

O ART. 5º DA LEI 8.666/93 E A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTOS DOS DÉBITOS CONTRATUAIS

Flávio Almeida de Lima

*Chefe do Departamento Jurídico do Sindicato de
Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais*

I – Norma legal

O art. 5º em referência determina que cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações contratuais, obedeça a estrita ordem cronológica das datas de exigibilidade dos créditos. Para melhor compreensão da matéria, oportuno a reprodução da íntegra do dispositivo em comento:

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

§ 1º - Os créditos a que se referem este artigo terão seus valores corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor.

§ 2º - A correção de que trata o parágrafo anterior, cujo pagamento será feito junto com o principal, correrá à conta das mesmas dotações orçamentárias que atenderam aos créditos a que se referem.”

§ 3º - Observado o disposto no caput, os pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24, sem prejuízo do que dispõe seu parágrafo único, deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação da fatura.

Além do dispositivo transcrito, também o art. 92 tem repercussão no entendimento da disciplina legal em análise:

“Art. 92 - Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:
Pena - Detenção, de dois a quatro anos, e multa.”

A lei, portanto, estabelece a forma do ato administrativo de pagamento dos débitos contratuais da Administração, cominando penalidade ao Administrador que desrespeitar esta formalidade, ou seja, inverter a ordem de preferência estabelecida em função da precedência do crédito.

Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 6ª ed., 1999, p. 89, esclarece o objetivo e alcance do dispositivo em foco, *verbis*:

“Como inovação relevante, a nova Lei impôs que os pagamentos devidos pela Administração atentem para a ordem cronológica das exigibilidades. Isso significa que a Administração não pode “escolher” a quem “beneficiará” com o pagamento. Não é possível alterar a ordem cronológica dos pagamentos. Isso evita práticas reprováveis que já foram denunciadas, onde a liberação do pagamento ficava na dependência de gestões políticas etc. A previsão de alteração da ordem cronológica dos pagamentos em razão de “relevantes razões de interesse público” é potencialmente apta a ofender o princípio da isonomia. A Administração não pode beneficiar determinados particulares e estabelecer privilégios no tocante aos pagamentos. Muito menos poderia fazê-lo através da invocação do “interesse público”, o qual exige, isto sim, que a Administração trate os particulares de modo isonômico.”

Como se vê, o legislador impõe norma de conduta ao Administrador, não em benefício de um único credor, mas sim em respeito aos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, insertos no art. 37, da Constituição Federal.

Esta regra não constitui propriamente uma inovação. O dispositivo vem apenas explicitar imposição já inserida na legislação anterior no tocante à observância do princípio da impessoalidade, que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, fixa norma comportamental ao Administrador no trato com os administrados:

“Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado implicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, caput) a “fortiori” teriam de sê-lo perante a Administração.” (in Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, p. 58).

Em razão do tratamento isonômico, o administrador somente poderá pagar as dívidas atuais após quitados os débitos anteriores. Isso porque a preferência no recebimento é definida pela data da exigibilidade do crédito, ou seja, prestado o serviço pelo contratado e constituído o crédito do mesmo junto ao contratante, não poderá aquele ser preterido na ordem de recebimento.

Várias dúvidas têm sido suscitadas sobre o conteúdo e alcance deste instituto. Discute-se o marco temporal para a definição da posição do credor na ordem cronológica de preferência, a definição da ordem em relação às diversas unidades da Administração e, especialmente, a distinção da fonte orçamentária da qual deriva cada seqüência cronológica.

II – Conceito de exigibilidade da obrigação de pagamento

O primeiro aspecto a ser esclarecido diz respeito à data da exigibilidade das obrigações assumidas pelo Poder Público. Não há dúvida que o elemento identificador do direito do credor de inserir-se na ordem de preferência vincula-se à exigibilidade da obrigação impingida à Administração pelo contrato, que é a de pagar a remuneração do contratado.

Esta ordem é cronológica. Ou seja, na data e hora em que se materializa no mundo fenomênico o fato gerador da exigibilidade do crédito do particular, que corresponde a uma obrigação da Administração, estabelece-se uma seqüência de preferência para o recebimento do numerário.

