DOUTRINA

PAGAMENTO ANTECIPADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Diogenes Gasparini

Advogado, mestre e doutor em Direito pela PUCSP;
Professor titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo;
Juiz Substituto do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

1. As leis de licitações e contratos indicam que o edital deve trazer cláusula dispondo sobre as condições de pagamento. Assim ocorre com o decreto-lei federal nº 2300/86, que regula as licitações e contratos da Administração federal, com a redação que lhe deu a legislação superveniente (art. 32, IV); com a Lei estadual de São Paulo nº 6544/89, que dispõe sobre o estatuto jurídico das Licitações e contratos no âmbito da administração centralizada e autárquica (art. 36, IV); com a Lei paraense nº 5.416/87, que dispõe sobre licitações e contratos da licitação direta e indireta (art. 23, IV); com a lei mineira nº 9.444/87, que regula as licitações e contratos da Administração centralizada e autárquica do Estado (art. 38, IV); com a Lei paraibana nº 5.000/87, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração estadual (art. 32, IV); e, para não nos alongarmos em outras citas, com a Lei paulistana nº 10.544/88, que regula as mesmas matérias no âmbito da Administração direta do Município de São Paulo e de suas autarquias (art. 53 VII).

2. À vista dessas disposições, resta claro que a Administração Pública licitante pode, livremente, estabelecer as condições de pagamento a que tem direito o contrato pela execução do ajuste e que no momento refletem melhor o interesse público. Desse modo, caber-lhe-á indicar, entre outras condições, que o pagamento será feito de uma só vez, após a entrega e o recebimento definitivo do objeto, ou que será realizado em parcelas, satisfeitas depois da entrega e recebimento definitivo de cada uma das partes em que se dividiu, para esse fim, o objeto do contrato. Ainda cabe-lhe indicar que o pagamento será realizado em partes: uma adiantada, no momento, por exemplo, da assinatura do contrato, e o restante ao final do ajuste, com a entrega e o recebimento definitivo do objeto, ou, finalmente, que uma parte do preço será antecipada e satisfeita, v.g., no ato da assinatura do acordo, e o saldo em várias parcelas conforme for acontecendo a execução do contrato. Se nada a esse respeito for estabelecido, há de se admitir que o pagamento será realizado ao final do ajuste, com a entrega e o recebimento definitivo do objeto. Dessas variantes, a última é comumente aceita e praticada entre os particulares, dado que mais consentânea com a realidade vivida em Países cujos índices inflacionários são significativos em qualquer ajuste econômico e porque mais adequada a promover a igualdade remuneração-custo da execução.

3. Não obstante essas razões de legalidade e de mérito, as Cortes de Contas vêm se pronunciando restritivamente, no que concerne à possibilidade desse pagamento adiantado. Assim, quando consultadas sobre a legalidade do pagamento adiantado de uma parte do valor do contrato, têm se manifestado contrárias, sob o fundamento de que se estaria pagando obras e serviços ainda não executados, ou bens não entregues ou, ainda que entregues, não recebidos definitivamente. Para essas Cortes não é permitido, pois o entendem ilegal, o pagamento antecipado. Todo pagamento nessas condições e segundo esses Tribunais fere frontalmente os artigos 62 e 63 da Lei federal nº 4.320/64, que estabelece normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Tais artigos assim prescrevem: "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 deve se pagar a importância, para extinguir a obrigação. § 2º - A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega do material ou da prestação do serviço".

Nesse sentido confiram-se os Pareceres do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nºs TC-5.789/74 e TC-7.413/74. O mesmo entendimento é inferido das lições sobre essa matéria proferida, a exemplo de outros, por João Angélico (A Contabilidade na Administração Pública - São Paulo, Atlas, 1974, p. 185).

