



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

**ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO CONFORME ART. 5º DA LEI Nº
8.666/1993**

Coordenadores: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Ronny Charles Lopes de
Torres

Salvador/BA

2018



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito.

Salvador/BA

2018



JAIVAN DANTAS DE MORAIS

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito.

Habilitação: Direito

Data de Aprovação: ____/____/____

Nota: ____

Salvador/BA

2018



AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida e força que me concedeu para persistir estudando e adquirindo mais e mais conhecimento, pela força que me deu para cumprir o plano traçado para conclusão deste trabalho, embora sentindo dores e mais dores.

Agradeço à minha família sempre.

Agradeço à Faculdade Baiana de Direito por oportunizar a realização deste tão importante curso, haja vista tratar-se de inovação educacional maravilhosa o oferecimento desta especialização, notadamente para quem lida diariamente com o complexo tema Licitações e Contratos Administrativos, principalmente no âmbito municipal.

Por fim, agradeço à turma pela colegialidade e amizade adquiridas durante este período importante para todos nós.



RESUMO

A ordem cronológica de pagamentos de faturas consiste em instituto previsto na Lei nº 8.666/1993 como instrumento de preservação dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, de sorte que objetiva conferir a todo contratado a mesma oportunidade de receber pelo serviço prestado, obra executada ou fornecimento realizado, sem que haja qualquer privilégio a quem quer que seja. O mencionado diploma normativo estabeleceu a obrigatoriedade de pagamento pela Administração Pública das faturas conforme a ordem de exigibilidade, nos termos e na forma de seu art. 5º. Além disso, a fim de compelir o cumprimento deste dever, incriminou, em seu art. 92, a conduta consistente em pagar fatura fora da ordem cronológica, punindo, dessa forma, o gestor público que realize tal ato em dissonância ao mandamento legal.

Palavras-Chaves: ordem cronológica, exigibilidade, moralidade, impessoalidade.

SUMÁRIO		
01	INTRODUÇÃO	07
02	CAPÍTULO I	09
	Princípios Constitucionais da Administração Pública	09
	Princípio da Legalidade	10
	Princípio da Impessoalidade	13
	Princípio da Moralidade	14
	Princípio da Publicidade	16
	Princípio da Eficiência	19
03	CAPÍTULO II	21
	A ORDEM CRONOLÓGICA	21
	Conceito de Ordem Cronológica e Obrigatoriedade Legal	25
	Proteção Legal ao Equilíbrio Econômico do Contrato	30
	Princípio da Moralidade	32
	Natureza Jurídica do Art. 5º	35
	Conteúdo Normativo	36
	Discrecionariedade e Ato Vinculado	57
	A Fatura	60
	Restos a Pagar e Ordem Cronológica de Exigibilidade	62
04	CAPÍTULO III	64
	A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO: TIPIFICAÇÃO PENAL PREVISTA NA LEI Nº 8.666/93	64
05	CONCLUSÃO	67
06	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70



ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO CONFORME ART. 5º DA LEI Nº 8.666/1993

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo a ordem cronológica de pagamento das faturas e sua obrigatoriedade, nos termos e na forma do art. 5º da Lei Nacional nº 8.666/1993. Busca-se analisar o teor da norma à luz dos princípios constitucionais e legalmente estabelecidos, bem como a necessidade de implementação compulsória deste instrumento de moralidade e impessoalidade da Administração Pública. Estuda-se a regra, e também as exceções, haja vista expressamente este fato encontrar supedâneo no Estatuto das Licitações.

Além disso, o estudo adentra ao comando legal previsto no art. 92 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos cujo teor criminaliza a conduta de não se obedecer à ordem cronológica de pagamento consoante a exigibilidade.

Ademais, analisa-se, à luz do que vem decidindo o Tribunal de Contas da União sobre a premente necessidade dos órgãos públicos estabelecerem normas *interna corporis* para disciplinar o processo de pagamento dos títulos dos quais é devedor, assim como foi feito no Estado de Rondônia, no Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco e no âmbito da União, através do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

A monografia contém três capítulos: no primeiro capítulo, são estudados os princípios constitucionais da Administração Pública aplicáveis ao critério da ordem cronológica de pagamento; o segundo cuida do estudo pormenorizado do instituto à luz da legislação vigente, da jurisprudência e da doutrina especial; por fim, o terceiro cuida do estudo do crime previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 que tipifica a conduta de pagar fatura sem observância da ordem cronológica de pagamento. Além desses três capítulos, tem-se a conclusão que faz uma abordagem conclusiva e sintética sobre a matéria trabalhada.

A metodologia de trabalho foi pautada em pesquisas literária, jurisprudencial e legal. Não se cuidou aqui de realizar uma pesquisa de campo, a fim



de checar em que dimensão os órgãos públicos estão cumprindo com a obrigatoriedade de se pagar fatura obedecendo-se a ordem cronológica de suas exigibilidades, porém, pelo que consta das decisões estudadas, trata-se de obrigação ainda desprezada pela esmagadora maioria dos entes da federação e de seus órgãos internos, defendendo-se a necessidade de atuação dos órgãos de controle tanto no estabelecimento de normas internas para estabelecimento de critérios impessoais e objetivos, quanto relativamente à fomentação propriamente dita deste tão democrático critério, que é a impessoalidade no momento da realização da despesa pública.



CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito, como um dos ramos das ciências sociais aplicadas, é instruído por diversos institutos que orientam seu estudo e sua aplicação na regulamentação da vida em sociedade. As normas jurídicas, disciplinadas por leis e outros atos normativos, sejam oriundos do Poder Legislativo, sejam emanados de quaisquer outras esferas de governo, são orientadas por princípios, postulados, regras, enfim, institutos que alimentam seu conteúdo, a fim de que sejam melhormente compreendidas e aplicadas aos casos concretos, no intento primordial de resolução de conflitos de interesses.

A seu turno, o Direito, para fins exclusivamente didáticos, é subdividido em diversos ramos, conforme suas bases principiológicas e natureza de sua atuação. É o caso do Direito Administrativo, que tem como foco principal o estudo jurídico da Administração Pública, das normas, portanto, que a regem. Dentro do Direito Administrativo, há sub-ramos, como é o caso da Licitação Pública, que também segue os mesmos rudimentos de princípios elencados na Constituição e em Leis próprias.

A Constituição Federal de 1988, instrumento normativo que norteia todas as relações políticas da nação, dedica um capítulo inteiro às normas e princípios aplicáveis à Administração Pública. Para efeito deste trabalho, pelo neste primeiro momento, basta analisarmos o art. 37, caput, cujo conteúdo legislativo aponta quais princípios devem reger todas as relações da Administração Pública, sendo que o art. 3º da Lei Geral de Licitações, para efeito de aplicação a este instituto, também elenca princípios especiais, entretanto, todos pautados e orientados por aqueles disciplinados pela Lei Maior.

Nada obstante, embora o artigo 37, caput, da Constituição, não o elenque expressamente, as relações jurídico-estatais da administração pública devem ser pautadas sobretudo no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular consiste no princípio base do próprio Estado, significando afirmar que a

finalidade essencial do estado é justamente promover o bem comum, de sorte que o interesse particular do indivíduo não se sobreponha ao interesse coletivo devidamente reconhecido.

O art. 37, caput, da Lei Maior, anuncia que a Administração Pública deve obrigatoriamente pautar suas ações nos seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Na mesma esteira de raciocínio, o art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, positiva que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Estes princípios devem ser explorados no cotidiano da Administração, não somente em relação à licitação, mas em todos os sentidos, inclusive na esfera da administração financeira da gestão pública, como é o caso da ordem cronológica de pagamento, conforme a exigibilidade dos títulos, cujo assunto alhures melhor será explorado.

A Licitação Pública, na realidade, é um procedimento do qual diversos atos administrativo emanam. Ela, de per si, forma um procedimento completo. Porém, depois dela vem o contrato administrativo, após o qual realiza-se a despesa pública para aquisição dos bens e produtos necessários à satisfação das necessidades públicas. Neste contexto, também, há incidência dos princípios elencados no art. 37, da Constituição de 1988, haja vista a violação à ordem cronológica de pagamento ofende também os princípios orientadores da gestão pública.

1.1. Princípio da Legalidade

A Lei é a principal fonte do direito no âmbito da Administração Pública. A ela todos os atos administrativos devem se submeter, por ela serem aplica-

dos e através dela fiscalizados. A Administração Pública não trabalha à margem da Lei. Seus atos devem estar pautados em algum segmento legal, seja princípio, seja regra, enfim, suas atividades devem de algum modo seguir o trâmite e as limitações desenhadas na Lei formal. BANDEIRA DE MELLO, com erudição, esclarece categoricamente este princípio, afirmando que:

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada para fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à Lei.

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um princípio político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalistas dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que represen-

tantes da sociedade. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária. Por isto se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito inglês, que no Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*.

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa o cuspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. (2015:p.102)

Portanto, o princípio da legalidade é considerado norte das relações institucionais da administração pública quanto à prática de atos que emanem do Estado, devendo o mais simples comportamento até o mais complexo, efetuado pelo mais simples servidor até o cargo máximo estatal obedecê-lo integralmente, sob pena de responsabilidade pessoal na hipótese de sua violação.

Confunde-se tal princípio com a ideia própria de Estado Democrático de Direito, de sorte que um Estado de Direito inexistente sem que a legalidade a ele seja adstrita. Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA,

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, proclamado no art. 1º da Constituição de 1988. É, de fato, da essência do conceito de Estado Democrático de Direito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da *lei* que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas especialmente quanto à sua

função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, a lei elevar-se-á de importância, na medida em que se caracteriza como desdobramento necessário ao conteúdo da Constituição.

[...]

A lei é, assim, reconhecida como instrumento institucional de maior relevância no controle social, já que também é um instrumento de dominação política, o que postula atuação e controle democráticos na sua elaboração e aplicação, para coibir abuso e autoritarismo. (SILVA, 2007, pg. 31-32)

1.2. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade é refletido pelo próprio princípio da isonomia. O art. 5º, caput, da Constituição Federal, normatiza que “todos são iguais perante a lei...”. Ora, a igualdade não pode ser tratada de forma diferente em situações que exijam igualitário tratamento. Não poderia subsistir no ordenamento jurídico uma ordem para que os cidadãos igualmente fossem tratados nas relações privadas, e desigualmente nas relações públicas de mesma envergadura. Ou seja, em quaisquer situações, a natureza central do princípio da igualdade é tratar igualmente os iguais, desigualmente os desiguais na razão de suas desigualdades.

O princípio constitucional da impessoalidade tem a mesma finalidade. Busca-se, com ele, tratar a pessoa humana como humana no trato da coisa pública, sem favoritismo, por um lado, e, por outro, sem humilhação ou perseguição. A todo cidadão precisa ser dado tratamento impessoal, tratando-o, independentemente de quem quer que seja, dentro do mesmo padrão aplicável a qualquer um. BANDEIRA DE MELLO endossa que:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo 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 explicitamente 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. (2015, pg. 117)

Nos processos de pagamento, tramitados perante o Poder Público, faz-se necessária, com maior concretude, a estrita obediência à impessoalidade. Isto porque é justamente o ato de pagamento de credores o momento em que efetivamente o recurso público sai do caixa público para remunerar o particular pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços. Logo, exige-se absoluta isonomia nesta ocasião justamente para prestigiar não apenas a impessoalidade, mas a própria moralidade administrativa, à qual também todos os agentes públicos estão subordinados e estritamente vinculados.

1.3. Princípio da moralidade

É dever de todo cidadão ser honesto nas suas relações públicas e privadas. Do mesmo modo, e com muito mais razão, o cidadão precisa ser honesto

to com a coletividade, mormente na qualidade de agente público, quando designado a realizar trabalho no qual é o interesse público que deve ser integralmente resguardado. A moralidade remonta à ideia de probidade, honestidade e honradez, resplandecendo as relações pautadas nela o brio necessário à dignidade de uma conduta proba dentro do contexto da cidadania. Leciona MOREIRA que:

Sob o aspecto subjetivo, o princípio da moralidade pública atinge não só a Administração (direta e indireta), mas também as pessoas privadas, quando em relação com os entes públicos. Ainda que se possa sustentar validade a atos avessos à Moral praticados entre particulares, a Administração jamais poderia prestigiar condutas de particulares contrárias a preceito constitucional. As pessoas privadas não se encontram imunes à moralidade em seu relacionamento com a Administração – mesmo porque na hipótese de um agente público prestigiar ato imoral/amoral de um particular estará, ao seu tempo, praticando um ato violador de preceito constitucional.