É certo que a exigibilidade da obrigação de pagar está relacionada direta e exclusivamente à prestação efetiva do serviço. Executada a obra, ou parcela desta, nasce instantaneamente o direito ao recebimento, cuja obrigação do devedor tem data certa de vencimento. Esgotado o prazo de pagamento do crédito, este é inserido na ordem de preferência para o recebimento.

Esta conclusão resulta do comando incluso na letra “a”, do inciso XIV, do art. 40, da Lei 8.666/93. Este dispositivo determina que todo o contrato deve ter cláusula expressa de pagamento, “*não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento*”.

O § 3º, do art. 40, por sua vez, esclarece que “*para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.*”

Do cotejo destes dispositivos, depreende-se que o crédito do contratado decorre da efetiva prestação do serviço ou conclusão de etapa de obra.

Por conseqüência, é correto afirmar que a *exigibilidade* do crédito está condicionada apenas à data estabelecida no contrato para pagamento do serviço prestado, não só por que assim está previsto no contrato, mas principalmente em razão da ordem legal de pagar em trinta dias.

III – A medição como instrumento de quantificação do crédito

Pondere-se que a medição do serviço é instrumento contratual que apenas quantifica o serviço executado. Consoante se infere da quase totalidade dos contratos de obras públicas executados no âmbito municipal, estadual ou federal, a medição é feita, por força de cláusula expressa, no último dia do mês a que ela se refere. Ou seja, executada a obra no mês de junho, a medição é concluída, usualmente, até o dia 30 de junho, para pagamento do crédito da construtora até o dia 30 de julho seguinte. Se o órgão contratante não se manifestar sobre a medição nos trinta dias seguintes, presume-se que não há objeção aos quantitativos executados, vencendo-se a obrigação do devedor no marco contratual (que pode ocorrer inclusive antes dos 30 dias, nunca em prazo superior).

Esta presunção, vale salientar, decorre de disposição legal clara, que impõe limite de 30 dias para o pagamento do crédito do contratado, contados da “*prestação do serviço*” ou “*realização da obra*”. Logo, de nenhuma valia o expediente utilizado, por alguns administradores, de “engavetar” a medição por longos meses – até anos –, como artifício para não reconhecer a dívida, com o intuito de burlar a ordem cronológica.

Note-se que as dívidas de pequeno valor têm prazo reduzido para pagamento (cinco dias úteis), na forma do § 3º, do art. 5º. Não quer isso dizer, entretanto, que coexistam duas ordens cronológicas distintas em função do valor da dívida. Conforme esclarece Marçal Justen Filho “*não é legítimo pagar antes fatura apresentada em momento posterior a outra, nem mesmo mediante invocação do respeito ao prazo de cinco dias imposto no § 3º*” (ob. cit. pág. 91).

IV – Fatura como documento declaratório da dívida

Importa discernir, tendo em vista os textos do § 3º, do art. 5º e art. 92, que a fatura é simples documento contábil, podendo ter valia para efeitos tributários quando impressa como nota fiscal-fatura. A fatura não implica no vencimento da obrigação de pagamento, que a pressupõe. Sequer pode representar, por si só, a dívida, posto que esta decorre do contrato. A fatura, ou qualquer outro documento de cobrança, não constitui a dívida, apenas declara sua existência.

A fatura, na verdade, corresponde a documento mercantil, que se presta a acobertar a operação, no caso em exame, de venda de serviços.

Dissipando qualquer dúvida sobre a desvinculação da data da fatura da posição do crédito na ordem cronológica, Diogenes Gasparini, ao comentar o art. 92, *in* “Crimes na Licitação”, Ed. NDJ, 1996, p. 107/108, elucida a noção de fatura e crédito para efeito do respeito à preferência no pagamento:

“Na segunda parte do preceptivo comentado, a regra incrimina o pagamento de fatura com desobediência da ordem cronológica de sua exigibilidade, protegendo, assim, a norma do art. 5º da Lei Federal Licitatória que impõe à Administração Pública só pagar as faturas decorrentes dos contratos celebrados com recursos da respectiva fonte, observada a estrita cronologia das datas de suas exigibilidades. Nos arts. 5º e 92 da Lei Federal Licitatória a palavra fatura há de ser tomada como expressão de sentido largo, não com o que lhe é próprio. Fatura, portanto, é qualquer documento que expressa um crédito contra a Administração Pública Contratante. Outro entendimento permitiria deixar fora dessa cronologia, podendo por isso ser pagos a qualquer momento, os credores cujos direitos são representados por outros títulos. Assim, fatura exigível é qualquer documento de crédito em condições de ser honrado pela Administração Pública Contratante, pois no vencimento é conferido quanto ao direito e montante que representa. Os documentos creditícios nessas condições são os únicos que devem ser pagos dentro da cronologia posta pelos citados preceptivos. Na prática listam-se mensalmente esses créditos, começando-se com o de data de exigibilidade mais próxima e encerrando-se com o de data mais distante, cujos pagamentos devem ocorrer