4. Embora se reconheça que não é dado à Administração Pública colocar em risco interesses e direitos submetidos à sua cura, não se pode aceitar essa inteligência com o rigor que ditas Cortes e autores lhe prestam. Os contratos administrativos, notadamente os de obras públicas, de fornecimento e de serviços, sob o aspecto econômico, não são diferentes dos que os particulares celebram, e as razões que levam as suas partes a estabelecerem contratualmente o pagamento antecipado de uma parcela do valor do ajuste no ato da assinatura do contrato são as mesmas. De sorte que somente a duro sacrifício do contrato, ou sob pena de um custo maior e, certamente, desfavorável para a Administração contratante, pode-se pretender que o particular, num País de índices inflacionários expressivos como é o nosso, contrate para receber a sua paga após a entrega e o recebimento definitivo do objeto do contrato ou para receber o seu pagamento em parcelas resgatáveis depois de cumpridas certas partes do objeto do ajuste (estrutura, cobertura, acabamento), e mesmo que se praticasse uma economia estável, não cabe, certamente, ao contratado financiar a obra, o fornecimento ou o serviço desejado pela Administração Pública. A isso só estaria obrigado se previsto no edital e no contrato. Nesse particular não há nenhum distanciamento entre os contratos privados e os administrativos. Aliás, estes devem assimilar as práticas adotadas naqueles, sob pena de afugentarem

os eventuais interessados em contratar com Administração. Assiste, pois, inteira razão a Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p.149), quando assegura que tanto quanto possível os contratos administrativos devem aproximar-se das praxes do setor privado para interessar aos empresários nos negócios públicos. Atente-se que, em relação às compras, essa afinidade já está permitida pelo Decreto-Lei federal nº 2.300/86. Com efeito, aí se estabelece que essas, sempre que possível e conveniente, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado (artigo 14, III). O mesmo é repetido pela Lei paulista nº 6.544/89 (art. 15, III).

5. Com certeza, as regras da citada Lei nº 4.320/64, se conduziram os seus intérpretes a esse rigoroso entendimento, hoje não podem mais levá-los a isso, em face das praxes comerciais observadas na atualidade. Ademais, atente-se que o direito do contratado ao pagamento, nestas ou naquelas condições, tem por base os títulos e documentos comprobatórios do crédito, consoante estabelece o supra transcrito artigo 63, da Lei federal nº 4.320/64. De sorte que o inciso III, do seu § 2º, deve ser observado quando no contrato também se condicionar o pagamento à prévia e segura comprovação da entrega parcial ou total do objeto do contrato ou isso for a praxe de certos ajustes, como ocorre nos contratos de fornecimento, em que à entrega do bem segue-se o pagamento respectivo, ou, ainda, quando nada se estabeleceu a respeito. Não sendo assim, a Administração contratante pode convencionar o pagamento de uma parte do preço, por exemplo, no momento da assinatura do contrato, salvo em relação aos que se subsumem ao Decreto-Lei federal nº 2.300/86 ou a outros que dispõe de igual modo, em que a eficácia do contrato ocorre com sua publicação, e o restante ao longo do contrato, conforme vão sendo cumpridas as etapas de sua execução.

6. Hely Lopes Meirelles (op. cit), ao dissertar sobre esse tema, não vê qualquer vedação em relação a esses adiantamentos nos transcritos dispositivos da Lei federal nº 4.320/64, "... pois o que eles exigem é a comprovação do direito do credor ao recebimento, 'tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito'. Ora, se o edital propicia esse pagamento e o contrato estabelece o adiantamento, aí estão os documentos legitimadorores da despesa a ser efetuada". Não bastasse isso, diga-se que o Tribunal de Contas da União já admitiu o pagamento de parcelas na assinatura do contrato, conforme conclusão a que chegou nos Pareceres TC-41.007/74, TC-40.399/80 e TC-8.839/86. No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo admitiu pagamento antecipado, consoante os Pareceres TC-3.186/77-6 e TC-135.791/026-89, em que as contratadas eram concessionárias de serviço público. De igual modo se deu no Processo nº 10.320/79, do Conselho de Contas dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

7. Entendemos que a liquidação das despesas deve observar, simultaneamente, o estabelecido nos três incisos do § 2º, do art. 63, da mencionada Lei

federal nº 4.320/64. Há, para essa liquidação, de preexistir um termo de contrato, ou qualquer outro instrumento hábil (carta-contrato, ordem de execução, ordem de serviço, autorização de compra), uma nota de empenho e os comprovantes da efetiva entrega da obra, dos bens ou dos serviços, conforme estabelecido no edital e seus anexos, na proposta e no contrato ou em outro documento que o substitua, mas não entendemos que esse procedimento leve, genérica e inexoravelmente, à proibição ao pagamento adiantado de uma parte do preço, por exemplo, na assinatura do contrato. Nada, expressamente, existe nessa Lei que proíba tal pagamento. Nem mesmo implícita se encontra essa vedação. Nesse sentido são as inteligências de Hely Lopes Meirelles (op. cit.) e J. Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis (A Lei 4.320 Comentada - 19ª ed., Rio de Janeiro, IBAM, 1986, p. 125).