A Constituição não celebra a “moralidade passiva” ao consignar tal princípio em seu texto, como se fosse válido seccionar a mesma conduta em imoral mas válida (para a pessoa privada) e imoral e válida (para a Administração).

O entendimento é reforçado nas hipóteses em que o particular exerce a função pública através de delegação, concessões, autorizações e permissões. O princípio da moralidade incide plenamente, subordinando a conduta de tais pessoas quando do exercício de atributos públicos. Nesse sentido, o STJ já fixou o entendimento de que “os empregados ou dirigentes de concessionária de serviço público também estão sob as ordenanças do ‘princípio da moralidade’, escudo protetor dos interesses coletivos contra a lesividade”.

A incidência do princípio diz respeito à atividade desenvolvida dentro e fora da Administração. Em suas relações interna corporis e naquelas externas, que envolvem ativa e passivamente as pessoas privadas, o princípio da moralidade é um dos fundamentos de validade da conduta administrativa. Por exemplo: não será válida licitação quando exista “acordo” entre os concorrentes que estipule “prévia divisão” do objeto do certame (ainda que o resultado econômico seja positivo). Como, aliás, são as previsões da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), cujo



art. 5º tipifica condutas moralmente reprováveis e atribui às pessoas jurídicas a responsabilidade por elas.

Com base nesta compreensão ampla de princípio, o STJ já firmou que “o cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado”. isto é: a pessoa privada tem o direito de exigir da Administração o cumprimento do princípio, e o Judiciário a competência para controlar atos administrativos que porventura o desrespeitem. (2017, pg.135)

O art. 37, caput, bem como grande parte da legislação administrativa prestigiam em suas disposições normativas o dever do administrador observar à prática de qualquer ato administrativo a moralidade administrativa. A violação deste princípio constitui ato punível de improbidade administrativa, haja vista a sociedade não tolerar o trabalho de servidor que atente contra a honestidade pública exigida no exercício do múnus público de administrar.

1.4. Princípio da publicidade

A publicidade é princípio expressamente previsto no Texto Maior. Cuida-se de princípio intimamente relacionado à transparência da gestão pública, se com ele efetivamente não se confunde.

A publicidade consiste no ato compulsório, por parte do Poder Público, de externar todos os atos administrativos e todas as movimentações cujo conteúdo seja afeto ao interesse público. O caput do art. 37 da Constituição Federal elenca este princípio como norteador das relações da Administração Pública, porém, não deve ser utilizado para promoção pessoal do agente público, sob pena de se desvirtuar a finalidade para a qual existe. É o que disciplina a Constituição à luz do art. 37, § 1º, cuja norma enuncia que:



A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagem que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A publicidade dos atos da administração pública está diretamente atrelada aos direitos fundamentais do cidadão, a exemplo do direito de petição e de acesso à informação ampla, com exceção das hipóteses estritamente na constituição previstas. A Constituição Federal registra em seu art. 5º, inciso, XXXIII, que:

todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Além disso, o inciso XXXIV, do mesmo dispositivo constitucional anuncia que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

A Lei nº 12.527/2011 regulamenta o direito de acesso à informação, ou seja, o direito que o cidadão tem de conhecer sem restrições o que faz ou deixa de fazer o Poder Público através de seus agentes. Esta tem ainda encontra na prática muita dificuldade em sua execução, cujos obstáculos precisam ser enfrentados e transpassados pela sociedade, a fim de que a Administração Pública possa funcionar à vista de todos aqueles que se interessem em saber o que dentro dela ocorre diariamente em tempo real. Além desta lei, outras já



buscaram efetivar o princípio da transparência na gestão pública, como é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal, alterada pela Lei Complementar nº 131/2009, que obriga os entes da Administração Pública publicar em tempo real a execução orçamentária.

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Lei Magna, regulamentado por uma importantíssima lei, a de n. 12.527, de 18.11.2011, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à *informação* sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) e XXXIV, “b”, este último para o caso específico de certidão (a ser expedida no prazo máximo de 15 dias, conforme a Lei 9.051, de 18.5.1995) para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Além disso, o mesmo art. 5º, no inciso LXXII, confere a garantia do *habeas data* para assegurar judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de âmbito público, bem como para a retificação de dados que neles estejam armazenados.

Na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 5, XXXIII, precitado, quando “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”.

De acordo com a precitada Lei 12.527, o direito à informação incide sobre quaisquer entidades governamentais, bem como entidades privadas que recebam recursos públicos, ressalvadas as estatais exploradoras de atividade econômica, na forma do art. 173 da Constituição Federal, no que estiverem elas vinculadas às exigências de sigilo comercial necessário ao exercício da competição empresarial.

Tem direito ao sobredito acesso, ademais gratuito – e a ser satisfeito no prazo máximo de vinte dias prorrogáveis, motivadamente, por mais dez – quaisquer cidadãos ou pessoas jurídi-

cas. Compreende-se no conceito de informação, de acordo com o art. 4º da lei em causa, entre outros, “dados, processados ou não que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”. Independentemente de solicitação de quem quer que seja, ficam obrigados a divulgar e disponibilizar as informações de interesse coletivo ou geral os órgãos e entidades que as detenham, com ressalva apenas do direito à intimidade e dos elementos que possam comprometer a segurança nacional.

Como conclui Weida Zancaner em magnífico artigo sobre o tema, da íntegra da lei deflui o claro objetivo de *tornar transparente toda a atividade estatal*, inclusive seus planos de governo e a forma de implementá-los, fazendo-o através de fácil acesso deles a toda a Sociedade. pretende-se, dessarte, romper com a cultura de sigilo comum no Poder Público, sobretudo nos chamados “anos de chumbo”, isto é, os da ditadura militar, substituindo-a pela cultura da transparência. Daí, a mais extrema importância desta lei, que pode vir a ser um marco de uma nova era administrativa no País. (MELLO, 2015, pg. 117)

Portanto, o princípio da publicidade está intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, haja vista a existência deste subsistir em função da sociedade, para servi-la em suas necessidades primordiais, não havendo que se estabelecer sigilos funcionais nesta ação de prestação social dos serviços públicos.

1.5. Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência foi inserido no art. 37 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98. Visou a referida emenda inserir o modelo gerencial de administração da res publica, voltada ao controle de resultados das atividades administrativas nas diversas faces de atuação.

Economicidade, qualidade e rapidez na prestação dos serviços públicos, produtividade, dentre outros, são valores inerentes à fomentação do princípio da eficiência.

É impossível deixar de relacionar o princípio da eficiência com uma **lógica da iniciativa privada** de como administrar. Porém, o Estado não é uma empresa; nem sua missão, buscar o lucro. Por isso, o **princípio da eficiência** não pode ser analisado senão em conjunto com os demais princípios do Direito Administrativo. A eficiência não pode ser usada como pretexto para a Administração Pública descumprir a lei. Assim, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência consiste em obrigar a Administração a **buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei**. (MAZZA, 2017, pg. 139)

Portanto, o princípio constitucional da eficiência consiste no modo em que o exercício da função administrativa se realiza. Não pode ser confundida nem com eficácia nem com efetividade, se não vejamos:

Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, eficiência, eficácia e efetividade são conceitos que não se confundem. A **eficiência** seria o **modo** pelo qual se exerce a função administrativa. A **eficácia** diz respeito aos **meios e instrumentos** empregados pelo agente. E a efetividade é voltada para os **resultados** de sua atuação. (MAZZA, 2017, pg. 139)

No contexto administrativo hodierno, é inconcebível uma administração pública ineficiência, embora lamentavelmente ainda a sociedade não experimentou, em diversos segmentos, uma administração plenamente eficiente. Porém, mister se faz ressaltar que a Constituição é instrumento normativo também orientado por programas e projeções pro futuro, razão pela qual espera-se que os gestores, doravante, tomem ciência da grande responsabilidade que os rodeia, fazendo com que suas atividades institucionais possam eficientemente refletir no contexto social em sua plenitude.

CAPÍTULO II

A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO

O núcleo temático deste trabalho é exatamente o estudo dos contornos normativos da *ordem cronológica de pagamento*, prevista no art. 5º da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Tem como objetivo central analisar sua função normativa, seu sentido e alcance, bem como sua vulnerabilidade no quesito aplicação prática deste importante instrumento de proteção dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, notadamente os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, que custam(taram) tão caros ao Estado Democrático de Direito.

A “estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades” é expressão normativa constante do art. 5º da Lei Nacional nº 8.666/93. Consagra-se neste dispositivo o dever funcional da Administração Pública adimplir suas obrigações tendo como critério a ordem temporal de suas exigibilidades, vale dizer, da apresentação do respectivo título obrigacional.

Positiva o art. 5º, *ipsis litteris*:

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.

O conteúdo normativo deste artigo de lei é amplo e afeta diretamente o funcionamento *interna corporis* de todos os órgãos da Administração Pública. Sabe-se que o sistema de pagamento da administração abrange diversos

segmentos e inclui várias etapas, desde a realização da despesa até o efetivo cumprimento da obrigação de dar (pagar) do Poder Público.

A seu turno, o dispositivo em comento positiva que *“Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional...”* ou seja, o Real, moeda brasileira, ressalvada a hipótese de licitações internacionais, na forma do art. 42 da Lei nº 8.666/93. Nada obstante, fica este ponto do dispositivo registrado para efeito meramente didático, haja vista não tratar especificamente da matéria a ser primorosamente examinada neste trabalho.

Quanto ao instituto da ordem cronológica de pagamento, para melhor compreensão, mister examinar alguns conceitos básicos citados no âmago do dispositivo legal escrito no art. 5º da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. É o caso dos seguintes institutos jurídicos: empenho, liquidação, pagamento, fonte de recurso, cronologia de datas e motivação do ato administrativo (neste caso, é necessária a motivação do ato administrativo que determinar a preterição da ordem cronológica de pagamento).

Deve-se compreender, primeiro, o mecanismo administrativo que deflagra e finda um processo de pagamento, haja vista a necessidade de firmar entendimento acerca de qual momento processual esta ordem pode sofrer preterição.

Sabe-se, a priori, que toda despesa realizada pela Administração Pública exige prévio processo administrativo, o qual, para ser válido, deve ser devidamente motivado, ou seja, deve expor com clareza a justificativa da realização da despesa, esclarecendo a necessidade da realização do respectivo dispêndio público. Sendo assim, percebe-se que trata-se de situação que não destoa da teoria do ato administrativo, aplicando-se todas as regras, com muito mais razão, aos processos cuja finalidade consista na utilização real de recursos públicos.

Normalmente, uma despesa pública é originária de um contrato administrativo, cujo fundamento pode ser uma licitação, uma dispensa ou inexigibili-

dade de licitação. De todo modo, às vezes nem mesmo um contrato propriamente dito se concretiza, porém há no âmago do processo algum instrumento formal que o substitua, no qual estará exposto o valor da despesa a ser realizada. Cite-se como exemplo as disposições positivadas nos arts. 60, parágrafo único, e 62, todos da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, outras despesas ordinárias existem, tais como, pagamento de folha de pessoal, encargos sociais, transferências legais e constitucionais, juros e encargos, dentre outros, os quais não estão incluídos na exigência da ordem cronológica de pagamento, prevista no art. 5º da Lei de Licitações, haja vista este dispositivo expressamente prever que a observância da ordem cronológica de pagamento é compulsória nos processos de despesa que versem sobre obrigações cujo objeto consista no fornecimento de bens, locações, realizações de obras e prestação de serviços.

Assim sendo, firmado o compromisso do particular para com a Administração Pública, o contrato ou outro instrumento que legitimamente o substitua deve ser empenhado, pois não pode haver despesa pública sem que previamente haja reserva orçamentária para tanto. Cumprida esta fase, fornecido o produto, locado o bem, realizada a obra e/ou prestado o serviço nasce, para o contratado, o direito à satisfação pecuniária relativa ao bem fornecido, à locação efetuada, ao serviço prestado e à obra realizada, e para o contratante, no caso, o respectivo ente público, o dever de cumprir com a obrigação de pagamento. Liquida-se, portanto, o título, cujo conteúdo da liquidação versa justamente sobre a certificação de que o setor e/ou a autoridade competente recebeu o quanto nele descrito.

