

Processo: 1092369
Natureza: CONSULTA
Consulente: Gabriel Costa Navais
Procedência: Município de Conselheiro Lafaiete
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

TRIBUNAL PLENO – 21/10/2020

CONSULTA. LEI Nº 14.065/20. PANDEMIA. COVID-19. CONTRATOS CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PAGAMENTO ANTECIPADO. EDITAL. PREVISÃO. NECESSIDADE. ADITAMENTO CONTRATUAL. LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 14.065/20 e do art. 65, II, “c”, da Lei nº 8.666/93, não é possível alterar contrato firmado com a Administração Pública para inserir dispositivo prevendo o pagamento antecipado, se a contratação não tiver sido precedida de edital ou de instrumento formal de adjudicação direta que tenha previsto tal condição.

2. Em decorrência da competência privativa fixada pelo art. 22, XXVII, da Constituição da República - CR/88, não é permitido ao ente subnacional, por meio de lei local, criar critérios normativos incompatíveis com aqueles fixados pela União, quanto ao pagamento antecipado nos contratos celebrados com a Administração Pública.

3. Durante o estado de calamidade reconhecido pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 06/20, a Administração Pública somente poderá promover o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos caso demonstre, motivadamente, estarem presentes os pressupostos e critérios fixados na Lei nº 14.065/20, devendo ser adotadas as cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual.

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) admitir a Consulta, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no § 1º do art. 210-B do no RITCEMG;
- II) fixar prejulgamento de tese, com caráter normativo, nas seguintes disposições:

1) nos termos do art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 14.065/20, e do art. 65, II, “c”, da Lei nº 8.666/93, não é possível alterar contrato firmado com a Administração Pública para inserir dispositivo prevendo o pagamento antecipado, se a contratação não tiver sido precedida de edital ou de instrumento formal de adjudicação direta que tenha previsto tal condição;

2) em decorrência da competência privativa fixada pelo art. 22, XXVII, da CR/88, não é permitido ao ente subnacional, por meio de lei local, criar critérios normativos incompatíveis com aqueles fixados pela União, quanto ao pagamento antecipado nos contratos celebrados com a Administração Pública;

3) durante o estado de calamidade reconhecido pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 06/20, a Administração Pública somente poderá promover o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos caso demonstre, motivadamente, estarem presentes os pressupostos e critérios fixados na Lei nº 14.065/20, devendo ser adotadas as cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Wanderley Ávila e o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 21 de outubro de 2020.

MAURI TORRES
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 30/9/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Senhor Gabriel Costa Navais, controlador interno do Município de Conselheiro Lafaiete, por meio da qual formula os seguintes questionamentos:

É possível antecipação de parcelas de contrato de prestação continuada, realizado com o Poder Público, sem previsão no instrumento ou edital de licitação, durante o período de calamidade pública? É suficiente aditivo contratual?

Não havendo previsão contratual para a antecipação de parcelas, faz-se necessária autorização legislativa, em decorrência da pandemia?

Em 09/07/20, a consulta foi distribuída à minha relatoria.

Em 10/07/20, determinei que os autos fossem encaminhados à Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência e, posteriormente, à Superintendência de Controle Externo, a fim de que se manifestassem sobre a matéria.

Em 29/07/20, a Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência emitiu o seu relatório técnico, nos termos do art. 120-B, § 2º, do Regimento Interno, mediante o qual constatou que esta Corte não enfrentou, direta e objetivamente, os questionamentos nos termos formulados.

Por sua vez, a Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais, em estudo datado de 10/08/20, apresentou a seguinte conclusão:

1. a presente Consulta envolve a antecipação do pagamento de parcelas decorrentes de contratos administrativos de natureza continuada que já estejam em execução, hipótese que não é expressamente prevista pela Medida Provisória n. 961/2020 ou pela jurisprudência atual do TCEMG;
2. em que pese a ausência de norma específica que autorize a antecipação do pagamento em contratos de prestação continuada, já em execução, entende-se possível que, a partir de análise de cada caso concreto, a motivação minuciosa do gestor justifique a adoção do adiantamento das parcelas com fulcro na *ratio legis* das disposições da Medida Provisória n. 961/2020 e disposições dos artigos 20 e 22 da LINDB;
3. a previsão editalícia, no contexto de contratos de trato sucessivo já em execução, não parece constituir requisito indispensável, pois, considerando que se trata de situação atípica e imprevisível, configurando álea extraordinária, não seria razoável se esperar diligência extrema do administrador público em cumprimento a tal requisito. Nos termos da Medida Provisória, a previsão no edital advém de situações de novas contratações, não de contratos existentes, como é o caso enfrentado nesta Consulta;
4. em todos os casos, tanto da prestação ou fornecimento em operação, como na hipótese da suspensão das atividades, a opção pela antecipação das parcelas deve se revestir dos elementos imprescindíveis, definidos de forma mais consolidada em situações ordinárias, e dos requisitos dispostos na MP n. 961/2020: I) a antecipação de pagamento só deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pela Administração de forma exaustiva, fundamentando-se a necessidade, excepcionalidade, oportunidade e conveniência da medida; II) deve-se firmar aditivo contratual estabelecendo a autorização para a adoção do adiantamento de parcelas de forma expressa, bem como a devolução

integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto; III) deve haver previsão tempestiva de todas as cautelas imprescindíveis ao resguardo do erário, a exemplo do oferecimento de garantias (alcançáveis e executáveis no país da contratada), compensações financeiras e penalizações por potenciais prejuízos em detrimento do Poder Público contratante, além de eventuais descontos; IV) deve-se respeitar a vedação do pagamento antecipado pela Administração na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

5. quanto ao questionamento, acerca da necessidade de se editar lei para permitir a antecipação, o entendimento é no sentido de que não seria cabível à competência estadual ou municipal editar lei versando sobre o assunto. Isso porque a antecipação do pagamento no contexto da pandemia não parece ser matéria específica, apta a ser legislada pelos estados e municípios, mas muito se aproxima da natureza de norma geral cuja competência para edição recai privativamente sobre a União, nos termos do art. 22, XXVII da CR/88.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Observadas as disposições regimentais vigentes para a espécie, notadamente o § 1º do art. 210-B do Regimento Interno, conheço da consulta.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Admito.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também admito a Consulta.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também acompanho o relator.

ADMITIDA A CONSULTA.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Mérito

Por meio da presente consulta, questiona-se a possibilidade de a Administração Pública realizar o pagamento antecipado de despesas decorrentes de contrato de serviços de natureza contínua,

inclusive quando não houver previsão contratual nesse sentido, durante o período em que durar o estado de calamidade provocado pela pandemia da Covid-19.

De início, quanto ao tema, ressalta-se que a regra geral a ser seguida pelo Poder Público está contida no *caput* do art. 62 da Lei nº 4.320/64, que preceitua que “o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”. Desse modo, uma vez que a liquidação de despesa realiza-se por intermédio da verificação da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço (art. 63, §2º, III, da Lei nº 4.320/64), a regra é que o pagamento seja realizado após o recebimento do objeto do contrato.

Contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência das cortes de contas possuem entendimento consolidado de que é possível que a Administração antecipe o pagamento em algumas situações. Este Tribunal, ao responder à Consulta nº 788.114, em 01/07/09, firmou tese no sentido de que:

[...] a antecipação de parcela do pagamento é possível, desde que redunde em desconto no valor a ser despendido pela Administração, esteja prevista no instrumento convocatório, e no termo de contrato e seja acompanhada de prestação de garantia pelo contratado.

O Tribunal de Contas da União possui compreensão nesse mesmo sentido, já manifestado em diversos julgados daquela Corte que remontam ao ano de 2003 (Acórdão nº 1442/03). Confira-se trecho do Acórdão nº 2.856/19, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

De fato, o Tribunal reconhece a possibilidade de a Administração, de forma excepcional, realizar a antecipação de pagamento, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (i) previsão no ato convocatório; (ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e (iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação [Acórdão nº 1.341/2010-TCU-Plenário, relator Marcos Bemquerer]

Portanto, a possibilidade de a Administração antecipar o pagamento aos seus fornecedores, quando cumpridos os requisitos acima expostos, já é há muito tempo reconhecida. Todavia, tal entendimento derivou de construção doutrinária e jurisprudencial, não decorrendo, diretamente, de regramento positivado em lei até então.

Recentemente, com o cenário provocado pela pandemia da Covid-19, o poder público foi apresentado a novas e urgentes demandas, como a necessidade aquisição de bens escassos no mercado, tais quais respiradores e equipamentos de proteção individual, bem como a realização de obras urgentes para a construção ou ampliação de unidades de saúde, ou mesmo a contratação de serviços extremamente especializados, como o desenvolvimento e produção de vacinas. Mesmo os bens, serviços e obras não diretamente ligados ao enfrentamento da pandemia sofreram impacto em função da nova dinâmica do mercado, que passou a se comportar de forma absolutamente imprevisível, apresentando aumentos expressivos nos custos, escassez de matéria-prima, de mão-de-obra etc.