segundo essa listagem. Essa é a orientação dada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Resolução nº 02/95). A data de apresentação do documento de crédito (fatura) é irrelevante para os fins do dispositivo sob comentário.

Pagar fatura significa, no caso, a entrega de uma soma de dinheiro correspondente ao valor da fatura emitida e cobrada em razão de contrato celebrado com a Administração Pública. “Pagar fatura”, para Jessé Torres Pereira Junior (ob. cit. p. 540), ‘significa autorizar o descaixe de verba para a satisfação de fatura apresentada pelo adjudicatário, em decorrência da realização de obra, da prestação de serviço ou da entrega de bens contratados com a Administração Pública, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 4.320, de 17.03.1964”.

Logo, a data da emissão da fatura não tem qualquer repercussão para a definição da posição do credor na ordem cronológica, já que a exigibilidade da obrigação de pagar precedeu este ato formal.

Nos contratos de obras públicas, o documento que representa a dívida, em todos os seus termos, é a medição, que a quantifica e a torna exigível, implicando no seu vencimento na data fixada contratualmente. Somente depois de medido o serviço é que ocorre a emissão da fatura. A rigor, a cobrança se dá antes da expedição deste documento contábil, com a confecção da medição, para pagamento do crédito nela consignado, no prazo máximo de trinta dias, independentemente da emissão da fatura ou nota fiscal de serviços. É comum, aliás, o órgão contratante creditar em conta bancária da empresa contratada o valor da medição, apresentada ou não a fatura.

Portanto, a exigibilidade da obrigação de pagar o serviço ocorre trinta dias após a prestação do serviço, quantificado pela medição.

Exigibilidade é a qualidade daquilo que é exigível. Executada parcela da obra, torna-se exigível o crédito que a ela corresponder, ao menos em ação ordinária de cobrança. O Código Civil, art. 952, prevê que o pagamento será exigível imediatamente, uma vez cumprida a obrigação, se algo diferente não tiver sido pactuado.

O contrato de obras deve definir o momento *do pagamento*. Este momento poderá estar, ou não, vinculado à apresentação da fatura. Mas, certamente, este documento não consubstancia a exigibilidade do crédito, posto tratar-se de mero elemento formal, destinado ao preenchimento de necessidades internas da Administração. Fazem parte deste procedimento também a medição, o empenho, a ordem de emissão da fatura, o depósito bancário do crédito, etc., caracterizando um ato complexo de controle administrativo.

Não há, porém, como opor ao administrado tais providências burocráticas, à guisa de só se considerar exigível o crédito após a formalização destes atos do devedor. Até porque, se assim fosse, estaria aberta a porta para a burla ao objetivo da lei, que é a

proteção à precedência na ordem dos pagamentos. Basta que um contratado, que já tenha cumprido a sua obrigação, seja “impedido” de apresentar fatura – por ordem da Administração, sob pena de retaliação –, ou diante da demora da própria Administração em processar internamente as medições, para que a lei se torne inócua.

Quando o artigo 5º fala em exigibilidade da obrigação, naturalmente está a tratar do adimplemento desta, em consonância com o art. 55, III. Neste aspecto, não será a fatura que determinará esta exigibilidade.

Importa esclarecer, ademais, que a regra do art. 92, não obstante tratar das conseqüências da regra em comento, não pode ser interpretada literalmente para influir sobre a norma do art. 5º. Aquele dispositivo cuida de regra penal, este de regra administrativa. O comando penal destina-se a punir o agente administrativo que burlar a ordem cronológica, em detrimento de algum fornecedor.

A lei pune o agente que “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua apresentação”, pressupondo que a apresentação das faturas se dê em momento próximo ou coincidente com o cumprimento da obrigação contratual. Todavia, como visto, tal contemporaneidade nem sempre existe, ou está sujeita a diversos obstáculos.