Consoante dispõe o art. 58 da Lei nº 4.320/1964 “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”. Traduz-se essencialmente na reserva orçamentária que deve ser resguardada antes da realização de despesa pública, haja vista que, nos termos do art. 60 do supracitado diploma normativo, que “É vedada a realização de despesa sem prévio empenho”. Antes mesmo da licitação ser deflagrada, o órgão competente pela

administração orçamentária deve se manifestar sobre a existência de dotação orçamentária, bem como sobre saldo orçamentário em cada uma das dotações que serão utilizadas na realização da despesa, a fim de que o ente federativo não realize um certame, com todos os seus respectivos custos, sendo que, ao final, não se tenha orçamento para subsidiá-la.

O empenho é ato de formalização da destinação da verba orçamentária para liquidação de uma obrigação. Mas o empenho não gera a dívida nem a torna exigível. Quando muito, trata-se de ato interno da Administração, pelo qual os recursos necessários ao pagamento da dívida são para isso alocados.

A produção do empenho pressupõe a existência de uma obrigação, a qual pode (ou não) ser exigível. Mas a exigibilidade deriva do cumprimento de outros requisitos – não da produção do empenho. Portanto, a ausência de empenho não significa inexigibilidade da obrigação. É perfeitamente possível que haja empenho antes mesmo de tornar-se exigível a obrigação. Veja-se que, em muitos casos, a própria contratação é formalizada através de nota de empenho (Lei 8.666/1993, art. 62).

Em cada caso, a Administração disporá acerca dos requisitos de exigibilidade do pagamento em favor do particular contratado. No restante, as alternativas dependerão das circunstâncias. Deverão ser observadas algumas regras inafastáveis. (JUSTEM FILHO, 2016, pg. 172)

O pagamento, que se fundamenta sempre em decisão exarada pelo respectivo ordenador de despesa, é feito após a regular liquidação do título (Lei nº 4.320/1964, art. 62). A liquidação da despesa “consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito” (Lei nº 4.320/1964, art. 63). A liquidação tem como finalidade essencial apurar (a) a origem e o objeto do que se deve pagar; (b) a importância exata a pagar; (c) a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação (Lei nº 4.320/1964, art. 63, § 1º).

2.1. CONCEITO DE ORDEM CRONOLÓGICA E ORBIGATORIEDADE LEGAL

Ante as considerações e conceitos acima apresentados, mister discutir, em separado, o conceito de *ordem cronológica de pagamento*, tema deste trabalho, e a atividade compulsória do Estado em realizá-la.

Como normatiza o art. 5º da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Administração Pública, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, deve “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”.

Deve-se dar relevância especial a esse trecho da lei. É cediço que muitas unidades administrativas desrespeitam totalmente o critério cronológico quando da liberação de pagamentos a fornecedores e prestadores de serviço, preterindo obrigações mais antigas em favor daquelas contraídas em período mais recente, por particulares “mais próximos” do núcleo daquele Poder. Essa prática é odiosa e fomenta a corrupção, através de financiamentos escusos e propinas que subvertem a moralidade administrativa em troca da “amizade do rei”. (TORRES, 2017, pg. 100)

No mesmo sentido, leciona Marçal Justen Filho, aludindo que:

Impõe-se que os pagamentos devidos pela Administração attem para a ordem cronológica das exigibilidades. Isso significa que a Administração não pode “escolher” a quem “beneficiará” com o pagamento. Isso evita práticas reprováveis que já foram denunciadas, em que 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 por meio da invocação do “interesse público”, o qual exige, isto sim, que a Administração trate os particulares de modo isonômico. (JUSTEN FILHO, 2016, PG. 163)

Pelo teor do citado dispositivo legal deduz-se que a obrigatoriedade de observância da ordem cronológica não se refere a nenhuma outra etapa do processo administrativo de pagamento, além do próprio pagamento. Não se imprime obrigatoriedade de se seguir a cronologia própria do pagamento quando do ato administrativo de liquidação, por exemplo. Defende-se aqui que é na tesouraria que se deve fazer a tabela cronológica das faturas para pagamento. Porém, toda a cadeia processual é responsável pela violação destas normas, haja vista que a tesouraria não tem como adivinhar se no gabinete do fiscal do contrato há nota com data de atesto anterior àquela que o setor de pagamento tem em mãos. Logo, caso haja preterição nesta hipótese, é responsável o fiscal do contrato ou qualquer outra pessoa que incorra na ilicitude. JUSTEN FILHO fala que a Administração deve liquidar as faturas segundo a ordem cronológica de suas exigibilidades. Porém, pode-se entender o uso do termo liquidação como sendo o efetivo cumprimento do dever de adimplemento, haja vista que o só fato da contabilidade do órgão público liquidar a nota, só por si, não compele o setor de pagamento a cumprir a cronologia. Vejamos:

O referido art. 5º consagra o dever de a Administração liquidar suas dívidas segundo a ordem cronológica. Ou seja, é inquestionável que a Administração tem de cumprir os prazos e satisfazer as dívidas segundo as regras previstas em Lei ou no contrato. Mas, além disso, a Administração está constrangida a observar uma ordem cronológica, de tal modo que não dispõe de discricionariedade para escolher a ordem de preferência para pagamento. O dispositivo retrata um *plus*, no que tange à disciplina do cumprimento das obrigações por parte da Administração. Não apenas há o dever de liquidar a dívida, dentro

de prazos preestabelecidos, como também não há margem de liberdade para escolher quem será beneficiado antes. (2016, pg. 166)

Trata-se, portanto, de uma regra legal. Nada obstante, sofre exceções, devido à própria complexidade da Administração Pública. Porém, mesmo nas hipóteses de exceção, a Administração deve motivar o ato que autoriza o pagamento fora da ordem cronológica, bem como publicá-lo, a fim de que a sociedade detenha o controle dos atos administrativos, e que a autorização excepcional não viole as bases principiológicas da *res publica*. Por isso, a publicidade compulsória do ato justificando a medida.

Nas compras e serviços, a ordem cronológica é aferida através do atesto pelo fiscal do contrato. Não se trata de exclusividade esta prática, porém é a mais utilizada. Nada obstante, trata-se de medida falha, haja vista o atesto ficar para ser apostado na nota fiscal a posteriori, e, neste momento, a quebra da regra correr sério risco. Cabe também ao fornecedor exigir no ato da entrega da nota que seja imediata e devidamente atestada, caso a administração utilize este mecanismo. Hodiernamente a tecnologia disponibiliza diversos instrumentos que podem ser utilizados para esta finalidade, tal como o protocolo informatizado (ou até mesmo o manual) no respectivo setor. O que importa é que a forma utilizada para aferição da ordem não viole a impessoalidade, a moralidade e a legalidade no trato da coisa pública.

(...) determinação à (omissis) para que somente efetue o pagamento das notas fiscais que contiverem ateste realizado por servidor formalmente designado para fiscalização do contrato, em que seja possível identificar o responsável e a data do ateste. (TCU, Acórdão 5.648/12)

Para aquelas despesas constituídas a partir da vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, cada unidade da Administra-

ção Pública deverá obedecer, quando do pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realizações de obras e prestações de serviços, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público, mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada, nos termos do caput do artigo 5º, sob pena de infringência ao disposto no artigo 92, em sua parte final. (TCSC, Processo COM-TC0022006/35).

JACOBY, em sua obra *Vade Mecum de Licitações e Contratos*, coloca, ao comentar o art. 5º da Lei Nacional nº 8.666/1993, diversas decisões de tribunais de contas brasileiros acerca da matéria, as quais reforçam categoricamente a necessidade de fomentação deste mandamento legal, haja vista a premente necessidade de concretização dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas. Ei-las, portanto:

Ordem de pagamento - justificativa prévia

Nota: o TCDF exigiu o cumprimento da ordem de pagamento prevista no art. 5º da Lei 8.666/93 e, ainda, recomendou que a justificativa pela inobservância da regra deva ser prévia e não posterior. Fonte: TCDF. Processo nº 3269/1999. Decisão nº 4965/2000.

Ordem de pagamento - multa ao gestor

TCE/RS esclareceu: “[...] a aplicação da penalidade pecuniária multa, com fundamento neste item, se deu em face de não ter sido observada a estrita ordem cronológica exigida pela Lei Federal, já citada, fato que não foi contestado pelo Recorrente, permanecendo válido o aponte [...]” Fonte: TCE/RS. Recursos de Embargos. Processo nº 003101-02.00/1998-3. Boletim 454/1999. 12 ago. 1999.

Ordem de pagamento - violação – multa

Nota: o Tribunal de Contas do Distrito Federal aplicou multa em empresa pública, por ter violado a ordem de pagamento de faturas. Multa de R\$ 3.000,00 (jul./2004). Fonte: TCDF. Processo nº 1119/2001. Sessão Extraordinária nº 400, de 06 de julho de 2004.

Pagamento - critério objetivo

TCU determinou: “[...] estabeleça critérios objetivos de liberação dos pagamentos, considerando-se suas necessidades operacionais e sociais, a fim de que, na escassez de recursos, não fique ao total alvedrio do dirigente a decisão de pagar, com o dinheiro disponível, o fornecedor ‘A’ ou ‘B’, atendendo-se aos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos no “caput” do art. 37 da Constituição.” Fonte: TCU. Processo nº TC008. 429/1993-6. Decisão nº 296/1997 - 2ª Câmara.

Pagamento - ordem cronológica

Normatização: “A publicação prevista no art. 5º da Lei nº 8.666/93 deve ser no Diário Oficial da União para a Administração Federal e nos Diários Oficiais dos Estados e dos Municípios, se existir, para as demais esferas de Governo.” Fonte: Mensagem CONED/STN nº 653816, de 24 de agosto de 1994. Inscrição restos a pagar de empenhos e convênios.

Pagamento - ordem cronológica

TCU orientou: “[...] efetue os pagamentos devidos por serviços executados em contratos de obras públicas obedecendo, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, ou seja, de cada medição de serviços, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.666/93, com as alterações dadas pela Lei nº 8.883/94 [...]” Fonte: TCU. Processo nº TC-004.426/2004-0. Acórdão nº 888/2004 - Plenário. No mesmo sentido: 1) TCDF. Processo nº 559/2001. Decisão nº 1768/2004; 2) TCDF. Relatório Analítico e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo do Distrito Federal, exercício de 2003. Relator: Conselheiro Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br>. 3) Com aplicação de multa -TCDF. Processo nº 1.119/2001. Decisão nº 67/2004. SO Reservada nº 400, de 06 jul. 2004. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br>. 4) TCU. Processo nº TC002.869/2004-0. Acórdão nº 913/2004 - Plenário. Doutrina: Dever de pagar o contrato - mecanismo de controle para reduzir a corrupção in. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 3, nº 32, Agosto de 2004, p. 4149.

Pagamento – transparência

TCU decidiu: “1.1.6. quanto aos processos de pagamento: [...] 1.1.6.1. conduza com transparência os procedimentos para execução das despesas, de modo a propiciar igualdade de condições entre as empresas interessadas”. Fonte: TCU. Processo nº TC-011.757/2006-9. Acórdão nº 1110/2007 - 1ª Câmara.

Recursos - fornecimento de bens

TCU decidiu: “[...] determinar à Fundação Universidade de Brasília que, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedeça, para cada fonte diferenciada de recursos, a

estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, nos termos do art. 5º, caput, da Lei nº 8.666/93 [...]” Fonte: TCU. Processo nº TG 002.869/2004-0. Acórdão nº 913/2004 - Plenário.

Suspensão dos pagamentos - preços excessivos ou cobrança de serviços não realizados Relator observou: “[...] a jurisprudência deste Tribunal tem convergido no sentido de determinar a suspensão total dos pagamentos pertinentes a contratos em que haja preços excessivos ou cobrança de serviços não realizados”. Cito, nesse passo, os seguintes acórdãos conduzidos pelo Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti, relator do citado Acórdão 1021/2003, em que foi ordenada a sustação dos pagamentos diante da ocorrência de sobrepreço ou superfaturamento: Acórdãos 963/2003, 1293/2003, 1925/2003, 1504/2004 e 1506/2004, todos do Plenário. Nesses arestos, o Tribunal ordenou a sustação de todos os pagamentos relacionados aos respectivos contratos inquinados por preços ou faturas excessivas, até a devida regularização, sem prejuízo da futura compensação, quando retomada a execução contratual, de pagamentos efetuados a maior [...]. Fonte: TCU. Processo nº I (X) 14.644/2004-5. Acórdão nº 1.944/2004 - Plenário.

Portanto, consiste a ordem cronológica de pagamento no ato administrativo de pagar fatura conforme a ordem de chegada à repartição pública e observada cada fonte de custeio (que será explorada mais adiante). “Isso significa que, uma vez entregue o bem, prestado o serviço ou realizada a obra, o adimplemento da obrigação, pelo Poder Público, deve ser isonômico, respeitando a ordem de verificação desse direito do credor” (TORRES, 2017, pg. 99).

