

**PAGAMENTO ANTECIPADO DE CONTRATO.
VIABILIDADE. ESTADO DE CALAMIDADE**

Ivan Barbosa Rigolin

(jun/20)

Pagamento antecipado de contrato público. Viabilidade, dentro de determinadas condições. A garantia. 1. É juridicamente possível o pagamento antecipado, total ou parcial, de valores contratuais ao contratado pelo ente público contratante. Ainda que excepcional a medida, tanto a lei nacional de licitações indireta e condicionadamente autoriza a operação, quanto a Medida Provisória nº 961, de 2.020, dentro do período de calamidade pública decretado pelo Congresso Nacional em março de 2.020 em razão da pandemia de coronavírus, autoriza expressamente a antecipação, desde que justificado o interesse público ou a significativa economia de recursos. 2. Com muito mais razão está autorizada a antecipação se coberta por garantia oficial pela parte contratada.

I - Recebemos consulta, nesta ocasião da macabra pandemia do coronavírus que impôs isolamento social e quarentena ao país como se fossem poucas as desgraças que sobre nós se abatem desde o descobrimento em 1.500. sobre *antecipação de recebíveis* em contrato administrativo. Trata-se da velha questão do *pagamento (parcial) antecipado de contrato*, antes da liquidação (parcial) da despesa.

Mantendo a empresa consulente já há alguns anos três contratos de transporte com uma Prefeitura Municipal – escolar, rural e de pacientes -, todos os envolvidos neste contrato, como de resto em quase qualquer contrato em todo o Brasil, foram vítimas a partir de março de 2.020 dos efeitos unicamente nefastos da atual pandemia do coronavírus, ou *covid 19*.

Essa assustadora praga que lembra a peste negra ao final da idade média, ou a dita gripe espanhola de 1.918 que matou mais de cinquenta milhões de pessoas, literalmente afetou a todas as atividades humanas de modo drástico, a começar por impor um isolamento social que ainda vigora e cujos efeitos destrutivos ainda estão longe de ser dimensionados.

Foi por esse motivo suspensa a execução dos três contratos a partir de março de 2.010 por ordem da Prefeitura à empresa e assim se acha a situação até o momento, sem previsão da retomada da execução daqueles essenciais serviços em face da imponderabilidade da situação.

Diante do quadro absolutamente inusitado e jamais imaginado ou vivenciado no país, a consulente, cuja receita caiu a quase zero a partir da suspensão da execução e vendo-se na iminência de precisar até mesmo encerrar suas atividades caso não consiga honrar pelo menos os compromissos inadiáveis

como com a folha de pagamento e os tributos devidos, formulou três pedidos ao Executivo, de *antecipação* de ao menos metade dos recebíveis em abril de 2.020.

Se deferido esse pleito, os valores antecipados deverão ser descontados das parcelas mensais que a consulente terá a receber a partir do reinício das atividades contratadas, ocorra isso quando for, até a compensação total.

Importantíssimo é mencionar que, como condição prévia para poder dar sequência à tratativa, tanto a Prefeitura exige quanto a consulente oferece *garantia idônea, dentre as previstas no art. 56 da Lei nº 8.666 de 1.993*, que assegure o patrimônio público em caso de qualquer intercorrência ou eventualidade na execução do restante dos contratos, de modo a tranquilizar o poder público quanto a este aspecto.

Por fim, a empresa recebeu sobre o seu pleito parecer do Departamento Jurídico da Prefeitura, favorável ao deferimento, desde que a antecipação seja adequadamente garantida pela empresa, na forma da legislação aplicável. E diante disso indagou:

a) é juridicamente viável, aceitável e razoável o deferimento dos pleitos da consulente pela Prefeitura Municipal ?, e

b) em caso afirmativo, como poderia ser concebida a previsão contratual que contemplasse as três antecipações, e como seria veiculada: aditamento aos contratos ou contrato autônomo ?