É freqüente, por exigência de alguns órgãos públicos, a emissão das faturas somente quando da disponibilidade de verba para pagamento, no valor exato do montante oferecido pelo órgão devedor. Isso ocorre após vencida a dívida, reconhecida integralmente pelo contratante através da aceitação da medição, apesar de não paga na data ajustada contratualmente.

Saliente-se que a parcela de correção monetária por atraso normalmente é quitada através de simples recibo, dispensando-se a emissão de nova fatura. Aliás, a emissão da fatura para acobertar pagamento de parcela de atualização monetária não encontra respaldo na legislação tributária ou comercial. Se a parcela de correção – acessório que acompanha o principal – também está inserida na ordem cronológica, independentemente da emissão de fatura, na forma dos § 1º e 2º, do art. 5º, é certo que o crédito principal deve ser colocado na ordem de preferência quando se torna exigível, fato que antecede a existência da fatura.

V – Empenho como ato administrativo interno

Outro marco erigido para obstaculizar a eficácia do art. 5º em comento, assenta-se no raciocínio que a ordem cronológica é definida em função da data do empenho.

Ao determinar a expedição da Nota de Empenho, o administrador apenas ordena o pagamento do crédito, já quantificado e exigível segundo regra contratual. Ao reverso, pode existir empenho de crédito não exigível, quando pendente o implemento de condição contratual. Trata-se, na verdade, de simples ato administrativo interno, que vincula a conduta do agente responsável pela liberação do numerário referente à dívida.

Segundo se infere do art. 58, da Lei 4.320, de 17/03/64, que “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro”, o empenho é o ato emanado da autoridade competente que confirma, administrativamente, a obrigação de pagar, posto que esta obrigação deriva originariamente de cláusula contratual.

“Art. 58 – O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.”

Veja que o empenho pressupõe obrigação assumida em contrato, consoante esclarece J. Teixeira Machado Jr., nos seus comentários à Lei 4.320/64, 25ª ed., 1993, Ed. IBAM, pág. 113/114:

“O empenho não cria obrigação e, sim, ratifica a garantia de pagamento assegurada na relação contratual existente entre o Estado e seus fornecedores e prestadores de serviços.

(...)

Empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que vincula dotação de crédito orçamentários para pagamento de obrigação decorrente de lei, contrato, acordo ou ajuste, obedecidas as condições estabelecidas”.

A rigor, o empenho é ato prévio ao contrato, destinado a reservar a verba pertinente à despesa na dotação orçamentária específica. Todavia, a praxe administrativa consagrou o empenho mensal da parcela contratual, quando já executado o serviço.

Cabe, em relação ao empenho, a mesma advertência quanto à eleição de ato unilateral do agente administrativo para a definição da colocação do crédito na ordem cronológica. Neste caso, bastaria a recusa do devedor em formalizar o empenho para se ver livre do ônus de cumprir a ordem de preferência. Somente os credores simpáticos à Administração teriam seus créditos empenhados, recebendo-os com antecedência. Aqueles antipatizados, ainda que tivessem adimplido suas obrigações contratuais em data anterior, jamais teriam seus créditos reconhecidos, consagrando-se a fraude à cronologia de pagamentos.

Esta conclusão é endossada por Renato Geraldo Mendes, ao comentar o art. 5º, do Estatuto, *in* Lei de Licitações e Contratos Anotada, 3ª ed., nota 71, 1998:

“No processo de contratação pública, é obrigatória a observância, para fins de pagamento, da ordem cronológica das exigências. Considera-se exigibilidade a data fixada para fins de pagamento e não a data da emissão dos empenhos que é ato que cria para o Poder Público a obrigação de pagamento (ver art. 58 da Lei nº 4320/64). A não observância da estrita ordem cronológica de pagamento deve fundar-se em razões de interesse público necessitando ser justificadas e publicadas, sob pena de ilegalidade.”