Considerando a grave e premente necessidade dos entes federativos e buscando garantir segurança jurídica à Administração Pública para praticar os atos necessários ao enfrentamento da pandemia, foi editada a Medida Provisória nº 961/20, recentemente convertida na Lei nº 14.065/20. Dentre as inovações trazidas pela referida lei, está a permissão expressa de realização de pagamento antecipado, nos seguintes termos:

Art. 1º A administração pública dos entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos fica autorizada a:

[...]

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

a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou

b) propicie significativa economia de recursos; e

[...]

§ 1º Na hipótese de que trata o inciso II do caput deste artigo, a Administração deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º deste artigo, a Administração deverá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; ou

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

§ 3º É vedado o pagamento antecipado pela Administração na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Art. 2º O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

As referidas normas positivaram o entendimento já consolidado nos tribunais sobre a possibilidade da antecipação de pagamento e delimitaram os pressupostos e as condições para sua realização, bem como estabeleceram as cautelas necessárias à mitigação do risco assumido nessa operação pela Administração Pública.

De acordo com o art. 1º, II, “a” e “b”, da Lei nº 14.065/20, a Administração poderá promover o pagamento antecipado desde que: represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou propicie significativa economia de recursos. Nesse ponto, a lei inovou em relação à doutrina e jurisprudência, uma vez que, ao empregar a conjunção alternativa “ou”, permitiu que o pagamento antecipado seja feito ainda que a medida não seja economicamente mais interessante, desde que seja a única forma de o Poder Público obter o objeto do contrato.

Por sua vez, o § 2º da Lei nº 14.065/20, na esteira do que a jurisprudência já afirmava, exige que a Administração, para se valer do pagamento antecipado, deverá estipular cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual. Nesse sentido, a norma enumera, em seus incisos I a V, algumas medidas que podem ser tomadas pelo poder público. Uma vez que não se trata de rol exaustivo, a Administração poderá lançar mão de outros mecanismos aptos a proporcionar a mitigação do risco decorrente da utilização do pagamento antecipado, devendo sempre ser consideradas as peculiaridades e características da contratação, de modo a garantir que as exigências não sejam nem insuficientes, nem excessivas.

Partindo do pressuposto de que é possível a realização do pagamento antecipado, o consulente indaga se, durante a pandemia da Covid-19, por meio de aditamento contratual, poderá antecipar o pagamento de despesas decorrentes de contratos precedidos de editais cujas cláusulas não previram tal possibilidade.

Quanto a tal ponto, há que se destacar que a Lei nº 14.065/20 instituiu requisito já exigido pela jurisprudência, estatuinto em seu art. 1º, § 1º, I, que o pagamento antecipado deva ter previsão em edital (quando a contratação foi precedida de procedimento licitatório) ou em instrumento formal de adjudicação direta (em caso de dispensa ou de inexigibilidade de licitação).

Em outras palavras, a novel normatização não alterou a imposição à Administração Pública de que, diante da necessidade de efetuar contratação cujo pagamento antecipado se revelar necessário ou economicamente benéfico, deverá tal previsão constar no instrumento convocatório do certame.

A medida compatibiliza-se com o princípio da competitividade, pois tal providência propicia maior atratividade à licitação, uma vez que as condições de pagamento favoráveis conquistam mais concorrentes, potencializando as chances de se obter preços mais baixos.

No contexto da pandemia, a previsão expressa da possibilidade de pagamento antecipado no edital também tem por escopo o sucesso da contratação. Em tempos de crise, a escassez e a instabilidade do mercado podem colocar em risco a consecução dos anseios sociais, na medida em que pode não ser atrativo ao particular negociar com o poder público. Assim, sendo estabelecida, *a priori*, a medida garante que a finalidade contratual seja atingida.

Nessa linha de princípios, conforme se extrai da exposição de motivos da Medida Provisória nº 961/20¹, a possibilidade de pagamento antecipado foi prevista “*considerando o cenário de calamidade pública, em que o mercado exige pagamento antecipado para a efetiva entrega do bem*”.

Noutra hipótese, tratando-se de ajuste já em andamento, caso a contratada já tenha se comprometido em fornecer o bem, prestar o serviço ou executar a obra sem a previsão do adiantamento, não haveria, em princípio, vantagem à Administração Pública ao ofertar tal benesse durante a execução do contrato.