II – Vivemos com todo efeito uma situação antes única do que rara em nosso país, que por acaso não é exceção ao que ocorre no resto do mundo. Todas as instituições precisam ser revistas e sopesadas de forma inédita, e

este constitui o maior desafio para as autoridades de todo nível e de qualquer dos poderes do Estado. O normal neste momento passa a ser o *novo normal*, algo que em outra circunstância beiraria o ridículo.

Como tudo anterior, também o direito anterior exige reanálise e adaptação, tendo restado evidente que a Administração pública tem poder quase de vida e de morte ante os administrados e seus direitos pessoais, as empresas de toda natureza, os serviços públicos e privados, o comércio, as liberdades mais essenciais, a atividade cultural, o esporte e o lazer, o turismo, os usos e costumes, enfim todo o plexo das atividades humanas, sejam profissionais, sejam de caráter pessoal.

De vida ou de morte, sim, porque a *quebradeira* está se generalizando cada dia mais, após três meses dias de paralisação forçada. O desespero ganha corpo e toma conta da atividade empresarial.

Os trabalhadores autônomos não sabem se e como poderão sobreviver profissionalmente. O caos se anuncia com boca fácil, algo semelhante ao apocalipse bíblico e seus arautos, que por isso nunca estiveram mais ocupados... assim é o momento que o país vive.

O direito público evidentemente tem de se adaptar a esse novo e insólito quadro, e já o vem fazendo.

III – No caso presente se trata de saber se pode a Administração pública, neste caso municipal, deferir o pleito de antecipação de parte dos valores que seriam recebíveis em abril de 2020, os quais não foram pagos porque os contratos estão suspensos desde março, à empresa que formulou o pedido.

A dúvida se dá porque a regra básica do direito financeiro e da contabilidade públicos é a vedação de pagamentos contratuais antes

de a respectiva despesa ser liquidada, ou seja antes da entrega, total ou parcial, do objeto contratado ao ente público contratante. Nesse sentido os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 1.964, que inspiraram o art. 65, inc. II, al. c, da Lei nº 8.666, de 1.993, além de vedações semelhantes constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Essa é a norma clássica, necessária em face de que o dinheiro público não pode sofrer incertezas e periclitacões, e de que os negócios públicos, mesmo sendo o poder público a parte forte nos contratos que celebra, precisam estar seguros e garantidos. Será entretanto sempre assim ? Precisa obrigatoriamente ser sempre assim ?

Não, é a resposta.

IV – Em absoluto primeiro lugar, considere-se que os três serviços objetos dos três contratos são *absolutamente essenciais* ao poder público contratante.

Jamais algum ente público poderá dispensar a prestação dos serviços de transporte, porque isso simplesmente é inimaginável. Ou o poder público os presta diretamente ou os contrata a terceiros, particulares, porém jamais pode deles prescindir. Manter transporte, tanto quanto segurança e saúde, é um *dever primário* do Estado, a tal ponto que os ônibus urbanos e interurbanos geralmente portam, pintado nas suas laterais, o dístico de que *Transporte é direito do cidadão e dever do Estado*.

No caso presente trata-se de três contratos, sejam de transporte escolar, transporte de pacientes e transporte rural. Se hoje os contratos estão suspensos isso se deu em razão da insólita pandemia que antes lembra um conto de terror. Mas que os serviços precisarão voltar a ser prestados tão logo seja possível, quanto a isso não resta nem pode restar a mais remota dúvida.

Imagine-se uma Prefeitura simplesmente extinguir e deixar de garantir à população os serviços de transporte rural, o de pacientes e o transporte escolar ! É de esperar não menos que o Prefeito seja deposto e substituído com grande rapidez, sem dizer das medidas judiciais, certas e infalíveis, que serão expedidas em ações que visem assegurar aquela prestação, e que também são certas como ao dia suceder a noite.

O serviços, repita-se porque isto é certo, serão retomados o mais breve que material, institucional e operacionalmente for possível à Prefeitura assim determinar à sua contratada. E assim por todo o país.