Conclui-se, assim, que o critério de pagamento, segundo a ordem cronológica da exigibilidade do crédito, tem como fator definidor da preferência a data de vencimento da obrigação do contratante, que deverá pagar, antes de qualquer outra, as dívidas já vencidas. Na maioria dos contratos de obras e serviços, a quantificação do débito contratual precede à data de pagamento, sendo que esta não poderá ser superior à 30 dias da prestação do serviço. Formalizada a medição – não contestada expressamente pelo órgão contratante –, exigível se torna o crédito contratual na data prevista para o pagamento do serviço medido.

VI – Conceito de unidade administrativa

A segunda dúvida quanto ao instituto da ordem cronológica envolve matéria de menor complexidade. Quando a lei fala em “cada unidade da Administração Pública” está a referir-se à seção ou órgão, independentemente de possuir personalidade jurídica própria. Assim, uma autarquia é uma unidade autônoma da Administração, como também é uma empresa pública. Uma Secretaria de Estado ou uma administração regional da Prefeitura também se enquadram no conceito de unidade administrativa.

Pode-se entender “unidade administrativa”, para os efeitos do art. 5º, da Lei 8.666/93, a repartição à qual serão consignadas dotações orçamentárias próprias, tomando-se de empréstimo o conceito definido no art. 14, da Lei 4.320/64. Esta unidade administrativa tem competência administrativa e financeira para autorizar despesa, em função da gestão dos recursos próprios ou que são disponibilizados por outras unidades públicas ou entes particulares.

Esta conclusão decorre, ademais, do conteúdo do item XII, do art. 6º, da Lei 8.666/93, que define o conceito de Administração como “órgão, entidade ou unidade administrativa pelo qual a Administração Pública **opera e atua concretamente**”.

Para simplificar, basta identificar o contratante da obra, serviço ou compra como a unidade da Administração que trata o art. 5º. Na condição de agente ativo do contrato, a unidade administrativa contratante tem competência para assumir obrigações e exercer direitos, sendo dela a obrigação de pagar. A ordem cronológica é definida, portanto, em relação aos débitos de cada órgão ou repartição contratante.

VII – Definição da fonte diferenciada de recursos

Quanto à “fonte diferenciada de recursos”, em função da qual forma-se a ordem cronológica para o pagamento dos débitos da unidade administrativa contratante, a Lei 4.320/67 também orienta o interprete.

Trata-se de fonte orçamentária do ente contratante, da qual originam-se os recursos que servem ao pagamento do crédito do contratado. A lei orçamentária indica quais as fontes de recursos disponibilizadas à cada unidade administrativa (inciso I, § 1º, art. 2º), segundo classificação da receita definida na forma do art. 8º da Lei 4.320/64.

A fonte dos recursos orçamentários que ampara a contratação está especificada no respectivo edital ou ato de dispensa de licitação. Se o contrato estiver vinculado a recurso

extra-orçamentário (financiamento, transferência, fundo especial, etc.), este será a “fonte diferenciada” de que cuida o dispositivo em foco.

Ainda no que se refere à questão orçamentária, cabe uma palavra sobre a observância da ordem cronológica em relação às dotações orçamentárias após o exercício financeiro no qual se tornou exigível a obrigação de pagar o crédito.

A rigor, estes créditos devem ser incluídos na mesma dotação que serviu de suporte à contratação da obra ou serviço, observando-se a ordem de prioridade em relação à fonte vinculada nos exercícios seguintes, sem qualquer prejuízo ao direito subjetivo do credor de preferência no recebimento de seu crédito.

Na hipótese de inexistir dotação orçamentária da mesma natureza, o art. 36, da Lei 4.320/64, impõe ao Administrador incluir os créditos vencidos na provisão de “restos a pagar”, que terão privilégio no recebimento.

Se os créditos não quitados, inseridos na ordem cronológica, não forem previstos em “restos a pagar”, ou inexistindo dotação orçamentária da mesma natureza, cabe ao Administrador responsável disponibilizar os recursos através de créditos especiais, na forma dos art. 40 e 41, da Lei 4.320.

Incide, ainda, a regra do art. 36 desta Lei:

“Art. 37 – As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica”.

A lei, portanto, cuidou de suprir a omissão orçamentária, provendo um dispositivo para atender aos casos discriminados neste art. 37, impondo o pagamento dos créditos “esquecidos” na conta de dotação específica, usualmente denominada “despesas de exercícios anteriores”.

Não há, pois, obstáculo orçamentário ao cumprimento da ordem cronológica de que trata o art. 5º. Ao reverso, a Lei 4.320/64 já prevê mecanismos para sua instrução e aplicação.