Ademais, destaca-se o art. 65, II, “c”, da Lei nº 8.666/93, veda expressamente a alteração de contrato para que seja prevista a antecipação do pagamento, sem que haja a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço pela contratada, confira-se:

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**; (grifou-se)

¹ GUEDES. Paulo Roberto Nunes. Exposição de Motivos nº n 00144/2020 ME. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-961-20.pdf. Acesso em 02 out. 2020.

Por conseguinte, além de a Lei nº 14.065/20 exigir que o pagamento antecipado tenha sido previsto em edital ou no instrumento de adjudicação direta, a Lei nº 8.666/93 veda a possibilidade de inserir tal cláusula por meio de aditivo contratual.

Outrossim, há que se destacar que o pagamento antecipado, mesmo durante o período em que durar a pandemia da Covid-19, é exceção à regra contida no *caput* do art. 62 da Lei nº 4.320/64, de modo que sua utilização deve se ater às estreitas hipóteses legais. Desse modo, por ser medida excepcional, a Administração Pública, nos procedimentos de contratação, deverá demonstrar formalmente, por meio de motivação detalhada, que no caso concreto estão presentes todos os requisitos que autorizam a realização do pagamento antecipado, bem como que foram observadas as cautelas legais previstas.

Isto posto, em resposta ao consulente, afirma-se a impossibilidade de realização de aditamento estipulando o pagamento antecipado em contrato que não tenha sido precedido de edital ou de instrumento formal de adjudicação direta que tenha previsto tal condição.

De outro lado, verifica-se que o consulente restringe sua questão aos contratos de execução de serviços contínuos, entretanto, uma vez que a Lei nº 14.065/20 não faz tal diferenciação quanto ao objeto contratual, a hipótese está incluída na regra geral. A única exceção à regra prevista pela Lei nº 14.065/20 está contida em seu art. 1º, §3º, o qual veda o pagamento antecipado pela Administração na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra². Portanto, a circunstância de o serviço ser contínuo não importa para fins de possibilidade de antecipação do pagamento.

Por fim, o consulente indaga acerca da possibilidade de que lei autorize a antecipação de pagamentos em contratos que não contam com essa previsão, em razão da pandemia da Covid-19.

Tendo em vista que o art. 22, XXVII, da CR/88 fixa a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, e que essa competência foi exercida, quanto à matéria ora em análise, por meio da edição da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 14.065/20, não é permitido ao ente subnacional, por meio de lei local, criar critérios normativos incompatíveis com aqueles fixados pela União, quanto ao pagamento antecipado nos contratos com a Administração pública.

Desse modo, durante o estado de calamidade reconhecido pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 06/20, a Administração Pública somente poderá promover o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos caso demonstre, motivadamente, estarem presentes os pressupostos e critérios fixados na Lei nº 14.065/20, devendo ser adotadas as cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, respondo ao consulente, da seguinte forma:

- 1) nos termos do art. 1º, §1º, I, da Lei nº 14.065/20, e do art. 65, II, “c”, da Lei nº 8.666/93, não é possível alterar contrato firmado com a Administração Pública para inserir dispositivo prevendo o pagamento antecipado, se a contratação não tiver sido

²“Serviços nos quais há cessão de mão-de-obra pela contratada, ou seja, se faz necessário que ela mantenha, em período integral e de forma exclusiva, funcionários à disposição da Administração, para que executem tarefas de seu interesse”. Definição extraída do Manual Complementar para Contratações de Serviços da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://dpc.proad.ufsc.br/novas-contratacoes-de-servicos-terceirizados/material-complementar-para-contratacoes-de-servicos/>. Acesso em 02 out. 2020.

precedida de edital ou de instrumento formal de adjudicação direta que tenha previsto tal condição;

2) em decorrência da competência privativa fixada pelo art. 22, XXVII, da CR/88, não é permitido ao ente subnacional, por meio de lei local, criar critérios normativos incompatíveis com aqueles fixados pela União, quanto ao pagamento antecipado nos contratos celebrados com a Administração Pública;

3) durante o estado de calamidade reconhecido pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 06/20, a Administração Pública somente poderá promover o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos caso demonstre, motivadamente, estarem presentes os pressupostos e critérios fixados na Lei nº 14.065/20, devendo ser adotadas as cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Da mesma forma. Acompanho o relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com o relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também acompanho o relator.

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

* * * * *