V – Aqueles serviços naturalmente continuarão terceirizados como são hoje. Sim, porque se até o presente momento estão contratados a empresa particular é em razão de que a administração municipal desse modo entendeu conveniente, vantajoso e mais adequado para garantir a qualidade operacional do que ela própria, já sempre assoberbada de afazeres os mais pesados, assumir diretamente mais esse serviço.

Hoje em dia a terceirização dos serviços de transporte coletivo, e de transportes especializados como o rural e o escolar, é a regra quase que unanimemente adotada pelos Estados e pelos Municípios, pois que poucos desses entes se aventuram nesse terreno tremendamente árduo e espinhoso, o qual exige graus crescentes de profissionalismo específico e de elevada especialização – o que somente a iniciativa privada pode desenvolver de modo adequado.

Nem se imagina como poderia a Prefeitura pretender organizar-se, a partir do zero, para realizar todo o pesadíssimo investimento necessário e se aparelhar durante meses para, um dia, poder passar a prestar aqueles serviços de transporte. Sabe o Executivo, mais que ninguém, que uma das chaves da

qualidade em serviços é a especialização do prestador, na medida em que, com vênua, deve ater-se cada *macaco a seu galho*. A especialização de funções o exige.

Seja a empresa consulente mesma, já contratada, seja outra, de qualquer modo será alguma empresa particular que prestará os serviços de que aqui se trata.

VI – A vantagem para *o interesse público e a administração municipal* em se manter a atual empresa contratada é mais do que evidente:

a) ela já detém completo conhecimento e domínio do objeto do contrato, eis que o presta com perfeita adequação há diversos anos. Qualquer outra empresa haveria de tatear e palmilhar desde o zero todos aqueles passos e aquelas rotinas operacionais;

b) uma nova licitação, além de tremendamente demorada e de resultado incerto, muito possivelmente – é quase certo – incrementaria e aumentaria, por vezes bastantemente, os preços atualmente praticados pela contratada. Muito dificilmente uma nova licitação repete preços já praticados e razoáveis, porque a incerteza econômica e a inflação *jamais sofrem pandemias* que as aplaquem ou as eliminem, sendo, pelo oposto, certas e infalíveis;

c) nova licitação, com ocasionalmente uma nova empresa contratada, sempre implicam um *salto no escuro*, uma aventura operacional e financeira que pode ser mais ou ser menos controlável, e um novo risco, quiçá de grande proporção e de consequências pouco recomendáveis.

A segurança negocial e operacional da Administração, que é um sólido pilar em que se assenta o interesse público, não lhe permite vôos muito ousados nem aventurecos, sendo certo desde sempre que, *data venia* uma vez

mais, *em time que está vencendo não se mexe*, assim como a prudência recomenda que não se troque o certo pelo duvidoso.

Se estas são regras básicas e primárias de comportamento entre as pessoas em sua vida particular, também valem, e por excelência, para a proteção do *interesse público*, o que é dever do Estado. Não deve existir muita diferença entre a sensatez privada e a sensatez pública. O interesse público deve estar, ao máximo dentro do possível, *garantido e seguro*.

VII – Disséramos que *nem sempre* é proibido ao poder público pagar antecipadamente valores contratuais, antes de a despesa ter sido liquidada segundo a tradição das já mencionadas regras legais. O tema, de resto, não é nem um pouco novo.

É evidente que a antecipação não pode ser nem é a nova regra, porém, *excepcionalmente* neste momento único e arrepiante que o país e o mundo vivem, o direito brasileiro *já mudou* para adaptar-se às inéditas dificuldades geradas pelo isolamento social devido à pandemia.

Assim, o Presidente da República vem de editar, há um mês, a Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2.020, com uma inédita previsão que *autoriza a antecipação dos pagamentos contratuais*, em determinadas circunstâncias e sob adequada justificativa, como atenuação do rigorismo formal da legislação tradicional sobre essa matéria.

Essa MP prevê sua vigência enquanto durar o estado de calamidade pública decretado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2.020, em face da pandemia de coronavírus, calamidade aquela que nesta data perdura.