VIII – Jurisprudência

Todas as premissas deduzidas acima foram confirmadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que, respondendo à consulta formulada pelo Departamento de Obras Públicas – DEOP, firmou o seguinte entendimento sobre a matéria:

“Quanto ao estabelecimento da ordem cronológica, esta deve ancorar-se na exigibilidade da obrigação. É este o fato jurídico que caracteriza a ordem dos pagamentos. Deve, portanto, ser líquida e certa a obrigação para ser exigível. E, se nada de anormal ocorrer, a data para sua exigibilidade é aquela determinada pela liquidação da despesa, gerando a obrigação de pagar. Para que se aperfeiçoe tal exigibilidade é de se observar o princípio insculpido no art. 1.092 do Código Civil, determinando que nos contratos bilaterais – sendo uma das espécies desse gênero o contrato administrativo resultante de licitação – nenhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Assim sendo, cumprida a obrigação de entrega da coisa, obra ou serviço, deve o contratado formalizar sua pretensão ao devido pagamento, dando ciência à Administração do cumprimento de sua obrigação para que esta possa liquidar a obrigação, tornando-a exigível. A data da exigibilidade seria decorrente da liquidação, em razão da observância dos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, portanto, servindo de base para o estabelecimento da ordem cronológica de todos os pagamentos. Parte-se do suposto do adimplemento da obrigação do contratado, a tempo e a hora e segundo as demais exigências contratuais. Em não havendo este pré-requisito, não poderá o contratado habilitar-se à liquidação e ao pagamento da obrigação, obviamente. Supõe-se, da mesma forma, o escorreito procedimento da Administração, conforme exigem as normas legais, para proceder imediatamente a liquidação ou impugná-la, em não sendo cumpridas as condições expressas em contrato ou em razão de qualquer outro motivo que torne inidônea a pretensão do contratado.” (Consulta nº 60.5840, de 16.07.99 – Relator: Conselheiro Simão Pedro Toledo)

Ao que parece, o TCMG compreende a ordem cronológica em função da “liquidação da despesa”, na forma do art. 63, da Lei 4.320/64. Este dispositivo estabelece que “a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo

por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”. Já a “verificação” do direito ao crédito tem por finalidade “apurar” a origem e objeto do que se deve pagar e a importância exata da dívida (segundo definição do § 1º, deste mesmo artigo).

Pode-se afirmar – sob a ótica do TCMG – que a “liquidação da despesa” se dá mediante a realização da medição do serviço prestado mensalmente. Este documento – MEDIÇÃO EFETUADA PELO FISCAL DO ÓRGÃO CONTRATANTE – torna exigível o crédito da empresa contratada, inserindo-o na ordem de preferência para pagamento de que trata o art. 5º, da Lei 8.666/93.

Repita-se, para que não haja qualquer dúvida, que a “aprovação” da medição é ato unilateral da Administração, e deve preceder o vencimento da obrigação (prazo de 30 dias do término da realização da parcela da obra ou serviço contratado). Lembre-se, ainda, que a medição do serviço é feita por funcionário público designado pelo próprio órgão contratante, que tem a tarefa de fiscalizar a execução da obra ou serviço. Logo, a “aprovação” da medição representa tão-somente ato administrativo interno do órgão público, que se limita a processar o laudo técnico do fiscal da obra sobre os quantitativos executados. Realizada a medição do serviço, o crédito tem data certa para pagamento, independentemente da “aprovação” da mesma pelo devedor. É óbvio que se o setor técnico reprovar, expressamente, a medição apresentada pelo funcionário público responsável, estará a Administração obrigada a realizar outra medição antes do prazo final de pagamento. Não seria lícito que o credor suportasse o engano cometido por servidor no desempenho de suas funções administrativas, postergando-se o seu direito ao recebimento da remuneração contratual.

Cabe mencionar também que o Poder Judiciário já revelou a importância do comando incluso no art. 5º, do Estatuto das Licitações, como instrumento de moralização da atividade administrativa.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Prefeito Municipal, reconheceu o direito da empresa Impetrante ao recebimento do crédito contratual segundo a ordem cronológica do vencimento, determinando à Autoridade Pública que observe a preferência da empresa na quitação dos débitos correntes da Prefeitura.