8. O rigoroso entendimento de que o pagamento de qualquer parcela do preço ajustado só é possível desde que o objeto do contrato esteja concluído, entregue e recebido em caráter definitivo ou que, pelo menos, parte da obra, do serviço ou do fornecimento tenha sido efetivamente entregue, restringe o universo de interessados, frustrando, assim, a competitividade, princípio da essência da licitação. Com efeito, a exigência afasta os pequenos empresários, sem condições de suportar o financiamento desejado pela Administração Pública, e ensancha unicamente a participação de proponentes em condições de executar e entregar o objeto contratado para só então pleitear o correspondente pagamento. Desse modo, somente com a possibilidade do pagamento antecipado evita-se tal inconveniente e se dá inteira atenção à regra que veda aos agentes públicos a admissão, previsão, inclusão ou tolerância de cláusulas ou condições nos editais de licitação que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, conforme estabelece o Decreto-Lei nº 2.300/86 (art. 3º, § 1º, I) e outros diplomas que tratem das licitações e dos contratos administrativos.

9. O pagamento antecipado, consoante aqui defendido, será legal se estiver previsto no edital da licitação e no contrato, ou somente neste, quando celebrado sem a prévia licitação, como condição de satisfação do preço, conforme estabelecido, entre outros diplomas legais, pelo Decreto-Lei federal nº 2.300/86 (artigos 32, IV, e 45, III). Consequentemente, na liquidação dessa despesa levar-se-ão em conta o contrato, a nota de empenho e se foram atendidas outras condições legais e contratuais, se existentes, sem se preocupar, dado que não é o caso, com a falta de comprovação da entrega efetiva da obra, do bem ou do serviço ou de parte desses objetos do contrato. Em seu lugar serão comprovados outros elementos (consignação no edital e no contrato dessa condição de pagamento, publicação do contrato) que devidamente assegurem os interesses da Administração Pública contratante.

Certamente não se está defendendo que outras cautelas não devam ser tomadas pela Administração Pública, a exemplo da previsão de uma garantia suficientemente capaz de cobrir eventual descumprimento do ajuste e da fixação de multas. Aliás, essas medidas acautelatórias são preconizadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e disso é exemplo a sua última decisão a esse

respeito, onde concordou com a antecipação do pagamento que certo Município pretende fazer a determinada concessionária de serviço público. Nesse parecer, essa alta Corte de Contas prescreveu "... o ajuste a ser celebrado deverá conter cláusula que assegure os direitos da consulente" (Processo TC-135.791/026-89).

10. *Em rápida síntese, pode-se concluir que:*

10.1. a Administração Pública e suas entidades da Administração indireta podem prever, nos editais de licitação e nos contratos celebrados, as condições de pagamento do preço ajustado, e uma dessas condições pode ser a satisfação antecipada de uma parcela desse valor, no momento, por exemplo, da assinatura do contrato, salvo em relação aos ajustes submetidos ao regime do Decreto-Lei federal nº 2.300/86 e de outros que dispõem do mesmo modo, dado que sua eficácia se dá com a publicação;

10.2. não há, na antecipação desse pagamento, qualquer violação da Lei federal nº 4.320/64;

10.3. na liquidação da despesa decorrente desse pagamento levar-se-ão em conta os termos do contrato e da nota de empenho, onde estão configurados os direitos do contratado a esse recebimento (art. 63, da Lei federal nº 4.320/64), não se exigindo, por não ser o caso, documentação comprobatória da entrega da obra, do serviço ou do fornecimento ou de parte de qualquer desses objetos;

10.4. somente será exigida a comprovação da entrega, no todo ou em parte, do objeto do contrato quando essa condição estiver indicada no edital e no contrato, ou somente neste, se celebrado sem licitação, dado que dispensada ou inexigível, ou quando for da índole do ajuste (contrato de fornecimento), ou, ainda, quando nada estiver estabelecido;

10.5. *Mutatis mutandis,* aplica-se esse mesmo entendimento para os contratos celebrados pela Administração Pública contratante segundo o regime ditado pelo direito privado.