Eis o excerto da nova regra:

Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de *todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos: (...)*

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

- a) *represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou*
- b) *propicie significativa economia de recursos; (destaque nosso).*

Do texto acima se observa que

a) se dirige a todos os *entes federativos constitucionalmente autônomos*, e esse é o caso dos Municípios, cuja autonomia política, administrativa e organizacional é assegurada pela Constituição Federal, art. 1º, e arts. 29 e 30;

b) autoriza o *pagamento antecipado de contratos*, desde que isso seja condição indispensável para assegurar a prestação do serviço, ou então, alternativamente portanto, desde que

c) propicie significativa economia de recursos.

Está portanto *oficial, expressa e insofismavelmente* autorizada a antecipação dos valores contratuais, dentro da vigência do estado de calamidade decretado pelo Congresso em 20 de março de 2020, desde que ao menos uma das duas condições, constantes das alíneas *a* e *b* do inc. II do art. 1º da MP nº 961/20, esteja presente.

Neste caso da consulta porventura *as duas condições estão presentes*.

A primeira (MP, art. 1º, inc. II, *a*) é a de que a antecipação seja condição indispensável para assegurar a prestação do serviço. Ora, como foi iterado se a contratada empresa consulente não puder honrar seus compromissos mais urgentes e impostergáveis, ressaltando-se a folha de pagamento, precisará simplesmente fechar suas portas em definitivo, e com isso a contratante Prefeitura Municipal quedará de um momento para outro sem o seu indispensável e essencial serviço de transportes, em três diferentes áreas.

Os números não mentem e não admitem discursos ou raciocínios atenuadores, e a realidade é apenas essa acima exposta. E foi pensando exatamente em casos assim, e foi por honestamente enxergar a desesperadora situação da economia nacional e das empresas, que o chefe do Executivo federal expediu esta MP nº 961 em maio passado, permitindo uma excepcional, *e que neste caso estará plenamente garantida*, antecipação de recebíveis em contratos públicos.

E a segunda condição (MP, art. 1º, inc. II, al. *b*) está também presente neste caso, pois que a antecipação dos recebíveis à consulente, que a salvará da ruína certa e com isso permitirá manter o seu contrato e não licitar outra vez o objeto, evitará a *absolutamente segura* elevação dos preços dos contratos de transporte.

E aquela já em si inevitável alta dos preços é tanto mais certa neste momento de angústia e incerteza econômica, dentro da qual a fixação dos valores de um objeto tão complexo e problemático quanto o do transporte coletivo também precisará cercar-se de toda segurança financeira, que um eventual novo contratado exigiria também com rigorosa certeza.

Manter-se o contrato atual resultará nitidamente mais econômico para o poder público, do que será se este, abandonando ao léu a empresa que contratou, resolver aventurar-se em novo certame sem nem minimamente saber o que o espera no aspecto operacional, sendo certo apenas o aumento de despesa.

VIII - Apenas estes fatos e estes fundamentos legais já são suficientes para que a Prefeitura possa com tranquilidade deferir o pleito da consulente, de antecipação dos recebíveis nas bases pedidas: *a lei simplesmente a autoriza de modo expresse.*

Entretanto, e como se fora ainda necessário, deve sempre o poder público ter presente que a antecipação de pagamentos contratuais *não está neste momento sendo inventada pela empresa consulente.* Com efeito, *já existia e vinha sendo exercitada* no direito brasileiro, como se passa a examinar.

Inicia-se pela Lei nº 8.666, de 1.993, que é a lei geral de licitações e contratos administrativos brasileira. Essa lei, da mesma maneira como em situações ordinárias proíbe a antecipação de pagamentos, ao mesmo tempo informa, referindo-se a compras mas com uma previsão que pode estender-se a serviços e mesmo a obras, no art. 15, que

As compras, sempre que possível, deverão: (...)

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

Então, desse modo se o poder público não conseguir comprar por exemplo móveis sob medida, ou então obter certos serviços ou mesmo algumas obras, sem antecipar parte do pagamento ao fornecedor – porque no

mercado essa é a regra, e quem não a atender simplesmente ficará sem o objeto -, então eis aí desde logo a autorização legislativa para fazê-lo.