O julgamento do processo ocorreu na sessão do dia 10.08.99, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa:

“Serviços prestados por firma particular a Município, sob contrato de empreitada – Nota de Empenho de Despesa extraída tendo em vista medição de serviços – Obrigação do pagamento: art. 58 da Lei nº 4.320/64 – Transferência do crédito para quitação no exercício fiscal seguinte, consignado em “restos a pagar” – Obediência à ordem cronológica das datas de sua exigibilidade – Arts. 5º e 92 da Lei de Licitações nº 8.666/93 – O não pagamento implica em lesão a direito líquido e certo

do credor, garantido por mandado de segurança: art. 5º, inciso LXIX da CF/88”.

(Apelação Cível nº 000.140.585-1/00 - Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Orlando Carvalho - julgamento em 10/08/99).

Do voto do Desembargador Orlando Carvalho, oportuno citar a seguinte passagem:

“Não paira, pois, dúvida de ser a Nota de Empenho questionada título de crédito líquido e certo e sobre ele é garantido o direito ao recebimento, observada, na execução do orçamento público, a ordem cronológica de exigibilidade no procedimento de quitação dos débitos, respeitada a preferência da impetrante, nas garantias dos artigos 5º, 92 e 121 da Lei nº 8.666/93, já mencionados. Desacatados tais direitos ao recebimento na ordem cronológica, ocorre a objetada lesão a direito líquido e certo a amparar a concessão do mandamus, nos termos do art. 5º, LXIX da CF/88. Atente-se a que o direito reconhecido vige no exercício de 1999.”

Vale esclarecer que a menção à nota de empenho como fundamento do acórdão deve-se ao fato que, naquele caso específico objeto de julgamento, o crédito estava empenhado no orçamento do exercício anterior à cobrança, apesar de bastar ao credor demandante o reconhecimento da dívida através da medição de serviço feita pela Administração.

IX – Procedimentos administrativos que não alteram a ordem cronológica

Não se pode olvidar manifestações surgidas no âmbito da Administração no sentido de vincular a ordem cronológica à apresentação da fatura, ou à “aprovação” da medição de serviço e até à previsão orçamentária do crédito. Estas interpretações, não obstante calçadas em insuspeitos argumentos jurídicos, relegam à vontade do agente público contratante a definição da posição do credor na ordem cronológica.

É sabido que o processamento da medição na seção contábil do órgão contratante tem sua agilidade dimensionada em função do interesse do Administrador, definido em razão da “disponibilidade de caixa” ou da proximidade do contratado com o agente gestor. De igual forma, a entrega da fatura de serviço está condicionada, por ordem do órgão contratante, à existência de recursos para o pagamento. Por fim, a inclusão dos créditos não quitados no orçamento do exercício seguinte, na rubrica “restos a pagar”, quase sempre não é da conveniência do novo chefe do Poder Executivo local, especialmente quando estes créditos têm origem em obras realizadas pelo administrador anterior.

Conclui-se, portanto, que qualquer interpretação que objetive vincular a posição do credor na ordem cronológica a fato que não a exigibilidade do crédito, condicionando a preferência do pagamento a um ato voluntário do administrador, tem como verdadeiro escopo burlar esta norma de conduta do agente administrativo probo, que tem por hábito honrar a tempo e modo os compromissos contratuais assumidos, afastados quaisquer interesses subjetivos ou inconfessáveis, que tantos prejuízos têm causado aos cofres públicos.

X – A ordem cronológica, a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Necessário perceber, por fim, que a norma de conduta inserida no art. 5º, da Lei das Licitações e Contratos Públicos, decorre e está vinculada a outros dispositivos deste diploma. Os arts. 7º, § 2º, inciso III, e 14, condicionam a contratação de obras à disponibilidade de recursos que assegurem o pagamento das obrigações contratuais contraídas no exercício financeiro em curso. Já o art. 38 obriga a indicação no edital do recurso para custear a despesa. O ato convocatório também deve explicitar as condições e prazos de pagamento, assim como o cronograma de desembolso, segundo imposição do art. 40, inciso XIV.