2.2. PROTEÇÃO LEGAL AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO DO CONTRATO

No mercado econômico, disso toda pessoa tem conhecimento, as empresas precisam de capital para financiar suas atividades diárias, enfim, para custear sua própria sustentação, desde o pagamento de tributos e obrigações sociais até o pagamento de folha, insumos, etc.

Não é diferente jamais quando se trata de empresa que participa de licitação pública. A par disso, é de notório conhecimento que a Administração

Pública é a maior consumidora de produtos, serviços e obras, haja vista sua extensão material. Trata-se da maior pessoa jurídica que contrata terceiro para fornecimento de materiais, prestação de serviços, locação de bens móveis e imóveis, construção de obras de baixa, média e alta complexidade.

Sendo assim, significa dizer que, uma vez contratada pelo poder público, a empresa precisa ver suas vendas devidamente adimplidas, a fim de que a base de sustentação de sua existência, o capital, possa permanentemente oxigenar suas atividades. O pagamento certo das obrigações oriundas do contrato administrativo está intimamente relacionado com o equilíbrio contratual.

O texto constitucional da República, art. 37, inciso XXI, enuncia que:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento**, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (g.n).

De nada adiantaria a Constituição Federal estabelecer uma garantia para cumprimento por parte da Administração, sem que a legislação implementasse meios e instrumentos a compelir o gestor público ao adimplemento impessoal e moral das obrigações contratualmente firmadas, sem submissão ao seu puro arbítrio. Ora, a contratada necessita de recursos para manter o contrato eficientemente realizado. Para isso, indispensável o cumprimento pontual do pagamento.

JUSTEN FILHO ensina que:

Em primeiro lugar, a regra do art. 5º integra a tutela à equação econômico- financeira dos contratos administrativos. [...]. A Constituição assegurou a projeção de lucratividade constante de proposta do particular. A relação entre encargos e vantagens, externada na oferta do particular aceita pela Administração, é protegida contra eventos externos e internos, imprevisíveis ou de consequências incalculáveis. O prazo de liquidação da obrigação por parte da Administração integra, sem qualquer dúvida, a equação econômico-financeira do contrato administrativo. Quando o particular formula sua proposta, toma em vista a dilação de tempo necessária à obtenção do pagamento. Com efeito, é relevante para o particular não apenas o prazo em que sua obrigação é exigível, o que envolve um encargo para ele, mas também a determinação do prazo previsto na lei, no ato convocatório ou no contrato para que a Administração satisfaça a própria obrigação.

Observe-se que de nada serviria a Constituição fornecer todas as garantias à intangibilidade da equação econômico-financeira se, ao mesmo tempo, liberasse a Administração realizar o pagamento como e quando bem entendesse. A liberação para a Administração realizar o pagamento em condições, inclusive de prazo, que melhor lhe aprofundassem significaria inútil todo o sistema constitucional de garantia à equação econômico-financeira do contrato. Isso seria um contrassenso, que conduziria à frustração da razão de ser de inúmeras regras e princípios constitucionais. Se a Constituição tutela o particular contra eventos aptos a impedir a obtenção integral das vantagens originalmente previstas, tem de reputar-se que essa garantia abrange, inclusive e também, a fixação de um prazo máximo para liquidação da obrigação assumida. (JUSTEN FILHO, 2016, PG. 164)

É bem certo isso: que a Administração Pública, ao contratar uma obra, um serviço ou fornecimento, precisa está devidamente planejada para cumprir com os compromissos assumidos no contrato, notadamente o de pagar em dia, haja vista embutida ao respectivo contrato está a vida da própria empresa e de centenas de famílias que dela dependem.

2.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A Constituição e a Lei trabalham na legítima intenção de evitar que a Administração Pública seja usada em benefício particular, ou seja, daqueles

que detém a gerência dos atos de poder. Visa, portanto, preservar a supremacia do interesse público sobre o privado. Vale dizer, a máquina pública precisa ser usada a serviço do bem comum, finalidade última do Estado.

Ora, a insegurança jurídica gerada aos administrados seria inevitável, caso o gestor público dispusesse de liberdade para estabelecer prazos e critérios pessoais para adimplir os compromissos oriundos do contrato administrativos.

Sobre este princípio, no âmago do estudo do critério da ordem cronológica de pagamento, JUSTEN FILHO leciona o seguinte:

Se a Administração Pública dispusesse de liberdade para fixar o prazo para liquidação de suas obrigações, estaria aberta a porta para a fraude à moralidade.

A manifestação mais óbvia da imoralidade seria o rasteiro (mas não menos repugnante) atentado à probidade. O agente administrativo titular da competência para decidir acerca do momento inicial do curso do prazo seria tentado a comercializar o critério de decisão. Poderia condicionar a prática do ato à obtenção de vantagens pessoais. Qualquer flexibilidade para determinação do curso do prazo de pagamento traria riscos incompatíveis com a ordem jurídica constitucional. Não é compatível com a Constituição brasileira qualquer dispositivo que propicie ou facilite a improbidade.

A indeterminação das regras sobre o tema da liquidação das obrigações da Administração infringe outros ângulos do princípio da moralidade. Está em jogo a questão da boa-fé. O regime jurídico de Direito Administrativo compreende a previsão de prazos para cumprimento das prestações que incumbem ao particular, com severa disciplina sancionatória para o inadimplemento (mesmo parcial). Violaria a ordem jurídica democrática que a Administração pudesse dispor livremente acerca dos prazos para adimplemento das próprias obrigações. Tal como a Administração tem o dever-poder de exigir o cumprimento pelo particular dos prazos apropriados, também está obrigada ela própria a cumprir os prazos correspondentes para execução da própria prestação.

Se o prazo assumisse contornos de peremptoriedade apenas em relação ao particular, estaria frustrada a ideia de que contrato administrativo é um vínculo disciplinado pelo princípio da boa-fé. Nem se contraponha que a peremptoriedade de prazo

existe, mas apenas a partir do início do seu curso. Haveria, então, facultatividade para a Administração determinar o início do cômputo do prazo. Ora, este raciocínio propicia a frustração da peremptoriedade de prazo. Equivaleria a defender que o particular está obrigado a executar sua prestação, mas não está obrigado a assinar o contrato. Portanto, somente haveria inadimplemento do particular se tivesse assinado o contrato, hipótese em que o curso do prazo ter-se-ia iniciado. Já na ausência de assinatura do contrato, nenhum prazo correria e seria vedado inquirir de ilícito o comportamento omissivo do particular. Esse raciocínio é tão inadmissível que a própria Lei 8.666/93 determinou que a recusa do particular em assinar o contrato equivale ao inadimplemento absoluto (art. 81). (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 164)

E, conclui o autor, considerando o fato da prevalência do interesse público à moralidade não afete o direito particular do contratado em ver cumpridas as obrigações contratualmente firmadas, salientando que:

Não é possível adotar regime jurídico distinto para a Administração. Aliás, atribuir à Administração o poder de escolher quando executará suas prestações poderá infringir mais até do que o princípio da boa-fé. Não será excessivo afirmar que o princípio republicano será infringido, eis que o governante tornar-se-á titular próprio e exclusivo do direito de escolha acerca de suas condutas. Deixará de caracterizar-se um Estado e Direito, em que a conduta administrativa se submete ao regime jurídico.

Por todos os motivos, a Administração tem o dever de respeitar o interesse privado. Está obrigada a cumprir as prestações que lhe incumbem, em prazo determinado previamente. Se assim não o fosse, o interesse privado estaria relegado à ausência de tutela jurídica. Como se trata de vínculo contratual comutativo, a Administração até dispõe do dever-poder de exigir que o particular cumpra com antecedência seus deveres, mas não se admite que, após o adimplemento do particular, a Administração escolha quando iniciará o prazo para cumprimento das correspondentes e correspectivas obrigações. (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 165)

O princípio da moralidade administrativa também visa à proteção do interesse do particular contratado, quando em cumprimento de dever legal ou contratualmente firmado, de sorte que a administração pública não pode simplesmente ignorá-lo, haja vista a necessidade desta, também dentro do parâmetro da moralidade administrativa, adimplir seus compromissos respectivos, passando, desse modo, socialmente, a boa imagem do Poder Público.

2.4. NATUREZA JURÍDICA DO ART. 5º

O art. 5º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos é norma de direito público, intimamente ligado ao Regime Geral de Direito Público. Trata-se de norma que disciplina a eficácia dos direitos e obrigações firmados pelas partes no seio da avença contratual, bem como regula o direito de o particular exigir o pagamento de seu crédito, observando-se a os princípios basilares da Administração Pública, notadamente os princípios da moralidade e impessoalidade, os quais são pilares fundantes do instituto da ordem cronológica de pagamento.

Quanto à eficácia dos direitos e obrigações dos contratantes:

O art. 5º não objetiva disciplinar nem existência nem validade de contratos administrativos. As regras pertinentes estão contidas em outros dispositivos. A obrigatória observância de uma ordem cronológica para liquidação das obrigações da Administração Pública se relaciona com a questão da eficácia. Como visto, o art. 5º prevê regra acerca do regime jurídico de eficácia das obrigações derivadas de contrato administrativo, estabelecendo a obrigatoriedade de sua liquidação segundo a ordem cronológica da data das exigibilidades. (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 171)

Quanto ao direito do particular em exigir o pagamento, Marçal ensina que:

Isso significa que a ordem cronológica de liquidação das obrigações não se subordina a questões de existência ou validade. Ou seja, é irrelevante a data da realização da licitação e da assinatura do contrato para fins de identificação da ordem cronológica do art. 5º. O que é relevante é a exigibilidade da obrigação.

Ora, a exigibilidade consiste na possibilidade de o credor pleitear da Administração o pagamento. Em outras palavras, caracteriza-se “exigibilidade” quando a obrigação se encontra em grau médio de eficácia (na terminologia de Pontes de Miranda e Paulo de Barros Caralho). A exigibilidade consiste na ativação do poder de o credor (contratado) exigir o pagamento em face da Administração. Não há exigibilidade quando a obrigação se encontra no grau mínimo de eficácia, eis que isso importaria apenas na existência do direito subjetivo, não da possibilidade de exigir do devedor (Administração Pública) o pagamento.

Logo, a ordem cronológica de preferências se estabelece em função da data em que as diferentes dívidas titularizadas pela Administração adquiriram grau médio de eficácia. Apura-se essa data e isso produz, de modo automático, inclusão do particular na escala de pagamentos, tendo em vista cada fonte diferenciada de recursos. (2016, pg. 171)

Trata-se, portanto, de norma de direito público de aplicação compulsória por todos os órgãos do Poder Público, sob pena de incidência do tipo penal previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 relativamente ao sujeito ativo do crime, bem como acode à conduta ato de improbidade administrativa, consoante será analisado em tópico próprio.

2.5. CONTEÚDO NORMATIVO

Nem sempre é fácil o estudo da exigibilidade do título ou fatura constante da normatização do art. 5º da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, haja vista a complexidade e a riqueza de detalhes que permeiam a atividade administrativa em todas as suas dimensões.

Não há lei que estabeleça critérios precisos para a definição do momento certo em que se verifique a exigibilidade do crédito apresentado à Administração. O art. 5º do mencionado estatuto legal restringe-se a compelir o administrador a esta obrigação de acordo com a fonte de recurso respectiva.

Nos orçamentos, especialmente os municipais, por exemplo, existem diversas fontes de recursos, consoante rubrica uniformizada pelo Ministério do Planejamento do Governo Federal, aplicável a todas as unidades federativas da República.

As fontes de recursos constituem-se de determinados agrupamentos de naturezas de receitas, atendendo a uma determinada regra de destinação legal, e servem para indicar como são financiadas as despesas orçamentárias. Entende-se por fonte de recursos a origem ou a procedência dos recursos que devem ser gastos com uma determinada finalidade. É necessário, portanto, individualizar esses recursos de modo a evidenciar sua aplicação segundo a determinação legal. (BRASIL, Senado Federal. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/fonte-de-recursos>. Acesso em 18.08.2018)

Há diversas fontes, como, por exemplo: Fonte 00 – Recursos Próprios; 42 – Royalties; 18 – FUNDEB; 01 – Educação 25%; 02 – Saúde 15%; dentre outras. Cada fonte desta é vinculada a uma conta, na qual está depositado o valor em dinheiro para suprimento das necessidades públicas. Logo, a tesouraria, no momento da realização do pagamento, deve observar a ordem cronológica das exigibilidades de cada uma destas fontes.