Por outro lado, essa antecipação é claro que não pode ficar desprotegida de alguma garantia ao poder público, e a lei não impede a exigência de garantias neste e em outros casos, e para isso existe o art. 56 da lei de licitações, a estabelecer quais são as garantias exigíveis, quer em licitação, quer fora dela, dos licitantes ou dos fornecedores diretos do poder público.

No caso presente a Prefeitura envolvida informou que como pressuposto para a sequência da negociação exigirá *garantia* dos valores antecipados, a ser prestada pela empresa consulente. E como esta já anunciou que se dispõe a prestá-la, então forçada conclusão é a de que a segurança da antecipação resulta *completa e absoluta* para a Administração municipal.

IX – Alguns ilustres autores como Hely Lopes Meirelles, Diogenes Gasparini, Sidney Bittencourt, Marçal Justen Filho e Célio Leite dentre outros, atentos às reais necessidades da vida e sem fantasiar quixotescamente, já se haviam manifestado favoravelmente à antecipação, condicionada e em geral excepcional, de pagamentos contratuais pelo poder público.

Marçal Justen Filho, na sua festejada obra e comentando o art. 15 da lei de licitações, escreveu:

**Adoção de condições similares às do
setor privado (inc. III)**

Uma condição essencial para a eficiência administrativa reside na utilização de procedimentos semelhantes aos praticados no setor privado. O inc. III expressamente consagra o princípio, no tocante às condições de aquisição e pagamento para as

compras. O dispositivo propicia indagação acerca das formas de pagamento, especialmente sobre o cabimento de pagamentos antecipados ou à vista.

O pagamento antecipado verifica-se quando a Administração executar a obrigação que lhe cabe (pagamento) antes do outro contratante.

E escreveu na nota de rodapé nº 78, indicando dois outros próceres do direito público que se manifestaram no mesmo sentido da viabilidade jurídica da antecipação – mesmo *décadas antes* da edição da MP nº 961/20:

Reputavam cabível o pagamento antecipado, mesmo na vigência da lei anterior, Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 14ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 169-170; Diogenes Gasparini, *Pagamento antecipado dos contratos administrativos*, Revista de Direito Público 97, p. 237237-242, jan/mar 1991.

Os trechos acima, de Justen Filho, são dos *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª ed. Dialética, BH, nos comentários ao art. 15 da lei nº 8.666 de 1.993.

Célio Leite, em seu artigo *Possibilidade de antecipação de pagamento em contratos da Administração*, no site *INOVE*, escreveu:

Desta forma, a regra a ser seguida pela Administração é a realização de pagamentos somente após a entrega do bem ou execução do serviço. No entanto, quando esta opção for inviável ou não atender ao interesse público, torna-se possível e mesmo desejável a antecipação do pagamento, desde que cumpridos os requisitos supra apresentados.

Desta forma o pagamento realizado de forma antecipada poderá ser admitido, demonstrando-se a existência de interesse público e obedecidos os seguintes critérios de forma cumulativa: represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço e propicie economia de recursos; existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta, e adoção de indispensáveis cautelas ou garantias.

E o mais prolífico autor brasileiro sobre o tema das licitações. Sidney Bittencourt, escreveu sobre a matéria:

Submissão das compras às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

A norma sinaliza, no inc. III, a submissão às condições de aquisição e de pagamento semelhantes às do setor privado.

Ao firmar contratos, deve o Poder Público perseguir o atendimento de vários princípios, consoante já exposto na análise do art. 3º. Dentre eles, na hipótese, destacam-se a economicidade e a eficiência. Para tal, a Administração deve fitar-se, a título de parâmetro, nas contratações realizadas pelo setor privado, que, por visar ao lucro para sobreviver, buscam insistentemente a eficiência. (In *Licitação passo a passo*, 9ª ed. Fórum, BH, p. 172.)