A Lei 8.666/93, na verdade, não inovou em relação aos limites orçamentários, especialmente no que se refere à ordem cronológica para pagamento dos créditos dos administrados. O art. 37, da Constituição Federal, já impõe o respeito à preferência do crédito, por decorrência do princípio da isonomia. O art. 167, por sua vez, estabelece que é vedado o início de programa ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, deixando claro que nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que a autorize, sob pena de crime de responsabilidade (§ 1º).

Como a Constituição não permite que o Administrador assuma compromissos novos sem a disponibilidade de recursos, e considerando que os créditos não quitados nos exercícios anteriores devem ser incluídos na conta de restos a pagar, é inevitável concluir que a dívida passada da Administração, que absorva a totalidade dos recursos orçamentários, impede a realização de novos projetos e programas, face à ausência de receita suficiente.

Esta assertiva é confirmada pela recente Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000 -, que no seu art. 5º, § 5º, estabelece que *“a lei orçamentária não consignará dotação para investimento com duração superior a um exercício financeiro que não esteja previsto no plano plurianual ou em lei que autorize a sua inclusão, conforme disposto no § 1º, do art. 167 da Constituição”*.

Em complemento, o art. 45 estabelece regra que confirma o princípio da ordem cronológica. Dispõe a nova Lei Complementar que:

“Art. 45 - Observado o disposto no § 5º, do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as

***despesas de conservação do patrimônio público,
nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.”***

Ou seja, não bastasse a obrigação do administrador de pagar os débitos antigos antes dos atuais, também não poderá incluir no orçamento futuro projetos novos quando sua receita estiver comprometida com aqueles em andamento ou não concluídos.

Fecha-se, assim, o cerco contra os gestores públicos negligentes, que assumem compromissos superiores à capacidade de pagamento da unidade administrativa, colocando um ponto final na inadimplência contumaz do Estado, além de evitar as obras inacabadas, que têm provocado significativos danos às finanças públicas.

Oportuno lembrar, por fim, que o Supremo Tribunal Federal tem rejeitado qualquer artifício no sentido de fraudar a ordem cronológica no pagamento dos precatórios judiciais (*Recurso Extraordinário nº 132031-1 – São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, julgamento 15.09.95*), regra constitucional decorrente dos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, que também se prestam a orientar à cronologia do pagamento dos débitos contratuais objeto do art. 5º, da Lei 8.666/93.

XI – Conclusão

Conclui-se, portanto, que a ordem cronológica para o pagamento dos débitos contratuais da Administração Pública, determinada pelo art. 5º, da Lei de Licitações, tem como marco definidor da posição do credor na ordem de preferência a data designada no contrato para vencimento da obrigação de pagamento, fato que caracteriza a exigibilidade do adimplemento da obrigação de pagar imposta à unidade administrativa contratante.

São irrelevantes para a definição da ordem de prioridade para pagamento a data de expedição do empenho ou a de apresentação da fatura, sendo que a medição do serviço ou da obra ocorre antes do vencimento da dívida, prestando-se tão-somente para apurar o valor da mesma, que se torna exigível findo o prazo contratual para pagamento, que não pode ser superior a 30 dias, em obediência à letra “a”, do inciso XIV, do art. 40, da Lei 8.666/93.

Ainda que o crédito do contratado não tenha sido inscrito em restos a pagar no orçamento do exercício seguinte ao do vencimento da obrigação contratual, a Lei 4.320/64 prevê instrumentos orçamentários para saldar a dívida no exercício em curso, observada a ordem cronológica do art. 5º, da Lei 8.666/93.

A ordem cronológica é estabelecida em relação à cada fonte diferenciada de recursos, assim entendida a fonte da qual se originam os recursos para custear a despesa contratual, identificada pela dotação orçamentária indicada no edital de licitação ou ato de dispensa.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000), contém comando que complementa a ordem cronológica para pagamento dos débitos contratuais da Administração. O art. 45 veda a inclusão no orçamento de despesa com projetos novos quando a receita estiver comprometida com aqueles em andamento ou não conclu-

ídos, o que significa dizer que, enquanto não quitadas as dívidas pendentes, que absorvam a receita atual e futura, não se pode iniciar projetos novos.

Todo expediente administrativo que objetive burlar a ordem cronológica agride os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, permitindo ao contratado lesado socorrer-se do Poder Judiciário para a correção da conduta do agente administrativo que importe na supressão do seu direito subjetivo à preferência no recebimento do crédito.