Nada obstante, diversas dificuldades de ordem prática podem surgir, haja vista que o setor de tesouraria não possui controle sobre todas as notas que ainda tramitam em outros, por exemplo. O fiscal do contrato somente deve atestar e despachar nota fiscal para liquidação e pagamento depois que todas as pendências referentes à entrega do produto, prestação do serviço ou cons-

trução da obra (ou cada medição) esteja devidamente legítima. O atesto deve ser tido como o último ato após todas estas minuciosas verificações.

Entretanto, nada impede que a Administração Pública de cada esfera federativa discipline esta matéria através de ato administrativo, para que sejam padronizados todos os procedimentos referentes a pagamento de fatura, a fim de que a moralidade e impessoalidade sejam plenamente satisfeitas, dentro de padrões normatizados que fixem requisitos objetivos.

Como outro corolário dos princípios constitucionais já indicados, também é inafastável que a exigibilidade do crédito somente poderá ser condicionada a requisitos objetivos. Não se pode conceber que a exigibilidade seja submetida a uma escolha discricionária da Administração, o que desaguaria no resultado inadmissível de submeter a questão a um juízo de conveniência e oportunidade da autoridade pública.

Se a dívida somente se tornasse exigível após ato unilateral e discricionário da Administração, estaria frustrada a disciplina constitucional imposta pela ideia de Estado de Direito e pelos princípios da intangibilidade da equação econômico-financeiro do contrato administrativo e da moralidade. Em suma, a obrigação torna-se exigível não porque a Administração com isso concorda, mas porque foram preenchidos os requisitos legais e infralegais necessários. (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 172/173)

Sendo assim, indispensável que cada ente público discipline seu procedimento *interna corporis* para fomentação do critério da ordem cronológica de pagamento, porém, sem ofensa aos princípios basilares constitucionalmente previstos, de sorte a não subtrair a finalidade institucional positivada pela norma legal emanada do art. 5º da Lei nº 8.666/1993. Foi o que fez o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito da União, se não, vejamos:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2016 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO

SECRETARIA DE GESTÃO

DOU de 08/12/2016 (nº 235, Seção 1, pág. 87)

Dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - Sisg.

O **SECRETÁRIO DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 15, inciso X, alínea "a", do Anexo I ao Decreto nº 8.818, de 21 de julho de 2016, e considerando o disposto no art. 5º e no inciso XIV do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, resolve:

Art. 1º - Esta Instrução Normativa dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - Sisg.

Art. 2º - O pagamento das obrigações contratuais deverá observar a ordem cronológica de exigibilidade, a ser disposta separadamente por unidade administrativa e subdividida pelas seguintes categorias de contratos:

- I - fornecimento de bens;
- II - locações;
- III - prestação de serviços; ou
- IV - realização de obras.

§ 1º - Incumbe à autoridade competente de cada unidade administrativa estabelecer a ordem de priorização de pagamento entre as categorias contratuais contidas nos incisos do *caput*.

§ 2º - Os pagamentos de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o disposto no seu § 1º, serão ordenados separadamente, em lista classificatória especial de pequenos credores.

§ 3º - Os credores de contratos a serem pagos com recursos vinculados a finalidade ou despesa específica serão ordenados em listas próprias para cada convênio, contrato de empréstimo ou de financiamento, fundo especial ou outra origem específica do recurso, cuja obtenção exija vinculação.

Art. 3º - A ordem cronológica de exigibilidade terá como marco inicial, para efeito de inclusão do crédito na sequência de pa-

gamentos, o recebimento da nota fiscal ou fatura pela unidade administrativa responsável pela gestão do contrato.

§ 1º - Considera-se ocorrido o recebimento da nota fiscal ou fatura no momento em que o órgão contratante atestar a execução do objeto do contrato.

§ 2º - Nos contratos de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a situação de irregularidade no pagamento das verbas trabalhistas, previdenciárias ou referentes ao FGTS não afeta o ingresso do pagamento na ordem cronológica de exigibilidade, podendo, nesse caso, a unidade administrativa contratante reter parte do pagamento devido à contratada, limitada a retenção ao valor inadimplido.

Art. 4º - O pagamento da obrigação deverá ocorrer no prazo previsto no contrato, limitado:

I - ao quinto dia útil subsequente ao recebimento da nota fiscal ou fatura para despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no seu § 1º; ou

II - a trinta dias contados do recebimento da nota fiscal ou fatura, para os demais casos.

§ 1º - Constatada, junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, situação de irregularidade do fornecedor contratado, será adotado o procedimento previsto no § 4º do art. 3º da Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010.

§ 2º - Ocorrendo qualquer situação que impeça a liquidação ou o pagamento da despesa, os prazos previstos neste artigo serão suspensos até a sua regularização.

§ 3º - Regularizada a situação do contratado, este será reposicionado na ordem cronológica de acordo com o prazo de pagamento remanescente, estabelecido nos incisos I e II do *caput* deste artigo.

§ 4º - No caso de insuficiência de recursos financeiros disponíveis para quitação integral da obrigação, poderá haver pagamento parcial do crédito, permanecendo o saldo remanescente na mesma posição da ordem cronológica.

Art. 5º - A quebra da ordem cronológica de pagamentos somente ocorrerá quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente.

§ 1º - Consideram-se relevantes razões de interesse público as seguintes situações:

I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte e demais beneficiários do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III - pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes do Governo Federal, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

IV - pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada; ou

V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de um serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

§ 2º - Com o fim de salvaguardar a transparência administrativa, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, na seção específica de acesso à informação de seu sítio na Internet, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentam a eventual quebra da ordem.

Art. 6º - Os casos omissos serão dirimidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Art. 7º - Esta Instrução Normativa entra em vigor noventa dias após a sua publicação.

GLEISSON CARDOSO RUBIN

No que diz respeito à interpretação concreta quanto à aplicação da ordem cronológica das exigibilidades dos créditos, bem como sobre a necessidade de regulamentação por parte de cada órgão administrativo, o Tribunal de Contas da União conferiu a este dispositivo legal, quanto ao seu conteúdo e alcance (TC 002.999/2015-3):

[...]

21. Dispõe o art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993:

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.** (grifo nosso)

22. O dispositivo transcrito, como se observa, institui a ordem cronológica, vinculando a Administração a efetuar os pagamentos aos fornecedores em conformidade com a exigibilidade dos créditos que se apresentem a pagamento. O art. 92 da norma prevê a aplicação de pena, em caso de descumprimento do preceito.

23. Extrai-se do diploma a finalidade de garantir a isonomia, a impessoalidade e a moralidade na realização de pagamentos referentes aos contratos, afastando-se a preterição de interessados que se encontrem em prevalência, em razão da ordem de exigibilidade dos créditos.

24. Pode-se dizer que a observância da regra, para além do cumprimento dos princípios mencionados, também se propõe à proteção do princípio da economicidade, da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa na licitação. É certo que a incerteza quanto ao recebimento dos créditos que lhes são devidos e a ausência de regras objetivas para a realização dos pagamentos constituiria motivo potencial de afastamento de supostos fornecedores, ou mesmo de formulação de propostas que contivessem prévias compensações monetárias por eventuais prejuízos.

25. Muito embora a Lei 8.666/1993 trace os principais critérios e diretrizes para a realização dos pagamentos contratuais, não esgota a regulamentação da matéria, demandando detalhamento acerca dos procedimentos internos a serem adotados em cada unidade pagadora responsável.

26. A exemplo, o momento da fixação da exigibilidade não é atribuído a um ato concreto, carecendo de especificação quanto ao exato instante em que ocorre. A excepcionalidade à ordem cronológica também merece especial atenção. O conceito de excepcional interesse público, ainda que de forma não exaustiva, merece delineamento objetivo, para que se preserve o alcance da norma.

27. Nesse sentido e visando a fortalecer o controle e a fisca-

lização do cumprimento do disposto no art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas no Brasil (Atricon) editou a Resolução 8/2014, que aprovou as Diretrizes de Controle Externo Atricon 3.206/2014 relacionadas à temática “Os Tribunais de Contas do Brasil e o controle do cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/93: ordem nos pagamentos públicos” (peça 46).

28. Dentre as diretrizes fixadas no documento, encontra-se a promoção de ações junto aos jurisdicionados, visando à edição de lei local e/ou decreto que regulamente o cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/93, contemplando, no mínimo:

a. a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa;

b. as hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razão da ausência de demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado;

c. a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais;

d. as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, **caput**, da Lei 8.666/93;

29. Exemplo de iniciativa adotada no esteio da diretriz, encontra-se na Portaria TC 264/2015 (peça 47) do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE), que dispõe sobre a transparência e os critérios para liquidação de despesas e pagamento, em ordem cronológica, das obrigações financeiras regidas pelas Leis 8.666/1993 e 4.320/1964.

30. De se destacar a Decisão 28/2012/GCPCN do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), com análise do Decreto estadual 16.498/2012, que regulamentava a ordem cronológica de exigibilidade de pagamento no âmbito da Administração Pública estadual. Concluiu o julgador por notificar a Administração acerca das seguintes imperfeições e omissões

na norma:

(a) considere o termo inicial de exigibilidade do pagamento a data da apresentação do documento de cobrança, sem prejuízo da apresentação dos demais documentos exigidos no contrato, na forma determinada no inciso “II”, alínea “b”, item “i”, da Decisão mencionada;

(b) regulamente as obrigações da contratada e do contratante no tocante à fiscalização periódica da manutenção dos requisitos de habilitação durante a execução contratual, especialmente da regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, na forma determinada no inciso “II”, alínea “b”, item “ii”, da Decisão mencionada;

(c) estabeleça prazo(s) máximo(s) para a conclusão dos atos relativos à liquidação da despesa ou rejeição dos serviços prestados ou dos bens fornecidos, a contar da apresentação do documento de cobrança, incluídos nesse prazo, conforme o caso, o recebimento provisório e definitivo do objeto contratado, na forma determinada no inciso “II”, alínea “e”, da Decisão mencionada;

(d) discipline as hipóteses de suspensão ou rejeição do pedido de inscrição do crédito na ordem cronológica de exigibilidade, estando vedada, em princípio, a retenção de pagamento de despesas já liquidadas, ressalvadas as exceções legalmente previstas, na forma determinada no inciso “II”, alínea “c”, da Decisão mencionada;

(e) fixe prazo máximo para a emissão de parecer pela Procuradoria do Estado, nos casos em que for instada a se manifestar;

(f) regulamente o procedimento administrativo de justificação prévia da quebra da ordem cronológica de exigibilidade de pagamento, bem como das respectivas hipóteses motivadoras, ainda que em caráter exemplificativo;

(g) fixe o prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da apresentação da fatura, para pagamento das despesas relativas a contratações de compras, serviços em geral, obras e serviços de engenharia que sejam realizadas por força da dispensa de licitação mencionada no inciso II do artigo 24 da Lei no 8.666/93, sem prejuízo da previsão de prazos especiais, menores a 30 (trinta) dias, para o pagamento de despesas relativas a parcelas mensais ou periódicas que isoladamente sejam consideradas de pequeno valor, embora o preço global do contrato não autorize a dispensa de licitação;

(h) estabeleça a obrigatoriedade da observância e incorporação das regras da regulamentação executiva, ainda que por remissão indireta, aos instrumentos convocatórios e contratos administrativos doravante firmados;

31. Posteriormente, o Governo do Estado de Rondônia veio a editar o Decreto 16.901/2012, que dispõe sobre os critérios para pagamento em ordem cronológica das obrigações decorrentes de contratos regidos pelas Leis Federais 8.666/1993 e 4.320/1964.

32. As iniciativas com vistas à regulamentação do disposto no art. 5º da Lei 8.666/1993 apresentam-se como medidas essenciais para conferir efetividade à norma, a partir do estabelecimento de parâmetros, critérios, prazos e procedimentos a serem seguidos, de forma objetiva, nos processos de pagamento. Têm por objetivo, dentre outros, impedir o estabelecimento de cronologia de pagamentos arbitrários.

33. Nesse sentido, torna-se premente expedir recomendação aos órgãos governantes superiores, que sejam responsáveis pela normatização dos processos de pagamento, seja no âmbito interno do órgão ou externo, quando couber, para que adotem as medidas cabíveis para a regulamentação do disposto no art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993, atentando especialmente para a necessidade de definição dos seguintes itens:

a) a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa;

b) as hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razão da ausência de demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado;

c) a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais;

d) as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993.