X – E não é só a doutrina que admite a anreicipação, porque também a jurisprudência de contas, expressada nos dois seguintes acórdãos do e. Tribunal de Contas da União, admitiram a possibilidade jurídica de antecipação de pagamentos nos contratos públicos, citados por Renato Geraldo Mendes em seu livro *Lei de licitações e contratos anotada*, 7ª ed. Zênite, BH, p. 119:

a) Contratação pública – Contrato – Pagamento antecipado – Exceção – Exigência de garantia – TCU

O pagamento adiantado é permitido apenas em situações excepcionais, contratualmente previstas, sendo necessárias garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto. (TCU, Acórdão nº 918/2005, 2ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 15/06/2005).

b) Contratação pública – Contrato – Pagamento – Antecipação – Exceção – Observância das cautelas devidas - TCU

Quanto ao pagamento antecipado, forçoso reconhecer que ele não é vedado pelo ordenamento jurídico. Em determinadas situações ele pode ser aceito. Mas essa não é a regra. Ordinariamente o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular (...) Julgo mais adequado condicionar a possibilidade de pagamento antecipado à existência de interesse público devidamente demonstrado, previsão no edital e exigência de garantias. (TCU, Acórdão nº 1442/2003, 1ª Câmara, Rel. Min. Marcus Vinicius Vilaça, DOU de 17.07.2003)

Quanto à menção a previsão no edital, duas observações:

a) neste presente caso seria absolutamente impossível ao edital da licitação, havida há cerca quatro anos, prever a possibilidade de antecipação de pagamentos em função da pandemia de coronavírus, como até a um leigo parece evidente, ante o racionalmente inimaginável desta atual situação;

b) hoje em dia, junho de 2.020, vigora a MP nº 961/20, que autoriza a antecipação dos pagamentos independentemente de qualquer previsão contratual ou editalícia.

Sendo assim, até a jurisprudência superior de contas admite pagamentos antecipados em contratos públicos, desde que motivados e garantidos pelo contratado.

Por fim, quando se sabe que a antecipação dos recebíveis para ser deferida pela Prefeitura precisará estar *antecipadamente garantida* pela empresa consulente, então parece com isso fechar-se o ciclo de aperfeiçoamento jurídico da operação em questão.

Todos os requisitos para a legitimidade da antecipação solicitada estão presentes, de modo que a resposta ao primeiro quesito é *afirmativa*, no sentido de que

é juridicamente viável, nos termos deste parecer, a antecipação solicitada dos recebíveis em abril de 2.020, no percentual referido na consulta.

XI - O segundo quesito se refere a como poderia ser a redação do dispositivo contratual que defira os três pedidos.

Isto será objeto de um Termo Aditivo a cada um dos três contratos.

A Prefeitura naturalmente devendo adotar o seu padrão oficial de atos administrativos, a redação que sugerimos para a parte dispositiva é a seguinte, para cada um dos três Termos Aditivos:

“As partes de comum acordo resolvem aditar o Contrato nº *(indicar a cada caso o número de cada contrato)*

Cláusula única

Da antecipação de recebíveis

I - Fica estabelecido que a Prefeitura Municipal contratante antecipará à empresa Contratada o valor de R\$ *(um valor a cada aditamento)*, na forma do que consta do expediente administrativo nº/2020 *(um a cada caso, ou somente o do PA que existir relativo aos três contratos)* e das justificativas ali constantes, a título de antecipação de 50% (cinquenta por cento) dos recebíveis pela contratada referentemente ao mês de abril de 2.020 conforme o contrato celebrado e seus anexos, e a previsão constante das planilhas anexas.

II – A Contratada, como condição para a antecipação em seu favor, prestou garantia à contratante Prefeitura Municipal,, na forma do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1.993, consistente em

III – A contratante será liberada de sua garantia quando cumprir integralmente o compromisso de amortização da antecipação recebida por força deste Termo, à ocasião que for.

E por estarem justos e contratados firmam o presente, por seus representantes, a Prefeitura Municipal e a Contratada (...)”

E desse modo se responde o segundo quesito formulado.