

**Ref.:** ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Os contratos de prestação de serviços celebrados pela Administração Pública se norteiam por diversos princípios constitucionais e também previstos na Lei nº 8.666, de 1993, além de outras normas. A Administração Pública deve sempre ter como princípios basilares para a contração, o da **legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o privado**.

Quanto ao princípio da legalidade, é importante assinalar que a atividade se rege integralmente por ele, tal como previsto nos arts. 5°, inc. II, e 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Torna-se claro dessa forma, que toda atividade licitatória e contratual realizada na gestão da máquina pública deve, imprescindivelmente, sujeitar-se à ordem jurídica. A atuação da Administração Pública está cercada de competências vinculadas. Como salienta Marçal Justen Filho, in verbis:

"A competência vinculada significa que a norma legal restringe a autonomia do agente. Nesses casos, a norma legal já comtempla uma escolha em abstrato e antecipada sobre a decisão a ser adotada em caso concreto. Ao aplicar a norma, o agente deve apenas verificar a presença dos pressupostos previstos na norma, não sendo admitida invocação proveniente de juízo pessoal de conveniência e oportunidade do agente"

Assim, a antecipação de pagamento pela Administração Pública antes da efetiva prestação dos serviços contratados por ela encontra óbice nas disposições contidas nos arts. Nº 62 e 62 da Lei nº 4.230 de 1964, in verbis:



" Art. 62. O pagamento de 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 respectivos crédito.

§ 1° 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.

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

I – o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II – a nota de empenho;

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

Ou seja, só poderá haver o pagamento da despesa após o implemento da obrigação do credor, levando-se em consideração o contrato e os comprovantes da efetiva prestação do serviço, a fim de se apurar o *quantum* a ser pago. Observa-se que a norma não confere discricionariedade ao gestor público.

Com efeito, o art. 38 do Decreto nº 93.872, de 1986, veda a antecipação de pagamento pela execução de obra, ou prestação de serviços, excetuando-se apenas, o pagamento de parcela contratual na vigência do contrato, obedecendo-se à forma nele estabelecida e no edital de licitação. Confiram-se os seus termos, *litteris*:

"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."

O dispositivo transcrito supra nada mais é que consectário dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, insculpido no art. 3º da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 1993), e do *pacta sunt servanda*, previsto nos arts. 54 e 55, inc. XI, da mesma lei. Sobre esses princípios, bem leciona José Torres Pereira Junior, *in verbis*:

"Todos os contratos e atos negociais da Administração, quando precedidos de licitação (...), reproduzirão os direitos, obrigações e responsabilidades que hajam sido definidos nos respectivos atos convocatórios e nas propostas vencedoras. É o núcleo do comando inscrito no § 1º do art. 54, do que exsurge que tais contratos não poderão abrigar cláusulas discrepantes das condições e exigências previamente estabelecidas no edital (ou carta-convite) ou das lançadas pela empresa adjudicatária em sua proposta.

Vale dizer que o ato convocatório e a proposta vinculam o contrato que se lhes seguirá, tanto para a Administração contratante, que não poderá inovar em suas cláusulas, quanto para a empresa contratada, que não se poderá esquivar de atender aos termos da convocação e de sua própria proposta. Daí o caráter intuitu personae dos contratos da Administração, que não se apaga mesmo que estes decorram de adjudicação direta, já que, neste caso, sublinha o § 2º do mesmo art. 54, reforçado no art. 55, XI, haverá vinculação das cláusulas 'aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta'."

Assinale-se, também, por relevante, que eventual previsão em edital de licitação, ou alteração dos contratos administrativos já em vigor, no sentido de antecipar o pagamento por serviço ainda não executado, constituiria, na verdade, em aumento de vantagem para a empresa contratada vedada pelo ordenamento jurídico.

Quanto às cláusulas que devem vir expressas no edital, está a que se refere ao pagamento, nos termos do art. 40, inc. XIV, da Lei nº 8.666, de 1993, *in verbis*:



"Art. 40. O edital (...) 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".

E sobre o adimplemento da obrigação contratual, considera-se "a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança", nos termos do § 3° do mesmo artigo.

Assim, somente poderá haver o pagamento da parcela relativa ao objeto do contrato que tenha sido efetivamente adimplida.

E mais, além do inciso XIV do art. 40, o conteúdo do inciso III do artigo 55 da Lei de Licitações deixa implícito que somente haverá pagamento após o cumprimento das obrigações, por ser aquele ato posterior ao implemento destas. Confira-se:



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

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento". (Grifo nosso).

Ademais, o art. 65, que versa sobre a alteração dos contratos, veda expressamente, no inciso II, alínea c, a alteração contratual que disponha sobre antecipação de pagamento sem a correspondente execução de obra ou serviço, *in verbis*:

"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". (Grifo nosso).

Registre-se, por fim, que a antecipação de pagamento repudiada neste texto, acarretaria à Administração um risco desproporcional ao que está submetido o particular, quebrando o equilíbrio econômico-financeiro que deve, necessariamente, ser observado em todos os contratos administrativos.

Diante do exposto, é impossível juridicamente a antecipação de pagamento, sem a efetiva execução das obras ou prestação dos serviços, nos contratos celebrados com a Administração Pública. Além disso:



- a) A Administração Pública deve sempre ter como princípios basilares para a contratação, o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o privado;
- b) Somente poderá haver pagamento da parcela relativa ao objeto do contrato que tenha sido efetivamente adimplida;
- c) A antecipação de pagamento pela Administração Pública antes da efetiva prestação dos serviços contratados por ela encontra óbice na legislação de regência.

A execução desses contratos deve seguir um cronograma lógico em que o pagamento somente ocorre após a efetiva prestação, pelo particular, do serviço contratado pela Administração Pública.

Teresina (PI), 15 de janeiro de 2018.

João Paulo Silva dos Santos

Joao Paulo Silva dos Santos Contador – CRC- PI - 8559