CONCLUSÃO

34. A partir de informações coletadas junto aos órgãos governantes superiores da Administração Pública Federal, foi

possível aferir-se a ausência de normas regulamentadoras do disposto no art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993 (itens 10-20 desta instrução).

35. Considerando-se a necessidade de estabelecimento de parâmetros, critérios, prazos e procedimentos a serem seguidos, de forma objetiva, nos processos de pagamento, para dar cumprimento ao previsto na norma; e, ainda, as orientações extraídas das Diretrizes de Controle Externo Atricon 3.206/2014, relacionadas à temática, tem-se por necessário recomendar às instituições jurisdicionadas, que sejam responsáveis pela normatização dos processos de pagamento, seja no âmbito interno do próprio órgão ou externo, quando couber, para que regulamentem o disposto art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993 (itens 21-33 desta instrução).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

36. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

36.1. recomendar ao Senado Federal, Câmara dos Deputados, Tribunal de Contas da União, Secretaria de Administração da Presidência da República, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Conselho Nacional de Justiça, Conselho da Justiça Federal e Conselho Nacional do Ministério Público, com fundamento no art. 250, III, do Regimento Interno do TCU, que avaliem a conveniência e a oportunidade de adotarem as medidas cabíveis para a regulamentação do disposto no art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993, tanto no âmbito interno do próprio órgão, como no âmbito externo, quando couber, orientando normativamente as unidades sob a sua égide e atentando especialmente para os itens abaixo exemplificados, com vistas ao aperfeiçoamento dos processos de pagamentos de obrigações contratuais, comunicando ao TCU, no prazo de trinta dias, as medidas adotadas:

a) a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa;

b) as hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razão da ausência de demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado;

c) a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais;

d) as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993.

36.2. comunicar a decisão que vier a ser adotada nestes autos aos seguintes órgãos: Senado Federal, Câmara dos Deputados, Tribunal de Contas da União, Secretaria de Administração da Presidência da República, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Conselho Nacional de Justiça, Conselho da Justiça Federal e Conselho Nacional do Ministério Público;

36.3. comunicar à Segecex, em atenção ao Memo-Segecex 63/2014 (peça 1), e à SecexAdministração o que vier a ser decidido;

36.4. arquivar os presentes autos, com base no art. 169, V, do Regimento Interno/TCU, sem prejuízo de que a Selog monitore o que vier a ser decidido.

É o relatório.

Sendo assim, concluiu o Tribunal de Contas da União, acompanhando o voto do relator do supracitado acórdão, sugerindo, inclusive que os tribunais e poderes da República sigam os exemplos capitaneados pelo Estado de Rondônia e pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, dentre outros, como o próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos seguintes termos:

VOTO

Conheço da presente representação, destinada à verificação das medidas administrativas que têm sido adotadas, no âmbito das unidades jurisdicionadas ao TCU, relativamente à regulamentação e monitoramento do cumprimento do art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993, atentando especialmente para a necessidade de motivação (justificativa) para a não observância da ordem cronológica de pagamento. Tal representação se originou

de proposição do Ministro Raimundo Carreiro, na sessão plenária de 17/9/2014.

O referido art. 5º da Lei de Licitações assim dispõe: 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.

O Plenário acolheu a proposta do Ministro no sentido de efetuar as seguintes determinações à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex):

1 – elaborar proposta no sentido de incluir no anteprojeto de decisão normativa anual que disciplinará a organização e a apresentação das peças complementares para formação de processos de contas anuais de unidades jurisdicionadas ao TCU relativos ao exercício de 2014, a serem apresentadas em 2015, nos termos do art. 4º da Instrução Normativa TCU 63/2010, tendente a substituir a vigente Decisão Normativa nº 132/2013, a exigência de que as unidades jurisdicionadas informem as medidas que têm sido adotadas para garantir o cumprimento do art. 5º, **caput**, da Lei nº 8666/93, e, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir do dia seguinte à data desta sessão, submeter a referida proposta ao relator do processo TC-015.494/2014-4, Ministro Benjamin Zymler, que trata de Representação da Secretaria de Apoio à Gestão do Controle Externo (Segest), na qual será apreciado por este Colegiado o citado anteprojeto;

2 – elaborar proposta no sentido de incluir no anteprojeto de decisão normativa anual que disciplinará a organização e a apresentação das peças complementares para formação de processos de contas anuais de unidades jurisdicionadas ao TCU relativos ao exercício de 2014, a serem apresentadas em 2015, nos termos do art. 4º da Instrução Normativa TCU 63/2010, tendente a substituir a vigente Decisão Normativa nº 132/2013, a exigência de que o órgão de controle interno faça constar do relatório de auditoria de gestão informações acerca do cumprimento do art. 5º, **caput**, da Lei nº 8666/93 pelas unidades jurisdicionadas, e, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir do dia seguinte à data desta sessão, submeter a referida proposta ao relator do processo TC-015.494/2014-4, Ministro Benjamin Zymler, que trata de Representação da Secretaria de Apoio à Gestão do Controle Externo (Segest), na qual será apreciado por este Colegiado o citado anteprojeto;

- 3 orientar as suas unidades técnicas no sentido de inserirem no planejamento das auditorias de conformidade que digam respeito a contratações a verificação do cumprimento do art. 5º, **caput**, da Lei nº 8666/93;
- 4 realizar, no ano de 2015, nos órgãos governantes superiores, tais como Senado Federal, Câmara dos Deputados, TCU, Secretaria de Administração da Presidência da República, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação e Secretaria de Orçamento Federal, ambas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, Conselho Nacional de Justiça, Conselho da Justiça Federal e Conselho Nacional do Ministério Público, levantamento de auditoria, a fim de verificar as medidas administrativas que têm sido adotadas relativamente à regulamentação e monitoramento do cumprimento do art. 5º, **caput**, da Lei 8666/93, atentando especialmente para a necessidade de se verificar, no aludido Levantamento, se os órgãos estão cumprindo a regra legal (art. 5º, da Lei nº 8.666/1993), que exige motivação (justificativa) para a não observância da ordem cronológica de pagamento.” Considerando que os comandos 1 e 2 deveriam ser tratados em processo já existente (TC 015.494/2014-4), a Segecex solicitou à Secretaria de Controle Externo das Aquisições Logísticas (Selog), por intermédio do Memorando 63/2014-Segecex, que adotasse as providências necessárias ao cumprimento do comando 3, “por meio da atualização das matrizes de planejamento e de achados padronizadas concernentes à fiscalização de licitações e contratos”.
- 5 Para dar cumprimento à ordem da Segecex, a Selog entendeu que seria necessário, preliminarmente, realizar diligências aos órgãos governantes superiores, mencionados no comando 4 da comunicação proferida pelo Ministro Raimundo Carreiro, a fim de conhecer as medidas administrativas que têm sido adotadas relativamente à regulamentação e monitoramento do cumprimento do referido art. 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993.
- 6 As respostas apresentadas pelos órgãos diligenciados trouxeram conteúdos, em essência, similares, no sentido de que os processos de pagamento pelos quais são responsáveis observam, rigorosamente, o dispositivo legal em referência.
- 7 Ocorre que, como bem observado pela Selog, o estatuto das licitações e contratos não esgota a matéria, demandando detalhamento dos procedimentos internos a serem adotados nas unidades pagadoras. Normas infralegais, portanto, devem definir, principalmente, as hipóteses de exceção à regra de observância da ordem cronológica de exigibilidade dos pagamentos.

- 8 Nesse sentido, as iniciativas da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas no Brasil (Atricon) e do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia abaixo transcritas, mencionadas no relatório que precede este voto, mostram-se bastante oportunas e podem servir de referências para a regulamentação da matéria no âmbito da União.
- 9 [...] visando a fortalecer o controle e a fiscalização do cumprimento do disposto no art. 5º, caput, da Lei 8.666/1993, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas no Brasil (Atricon) editou a Resolução 8/2014¹, que aprovou as Di-

¹ PORTARIA Nº 008/2016. (DOC TCE-MT de 21.01.2016)

Dispõe sobre a transparência e os critérios para liquidação de despesas e pagamento, em ordem cronológica, das obrigações financeiras regidas pelas Leis Federais 8.666/93 e 4.320/64 no âmbito do Tribunal de Contas de Mato Grosso.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, especialmente no disposto nos artigos 3º e 4º, inciso III da Lei Complementar Estadual 269, de 22 de janeiro de 2007 (Lei Orgânica do TCE-MT) e 21, XXX da Resolução Normativa 14/2007 (Regimento Interno TCE-MT);

Considerando os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal;

Considerando o disposto nos artigos 5º, 40, XIV, alínea “a” e § 3º, 92 e 115 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, 9º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, e 37, 62, 63, 64 e 65 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964;

Considerando as disposições da Lei Complementar Federal 131/2009, que acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira dos entes da federação;

Considerando os termos da Resolução 8/2014 da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil-Atricon, cujo objetivo é disponibilizar referencial para que os Tribunais de Contas aprimorem seus regulamentos, procedimentos e práticas de controle externo afetas à observância da ordem cronológica nos pagamentos públicos;

Considerando que a Transparência está inserida como valor institucional no Plano Estratégico 2016-2021 do TCE-MT e,

Considerando a necessidade de estabelecer e uniformizar critérios para liquidação de despesas e pagamento de obrigações, com vistas a garantir a observância de normas correlatas à execução orçamentária e ao tratamento isonômico dos credores,

RESOLVE:

Art. 1º Determinar a todos os segmentos administrativos incumbidos de gestão de obrigações de natureza contratual e onerosa à implementação de procedimentos com vistas à observância das exigências legais para a liquidação de despesas e da ordem cronológica de pagamento nos termos desta Portaria. Parágrafo único. Entende-se por obrigação de natureza contratual e onerosa toda e qualquer obrigação assumida pelo TCE-MT junto a fornecedores.

Art. 2º O pagamento de despesas orçamentárias deverá respeitar os prazos previstos nesta Portaria e a ordem cronológica das exigibilidades, considerando, sempre, cada fonte diferenciada de recursos, disposta separadamente por unidade gestora. Parágrafo único. O pagamento de obrigações financeiras consideradas de baixo valor, nos termos do art. 5º, §3º da Lei 8.666/93, observado o valor total da contratação, será ordenado, separadamente, em lista classificatória especial de pequenos credores.

Art. 3º O procedimento de liquidação terá como marco inicial a apresentação do documento de cobrança (nota fiscal, fatura ou recibo), devidamente acompanhado dos documentos comprobatórios exigidos pelas normas em vigor, sendo indispensáveis os seguintes:

I. nota fiscal ou fatura original, que deverá estar com o atesto do recebimento do produto ou da plena e total realização do serviço, ou recibo, cuja utilização é restrita, sendo aceito em casos específicos, e que deverão ser verificados e autorizados pelo Presidente do TCE-MT;

II. certidões para verificação da situação cadastral do fornecedor ou prestador de serviços; III. demais documentos exigidos, conforme a natureza da despesa.

Parágrafo único. As solicitações de liquidação que contemplem retenções tributárias e/ou previdenciárias deverão seguir os prazos descritos no calendário divulgado anualmente pela Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso, tendo em vista a necessidade do TCE-MT realizar temporariamente o recolhimento mensal das devidas retenções.

Art. 4º Este Tribunal não receberá documento de cobrança desacompanhado da documentação a que se refere o artigo anterior e até que sejam sanadas eventuais pendências relativas à entrega de bem/serviço contratado.

Art. 5º O segmento administrativo responsável pela despesa contratada terá 2 (dois) dias, a partir do recebimento dos documentos a que se refere o art. 3º, para atestar a despesa e encaminhar para a Secretaria Executiva de Orçamento, Finanças e Contabilidade toda a documentação a fim de realizar o registro contábil da liquidação no sistema Fiplan.

§ 1º A ordem cronológica iniciará com o atesto da despesa, efetuado pelo segmento administrativo responsável.

§ 2º A Secretaria Executiva de Orçamento, Finanças e Contabilidade terá 5 (cinco) dias, contados a partir do recebimento da referida documentação para realizar a liquidação e, em seguida, 20 (vinte) dias para efetuar o pagamento.

§ 3º Os prazos a que se refere o parágrafo anterior serão suspensos até que sejam sanadas eventuais pendências identificadas na documentação apresentada.

retrizes de Controle Externo Atricon 3.206/2014 relacionadas à temática “Os Tribunais de Contas do Brasil e o controle do cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/93: ordem nos pagamentos públicos” (peça 46).

