado restrito, o pagamento antecipado pode ser a única maneira de se ter o objeto desejado pela Administração, ou ser uma forma de se conseguir uma sensível economia de recurso, requisitos exigidos na ON nº 37 da AGU.

5.4 – Previsão editalícia ou contratual

Em homenagem ao princípio da impessoalidade e da confiança legítima, deve o edital e/ou o contrato, em caso de contratação direta, já firmar se o pagamento ocorrerá de forma antecipada e em qual percentual.

Registra-se que a utilização do pagamento antecipado deve constar já na fase preparatória da contratação, na elaboração do Termo de Referência, inclusive para que a pesquisa de mercado se mostre mais próxima da realidade com a informação quanto à forma de pagamento.

Ressaltamos que a multicitada ON nº 37 da AGU prevê que a estipulação do pagamento antecipado no edital da licitação ou nos instrumentos formais da contratação direta é uma condição para a admissão da prática aqui em estudo.

5.5 – Motivação

O princípio da *motivação* é imprescindível para o exercício do controle da Administração Pública, afinal é somente a partir da análise dos motivos que ensejaram a prática de um ato administrativo é que se poderá chegar à conclusão de que o mesmo está, ou não, em harmonia com o ordenamento jurídico, se os requisitos que legitimam o pagamento antecipado foram verificados.

Sem motivação resta impossível o exercício do controle do ato administrativo, afinal “boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas” (Bentham).

Por *motivação* (fundamentação) deve-se entender a exposição dos *motivos* (de *fato* e de *direito*) que conduziram o administrador para a prática do ato administrativo. A *motivação* (fundamentação) irá justificar, ou não, o pagamento antecipado pela Administração Pública.

A *motivação* é necessária tanto para a verificação da existência e/ou veracidade dos motivos invocados, como para verificação da adequação entre a decisão administrativa (pagamento antecipado) e os resultados obtidos (contratação efetiva e/ou melhores condições (entrega e/ou preço)).

Conforme advertiu Estorninho, quando o direito atribui à Administração a possibilidade de utilizar as regras direito privado, “fá-lo apenas como um ‘meio’ e não como ‘regra’, na medida que isso seja necessário para a prossecução do interesse público”⁴⁵, e tal utilização deve se dar de forma fundamentada.

5.6 – Cautelas para a efetivação do pagamento antecipado

O último dos requisitos para a utilização do pagamento antecipado é a adoção de determinadas cautelas para assegurar a satisfação do interesse público. Quando nos referimos a *cautelas*, usamos o termo aqui como um gênero do qual a exigência de garantia na forma do art. 56 da Lei nº 8.666/1993, por exemplo, é uma espécie. Ou seja, existem diversos meios pelos quais o Poder Público pode assegurar a proteção do recurso desembolsado.

A ON nº 37 da AGU exige esse requisito da cautela e o exemplifica com as garantias do art. 56 da Lei nº 8.666/1993, com a previsão contratual de devolução do valor antecipado no caso de inadimplemento contratual e com a emissão de um título de crédito pelo contratado em favor da Administração. Imaginamos que se pode acautelar o interesse público ainda com outras medidas, como a previsão de uma multa em valor significativo, ou até mesmo da aplicação de uma das penalidades impeditivas do direito de licitar e contratar com a Administração⁴⁶ (art. 87, III e IV, da Lei nº 8.666/1993 e art. 7º da Lei nº 10.520/2002).

⁴⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999. p. 367.

⁴⁶ Sabe-se que tal espécie de sanção tem aplicação *ex lege*, porém a previsão contratual é um meio de comunicação clara e mais efetiva com o mercado, de modo que surtirá o efeito pela prevenção. Aos nossos olhos a aplicação de uma pena severa como a de impedimento de licitar ou contratar com o Poder Público tem cabimento em uma situação como essa a depender do interesse público em jogo. A rigor, a antecipação de pagamento é uma demonstração da confiança da Administração Pública no particular contratado, motivo pelo qual o inadimplemento contratual em tal hipótese pode configurar uma falta passível de uma penalidade tão severa. Ressaltamos que, no caso de a cautela ser a previsão da devolução do valor em caso de

Salientamos, porém, que tal tipo de exigência acautelatória pode não ser aceita pelo mercado. Mais uma vez, recorremos ao exemplo do combate ao coronavírus, situação em que a contratação visa a proteger direitos básicos como a vida e a saúde (art. 5º e 6º da Constituição). Em tal hipótese, dado o alto valor do interesse público em jogo (vida e saúde), é admissível que a Administração corra maiores riscos com a antecipação do pagamento.

Como já dito, no enfrentamento de tal crise, os fornecedores têm recebido uma forte demanda, o que os coloca numa vantajosa situação perante os compradores públicos. Com isso, tem havido até uma competição entre os entes públicos – e até privados – contratantes. Daí, consegue comprar aquele que oferece melhores condições. Nesse caso, os fornecedores não se dispõem a oferecer grandes medidas acautelatórias em favor do contratante público. Em nossa avaliação, deve o Gestor Público decidir pela antecipação do pagamento nessa situação, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. Ou seja, deve o Administrador da coisa pública ponderar entre o risco de fazer a compra com a antecipação do pagamento e as demais alternativas existentes, tudo de forma motivada, conforme determinado no art. 20, Parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB.