10 Dentre as diretrizes fixadas no documento, encontra-se a promoção de ações junto aos jurisdicionados, visando à edição de lei local e/ou decreto que regulamente o cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/93, contemplando, no mínimo:

a) a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa;

(b) as hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razão da ausência de

§ 4º Na hipótese de a Secretaria Executiva de Orçamento, Finanças e Contabilidade ultrapassar os prazos previstos no §2º para realizar a liquidação e pagamento, a despesa terá prioridade sobre todas as demais.

Art. 6º A quebra da ordem cronológica de pagamentos somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I . grave perturbação da ordem;

II . estado de emergência;

III . calamidade pública;

IV . decisão judicial ou do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso;

V . relevante interesse público mediante deliberação expressa e fundamentada do Presidente do TCE-MT.

§ 1º As situações previstas nos incisos I, II e III devem ser previamente justificadas por meio de ato emanado da autoridade competente, e no caso do inciso V, por meio de ato emanado pelo Presidente do TCE-MT.

§ 2º Os atos de que trata o § 1º deste artigo deverão ser publicados no Diário Oficial de Contas e disponibilizados no site oficial do TCE-MT.

Art. 7º Com vistas ao encerramento do exercício financeiro e orçamentário, o envio da documentação a que se refere o art. 3º passará a observar o calendário divulgado anualmente pela SEFAZ/SEPLAN, o qual estabelecerá os prazos limites para execução das despesas. Art. 8º Os procedimentos a serem adotados devem garantir o acesso à lista das exigibilidades de pagamento a qualquer tempo, que conterà, no mínimo:

I . Identificação da fonte de recurso;

II . data do atesto;

III . data do documento da liquidação;

IV . número e data do documento do pagamento, quando já realizado;

V . nome e CPF/CNPJ do credor;

VI . valor;

VII . informação acerca de eventual quebra da ordem cronológica.

Art. 9º Nos termos do art. 48, II da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, fica assegurada a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a ordem cronológica de pagamentos acerca da execução orçamentária e financeira deste Tribunal, em meios eletrônicos de acesso público.

Parágrafo único. Os procedimentos a serem adotados devem garantir a disponibilização da lista de exigibilidades no Portal Transparência do TCE-MT.

Art. 10 Não se sujeitarão a esta Portaria os pagamentos decorrentes de:

I . suprimimento de fundos, assim consideradas as despesas realizadas em regime de adiantamento, nos termos do art. 68 da Lei 4.320/1964;

II . remuneração e outras verbas devidas a agentes públicos, inclusive as de natureza indenizatória;

III . concessionárias públicas de energia elétrica, água e esgotos, telefonia fixa e móvel;

IV . obrigações tributárias e,

V . outras despesas que não sejam regidas pela Lei 8.666/93.

Art. 11 Esta Portaria entra em vigor e produz efeitos na data de sua publicação.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se. Gabinete da Presidência do Tribunal de Contas, em Cuiabá, 20 de janeiro de 2016. Conselheiro ANTONIO JOAQUIM Presidente

demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado;

(c) a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais;

(d) as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, caput, da Lei 8.666/93;

[...]

30. De se destacar a Decisão 28/2012/GPCPN do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), com análise do Decreto estadual 16.498/2012, que regulamentava a ordem cronológica de exigibilidade de pagamento no âmbito da Administração Pública estadual. Concluiu o julgado por notificar a Administração acerca das seguintes imperfeições e omissões na norma:

(a) considere o termo inicial de exigibilidade do pagamento a data da apresentação do documento de cobrança, sem prejuízo da apresentação dos demais documentos exigidos no contrato, na forma determinada no inciso “II”, alínea “b”, item “i”, da Decisão mencionada;

(b) regulamente as obrigações da contratada e do contratante no tocante à fiscalização periódica da manutenção dos requisitos de habilitação durante a execução contratual, especialmente da regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, na forma determinada no inciso “II”, alínea “b”, item “ii”, da Decisão mencionada;

(c) estabeleça prazo(s) máximo(s) para a conclusão dos atos relativos à liquidação da despesa ou rejeição dos serviços prestados ou dos bens fornecidos, a contar da apresentação do documento de cobrança, incluídos nesse prazo, conforme o caso, o recebimento provisório e definitivo do objeto contratado, na forma determinada no inciso “II”, alínea “e”, da Decisão mencionada;

(d) discipline as hipóteses de suspensão ou rejeição do pedido de inscrição do crédito na ordem cronológica de exigibilidade, estando vedada, em princípio, a retenção de pagamento de despesas já liquidadas, ressalvadas as exceções legalmente previstas, na forma determinada no inciso “II”, alínea “c”, da Decisão mencionada;

(e) fixe prazo máximo para a emissão de parecer pela Procuradoria do Estado, nos casos em que for instada a se manifestar;

(f) regulamente o procedimento administrativo de justificaco prévia da quebra da ordem cronológica de exigibilidade de pagamento, bem como das respectivas hipóteses motivadoras, ainda que em caráter exemplificativo;

(g) fixe o prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da apresentação da fatura, para pagamento das despesas relativas a contratações de compras, servios em geral, obras e servios de engenharia que sejam realizadas por fora da dispensa de licitação mencionada no inciso II do artigo 24 da Lei no 8.666/93, sem prejuízo da previso de prazos especiais, menores a 30 (trinta) dias, para o pagamento de despesas relativas a parcelas mensais ou perdicas que isoladamente sejam consideradas de pequeno valor, embora o preo global do contrato não autorize a dispensa de licitação;

(h) estabelea a obrigatoriedade da observância e incorporação das regras da regulamentaco executiva, ainda que por remisso indireta, aos instrumentos convocatórios e contratos administrativos doravante firmados;

A Selog propõe, então, recomendar aos órgãos governantes superiores que avaliem a conveniência e a oportunidade de adotarem as medidas cabíveis para a regulamentaco do disposto no art. 5, **caput**, da Lei 8.666/1993, orientando normativamente as unidades sob a sua égide e atentando especialmente para os itens abaixo, com vistas ao aperfeiamento dos processos de pagamentos de obrigações contratuais, comunicando ao TCU, no prazo de trinta dias, as medidas adotadas:

a) a ocasio em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa;

b) as hipóteses de suspenso da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razo da ausência de demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado;

c) a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos servios prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais;

d) as situações que podero vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a

permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993.

Concordo, na essência, com a proposta da unidade técnica, sem prejuízo de aduzir as considerações que se seguem.

De início, em vez de recomendar, entendo que este Plenário deva determinar a expedição de ato normativo, uma vez que se trata do disciplinamento de matéria prevista em lei que está a exigir, sob a ótica principiológica, a devida complementação, conforme bem assinalado pela unidade técnica:

Extrai-se do diploma a finalidade de garantir a isonomia, a impessoalidade e a moralidade na realização de pagamentos referentes aos contratos, afastando-se a preterição de interessados que se encontrem em prevalência, em razão da ordem de exigibilidade dos créditos.

Pode-se dizer que a observância da regra, para além do cumprimento dos princípios mencionados, também se propõe à proteção do princípio da economicidade, da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa na licitação. É certo que a incerteza quanto ao recebimento dos créditos que lhes são devidos e a ausência de regras objetivas para a realização dos pagamentos constituiria motivo potencial de afastamento de supostos fornecedores, ou mesmo de formulação de propostas que contivessem prévias compensações monetárias por eventuais prejuízos.

Outro ajuste que merece ser feito na proposta da Selog é que, por força do disposto no art. 26, inciso VII, do Decreto 8.575/2015, c/c o art. 2º, inciso I, do Decreto 1.094/1994, a Secretaria de Gestão (Seges/MP) é o atual órgão a quem compete a “formulação de diretrizes, orientação, planejamento e coordenação, supervisão e controle dos assuntos relativos a serviços gerais”. É à Seges/MP, portanto, e não à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP), conforme sugeriu a unidade técnica, que deve ser dirigida a determinação do TCU.

Quanto aos demais órgãos ouvidos pela Selog, considero desnecessário expedir qualquer determinação à Secretaria de Administração da Presidência da República, à Secretaria de Orçamento Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, por se tratar de órgãos que se vinculam às diretrizes/orientações formuladas pela própria Seges/MP.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, não há razão para que a determinação do TCU seja também dirigida ao Conselho da Justiça Federal, pois, de acordo com o art. 103-B da Constituição Federal, c/c o art. 102, § 5º, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, compete ao CNJ

expedir ato normativo de caráter vinculante para todos os órgãos do Judiciário.

Por outro lado, as diligências efetuadas nestes autos não incluíram o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest/MP), a quem o TCU tem, usualmente, demandado a expedição de orientações às estatais quanto a aspectos específicos de licitações e gestão de contratos.

De todo modo, a fim de evitar duplicação desnecessária de esforços nos diversos setores da administração pública, julgo que será mais conveniente, neste primeiro momento, determinar a elaboração de ato normativo apenas pela Seges/MP, a qual já se comprometeu a dar início à elaboração da norma (conforme item 16 do relatório da Selog). Em seguida, deverá ser demandada a expedição de orientações pelos demais órgãos governantes superiores, a saber, Senado Federal, Câmara dos Deputados, TCU, Dest/MP, CNJ e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Tais órgãos poderão usar o normativo da Seges/MP como referência para a elaboração de suas próprias normas.

Ainda em relação à proposta da Selog, reproduzida no § 9º deste voto, verifico que o art. 40, § 3º, da Lei de Licitações considera 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 cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documentos de cobrança”. No entanto, isso não significa que o mero “atesto” da fatura ou da nota fiscal apresentada pelo contratado seja suficiente para tornar exigível o crédito.

O art. 63 da Lei 4.320/1964 define liquidação da despesa como sendo a “verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”.

Com base nessa definição, seria razoável admitir que o momento da liquidação corresponde ao do reconhecimento da exigibilidade do crédito e, por conseguinte, ao da sua inserção na ordem cronológica de pagamento. Não descarto, porém, a possibilidade de outra interpretação razoável que possa vir a ser dada pelo órgão encarregado de regulamentar a matéria e, por isso, concordo com a alínea “a” da proposta da Selog, com ajustes.

Não vejo como condicionar o ingresso do fornecedor na “fila” de pagamento à comprovação da regularidade fiscal, uma vez que a jurisprudência desta Corte é no sentido da impossibilidade de retenção dos pagamentos nesses casos. Por meio do Acórdão 964/2012-TCU-Plenário, que apreciou consulta formulada pela Ministra de Estado da Saúde, interina, o Tribunal respondeu, em caráter normativo:

9.2.3. Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração;

Diferente é o entendimento da Corte quanto à regularidade trabalhista e com a previdência social, haja vista o recente Acórdão 3.301/2015-TCU-Plenário, que assim dispôs: recomendar à Ceagesp que adote os seguintes procedimentos, para resguardar-se contra dívidas trabalhistas da prestadora de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

9.3.1. prever nos contratos, de forma expressa:

9.3.1.1. autorização para retenção de pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, incluindo salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, concernentes aos empregados dedicados à execução do contrato;

(...)

9.3.2. depositar os valores retidos cautelarmente junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento dos salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

Há que ser ajustada, portanto, a redação da alínea “a” da proposta da Selog, de modo a excluir a referência à regularidade fiscal, mantendo a menção à regularidade trabalhista e com a previdência social, esclarecido que, neste último caso, cabe o ingresso na fila e a correspondente retenção do valor devido no momento do pagamento. Caberá à norma regulamentar definir se a necessidade de retenção dos valores correspondentes a dívidas trabalhistas e previdenciárias do contratado constitui uma das hipóteses de exceção à regra de observância da ordem cronológica de exigibilidade dos pagamentos.

No tocante à alínea “b” da referida proposta, não vislumbro hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, uma vez que a comprovação do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado é feita antes da inserção da obrigação na “fila” para pagamento, conforme mencionado na própria alínea “a” da proposta de encaminhamento da Selog.

Quanto à alínea “c”, entendo que deva ser excluída, uma vez que a fixação de prazos para liquidação e pagamento

não é matéria desta representação. Além disso, a própria Lei 8.666/1993, em seu art. 40, inciso XIV, alínea “a”, determina que o edital estabeleça as condições de pagamento, prevendo “prazo de pagamento não superior a trinta dias, contados a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela”.