Claro que se deve aliar a todas as práticas mencionadas acima (boas práticas de governança do risco de inadimplemento) outras posturas que sempre resguardam o interesse do contratante pagante, como visita *in loco*, exigência de amostra, quantitativos menores nos primeiros pedidos feitos juntos a um fornecedor desconhecido etc. Nada diferente do que nós já fazemos em nossa vida pessoal na qualidade de compradores. A todo o momento, nós perguntamos: "Se eu pagar agora, tem desconto?" "Terei prioridade no fornecimento se já pagar agora?" Todas essas condutas deverão ser avaliadas pela Administração, que deve adotá-las quando cabíveis e nas oportunidades que forem adequadas para acautelar o interesse público em jogo.

inadimplemento, a sanção de impedimento de licitar e contratar com o Poder Público deve ser aplicada nas situações em que houver o inadimplemento e o contratado, para além da omissão no cumprimento do objeto contratual, não devolver o numerário a ele adiantado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nenhuma regra de Direito Administrativo deve ser considerada um dogma intransponível, uma figura mística. Qualquer regra só pode ser aplicada se estiver em harmonia com os demais princípios publicistas.

O procedimento de contratação da Administração Pública a partir das opções legítimas trazidas pelo ordenamento jurídico, incluindo-se aí o momento de pagamento e sua possibilidade de ser à vista ou mediante antecipação, parcial ou total, deve atentar-se para o fato de que não é legítimo que o negócio celebrado pela Administração Pública seja mais oneroso e/ou menos eficiente do que aqueles celebrados entre particulares.

O pagamento posterior à liquidação não deve ser criticado como comportamento ultrapassado, ao contrário, ele se presta para tutelar o erário e o faz bem; mas exigir sua aplicação em toda e qualquer situação não é comportamento que se apresente sempre adequado a tutelar o direito fundamental à boa Administração Pública.

A possibilidade de utilização pela Administração Pública das condições de pagamento semelhantes às do setor privado com o respectivo afastamento da norma geral do direito financeiro deve ocorrer excepcionalmente e de forma fundamentada, servindo de instrumento para a consecução do interesse público. Ou seja, deve o Gestor decidir por essa prática no exercício da gestão econômico-financeira do contrato.

Oscar Wilde certa vez sentenciou que os “nossos provérbios querem ser reescritos, eles nasceram no inverno e agora é verão” e sendo assim o pagamento posterior à liquidação deverá ser a regra a ser utilizada, mas quando se estiver diante de determinadas circunstâncias nossas normas devem ser reescritas a partir de uma calibração com outros princípios publicistas, a fim de se alcançar uma solução administrativa eficiente.

Crê-se que a utilização do pagamento antecipado (parcial ou total) pela Administração Pública se apresenta como importante ferramenta de enfrentamento a situações extremas instaladas, inclusive as emergenciais e em caso de calamidade pública.

Não é ilegítimo o pagamento antecipado pela Administração Pública, pelo contrário, diante de situações em que o pagamento antecipado seja o *modus operandi* indispensável para o atingimento do interesse público ou, ainda, quando o pagamento antecipado acarretar uma contratação mais vantajosa para a Administração, esse deverá ser adotado, desde que verificados os requisitos para tanto e com a devida fundamentação que deverá trazer de forma clara os motivos de fato e de direito que conduziram para essa escolha político-administrativa.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II.

BACHOFF, Otto; STOBER, Rolf; WOLFF, Hans J. *Direito administrativo*. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006. v. I.

BARBOSA, Túlio Bastos. Preços para licitações públicas. In.: TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93*. 10ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CALDEIRA, Marco; COIMBRA, José Duarte; SERRÃO, Tiago. *Direito Administrativo da Emergência: organização administrativa, procedimento administrativo, contratação pública e processo administrativo na resposta à COVID-19*. Almedina: Coimbra, 2020.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Hermenêutica do Princípio Republicano: o caminho para a compreensão da Fazenda Pública. In: *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo*. V. 8, nº 1, jul./2008. Centro Universitário Toledo: Araçatuba, 2008, p. 74-106.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

FIÚZA, Eduardo P. S. LICITAÇÕES E GOVERNANÇA DE CONTRATOS: A VISÃO DOS ECONOMISTAS. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuza.pdf>>.

FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. *Pagamento antecipado por bens adquiridos pelos órgãos públicos na pandemia*. Disponível em: <<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020>>>. Acesso em: 16/4/2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACHADO JR., J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4320 comentada*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn). 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em Licitação no Brasil – Olhar para além do sistema jurídico. *R. bras. de Dir. Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 47-72, jan./mar. 2013.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. *Improbidade administrativa*. Salvador: JusPodivm, 2019.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

A MÍSTICA DA IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO ANTECIPADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Anderson Sant'Ana Pedra, Rafael Sérgio de Oliveira e Ronny Charles Lopes de Torres

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

PEDRA, Anderson Sant'Ana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TORRES Ronny Charles Lopes de. *A Mística da Impossibilidade de Pagamento Antecipado pela Administração Pública*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.