Portanto, quando da elaboração da norma, a Seges/MP deverá atentar especialmente para a necessidade de definição dos seguintes itens:

a) a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando: (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado; (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis; e (iii) no caso de ausência de comprovação da regularidade trabalhista, inclusive salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, cabe o ingresso na fila e a correspondente retenção do valor devido no momento do pagamento; e

b) as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da observância da ordem cronológica, a teor do que estabelece a parte final do artigo 5º, **caput**, da Lei 8.666/1993.

Considero necessário, ainda, atribuir à Selog a responsabilidade pelo monitoramento do cumprimento do acórdão que vier a ser proferido, devendo submeter os autos novamente a este relator quando da publicação da norma a ser elaborada pela Seges/MP, a fim de que seja avaliada a expedição de determinação semelhante também aos demais órgãos governantes superiores mencionados.

Proponho que o prazo para cumprimento da deliberação seja de noventa dias, em vez dos trinta propostos pela Selog, tendo em conta que a Seges/MP passa por um período de transformação em sua estrutura, que certamente demandará algum tempo de adaptação.

Por todo o exposto, acolho parcialmente a proposta da Selog e VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Plenário.

Observa-se que, pelo teor do acórdão ora estudado, não é prática, na maioria dos órgãos públicos, disciplinar esta matéria por meio de alguma espécie normativa. Porém, mister que os Órgãos de controle, além de fomentar a cro-

nologia da ordem de pagamento em suas respectivas esferas, possam cobrar dos fiscalizados que também a implemente eficientemente.

2.6. DISCRICIONARIEDADE E ATO VINCULADO

Não se cogita jamais que a obrigação legal de se pagar fatura pela Administração Pública seja considerada ato discricionário, mas trata-se de autêntico ato vinculado, sendo que, caso haja no transcurso do processo de pagamento fato que impulse exceção à regra, tal medida deve ser devidamente motivada e publicada, conforme manda a Lei.

A doutrina administrativista tem se dedicado muito para estabelecer um conceito preciso acerca da discricionariedade e da vinculação do ato administrativo. Há, na espécie, um dever de agir da Administração Pública, em ambos os casos, sendo diferenciados os conceitos pelo fato de que enquanto em um subsiste uma margem de liberdade para que o administrador avalie os critérios de conveniência e oportunidade, enquanto relativamente ao outro não há esta margem de liberdade, devendo o gestor da *res publica* compulsoriamente praticar o ato da forma como delimitado pela norma. BANDEIRA DE MELLO aduz que:

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um capó de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre ele prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um “poder” discricionário. (MELLO, 2012, pg. 9)

Sendo assim, em razão do critério da ordem cronológica de pagamento ser norma de natureza pública impositiva, não cabe ao administrador usar da discricionariedade administrativa para efetivação deste dever. Como já estudado alhures, a fixação de critérios para aferição da ordem cronológica das exigibilidades deve pautar-se em requisitos objetivos e devidamente delimitados, de modo que não falte nem dificulte o controle social sobre os atos desta natureza. Veja-se o que diz JUSTEN FILHO:

Ou seja, o tema não pode ser remetido à avaliação discricionária da Administração, em momento posterior à instauração da licitação, da formalização do contrato ou (muito pior) à execução da prestação a cargo do particular. A predeterminação das condições de exigibilidade deriva dos já referidos princípios da intangibilidade da equação econômico-financeira e da moralidade.

Se a Administração não estabelecer previamente os requisitos para a sua dívida tornar-se exigível, será impossível ao particular formular uma estimativa acerca do prazo de pagamento. Nem haveria seriedade na conduta da Administração que se reservasse a faculdade de escolha do momento em que a própria dívida se transformaria em exigível. Aliás, o próprio art. 5º teria sua função frustrada. (2016, pg. 172)

E, arremata o autor, dizendo:

Como outro corolário dos princípios constitucionais já indicados, também é inafastável que a exigibilidade do crédito somente poderá ser condicionada a requisitos objetivos. Não se pode conceber que a exigibilidade seja submetida a uma escolha discricionária da Administração, o que desaguardaria no resul-

tado inadmissível de submeter a questão a um juízo de conveniência e oportunidade da autoridade pública.

Se a dívida somente se tornasse exigível após ato unilateral e discricionário da Administração, estaria frustrada a disciplina constitucional imposta pela ideia de Estado de Direito e pelos princípios da intangibilidade da equação econômico-financeiro do contrato administrativo e da moralidade. Em suma, a obrigação torna-se exigível não porque a Administração com isso concorda, mas porque foram preenchidos os requisitos legais e infralegais necessários. (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 172/173)

Conclui-se, portanto, que se revela incabível conceber que o dever de cumprir com o quanto disposto no art. 5º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos se trata de um poder discricionário. Pelo contrário, trata-se de um poder vinculado da administração, não cabendo ao administrador margem de liberdade a fazer além do que delimitado pela norma regulamentadora da matéria, que deverá estabelecer critérios objetivos de aferição de cada caso concreto, inclusive quanto àqueles que se enquadrem porventura nalguma exceção à regra, para a qual manda a lei seja o ato devidamente motivado.

2.7. A FATURA

A obrigação de a Administração quanto ao cumprimento da exigibilidade da ordem cronológica de pagamento dar-se de modo automático, não havendo, portanto, necessidade de qualquer requerimento ou formalidade por parte de qualquer interessado “Ou seja, a dívida não depende, para tornar-se exigível, de algum documento formal encaminhado pelo particular”. (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 174)

Acrescenta JUSTEN FILHO acerca da irrelevância da apresentação, por si só, para que a Administração Pública cumpra seu dever de efetivar a norma prevista no art. 5º da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos:



Justamente por isso, a prática de encaminhamento de faturas é algo irrelevante para o efeito da exigibilidade. O particular encaminha a fatura à Administração porque é titular de uma obrigação exigível e não o inverso. Ou seja, a obrigação da Administração não se torna exigível porque recebeu uma fatura. (2016, pg. 175)

Do mesmo modo, a Administração Pública deve agir de ofício quanto ao cumprimento da obrigação que lhe é imposta, ora em estudo, haja vista seu dever legal de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos.

Não se contraponha que a Administração necessita ser provocada para pagar e que, sem receber a fatura, não teria conhecimento do dever de pagar ou da intenção de o particular receber. Esse raciocínio apenas poderia aplicar-se no campo do direito privado, que distingue entre obrigações portáteis e quesíveis (tradução um pouco problemática das expressões francesas *portable e quérable*). No campo privado, autonomia da vontade é compatível com diferentes alternativas no tocante à constituição e liquidação de obrigações. Já no âmbito da atividade administrativa do Estado, a situação é radicalmente distinta. A constituição de qualquer dever contratual pressupõe estrito controle e prática de formalidades prévias indispensáveis.

Não é possível imaginar que algum preposto atuaria de modo a produzir obrigação cuja existência e extensão fosse desconhecida à Administração. Basta anotar que, como regra, é obrigatória a observância da forma escrita para a contratação (Lei 8.666/1993, art. 60, parágrafo único). O princípio da legalidade e a disciplina vinculada eliminam efeitos inerentes ao informalismo que prevalece no âmbito da atividade privada. Essa disciplina tornou-se ainda mais estrita em virtude da Lei de Responsabilidade Fiscal. A Administração dispõe não apenas do dever de pagar, mas também o regime jurídico a que se sujeita impõe-lhe o dever de conhecer todas as suas dívidas e controlar a respectiva exigibilidade. (2016, pg. 175)

Sendo assim, o pagamento é parte final do procedimento. A Administração, de antemão, já possui, ou pelo menos deveria possuir, todos os informes basilares e necessários à completa instrução do processo de pagamento, visto que deve necessariamente fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais diretamente e/ou auxiliado por terceiros (Lei nº 8.666/93, art. 67). É que na forma e nos termos do art. 68 da Lei nº 8.666/93 “O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato”, sendo certo que isso não desincumbe a Administração Pública de nomear pessoa especialmente designada para fiscalização de cada um de seus contratos administrativos, haja vista expressa disposição legal constante do art. 67 da Lei de Licitações: “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiro para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”. Significa dizer que não há justificativa para que se proteja pagamento por ausência de conhecimento da Administração sobre o conteúdo da fatura, pois ela deve acompanhar todo o procedimento desde a licitação até a efetiva realização da despesa com o consequente pagamento.

2.8. RESTOS A PAGAR E ORDEM CRONOLÓGICA DE EXIGIBILIDADE

O efeito normativo do art. 5º da Lei nº 8.666/1993 não se exaure com o término do exercício financeiro. Conforme art. 36 da Lei nº 4.320/64, consideram-se restos a pagar “as despesas empenhadas e não pagas até 31 de dezembro”. Ora, o crédito formado em favor do contratado não perde sua garantia legal de que seja cumprida a ordem cronológica de pagamento pelo simples fato de que a dívida tenha sido inscrita em restos a pagar, isso porque, por força constitucional toda e qualquer obrigação assumida pela Administração Pública deve previamente encontrar amparo no orçamento, de sorte que a má formulação deste não pode gerar consequências gravosas ao fornecedor. É o que ensina JUSTEN FILHO, assim aduzindo:

Trata-se de avaliar se a ordem de preferências continua prevalecendo após exaurido o exercício orçamentário. Iniciado um novo exercício, poderia questionar-se a manutenção da incidência do art. 5º da Lei 8.666/1993. Ou seja, os credores do exercício anterior teriam direito de preferência sobre os do exercício posterior? A resposta afigura-se como inquestionavelmente positiva. A situação não possui explícita previsão legal – mas tal deriva de que a outra alternativa seria materialmente impossível.

Como regra, toda e qualquer obrigação assumida pela Administração somente poderá ser constituída se existir previsão de recursos orçamentários para sua satisfação. Essa é uma determinação constitucional (art. 167, I e II), reafirmada na Lei 8.666/1993. Ademais, devem estar presentes os requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

[...]

Não se contraponha que a ordem de preferências vincula-se à fonte diferenciada orçamentária e que, encerrado o exercício orçamentário, estaria encerrada a incidência do art. 5º da Lei 8.666/1993. Argumento dessa ordem é incompatível com o regime jurídico de Direito Administrativo. O término do exercício orçamentário não acarreta automática extinção das dívidas públicas. Elas continuam existindo. Poderia, isto sim, indagar-se dos especialistas em orçamento como justificar que a dívida não paga no exercício anterior tenha deixado de constar do orçamento do exercício subsequente. Este é o núcleo do problema: o defeito na elaboração do orçamento, que omite inclusão de toda a dívida pública vencida e exigível. Se o orçamento fosse corretamente elaborado, abrangeria todas as dívidas. E seria inquestionável que os titulares das obrigações exigíveis com anterioridade teriam de ser satisfeitos com precedência.

Se o Estado elabora mal suas leis orçamentárias, os efeitos danosos não podem recair sobre seus credores. Aliás, essa tese foi adotada amplamente pela jurisprudência dos tribunais a propósito de outra situação similar. (2016, pg. 180)

Assim, a ordem de preferência prevalece mesmo em se instaurando novo exercício financeiro relativamente às dívidas de exercício anterior, sendo certo que além de haver obrigatoriedade da ordem cronológica em relação aos novos compromissos, também continua prevalecendo esta obrigação legal em



relação a todas as dívidas inscritas em restos a pagar. Vale dizer, todos os restos a pagar têm preferência sobre novas dívidas contraídas pela Administração Pública, bem como entre as faturas constantes do montante de restos a pagar deve-se observar também a ordem cronológica de exigibilidade.

CAPÍTULO III

A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO: TIPIFICAÇÃO PENAL PREVISTA NA LEI Nº 8.666/93

O art. 5º da Lei nº 8.666/1993 prescreve que a Administração Pública tem o dever de seguir a ordem cronológica de exigibilidade para realização de seus pagamentos. De nada adiantaria estabelecer um compromisso compulsório desta natureza sem fixar uma sanção ao administrador que infringisse tal comando normativo. É justamente isso que positiva o art. 92 do mencionado diploma legal, consoante o qual

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:** [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. (g.n)

Por sua vez, a Lei definiu a conduta de pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade como crime punível com detenção de dois a quatro anos e multa.

Como fartamente discutido alhures, deve o administrador público normatizar a exigibilidade das faturas, estabelecendo critérios objetivos e impessoais para a concretização do sentido da lei, a fim de que a tipificação delitiva constante do art. 92 não apanhe o gestor em situação difícil de prestar esclarecimentos em razão de fatos consumados e, *a posteriori*, investigados.

O tipo penal em apreço tem como sujeito ativo o servidor público, sendo que o parágrafo único estende a punição ao particular que de qualquer modo se beneficie da conduta delitiva, somente incorrendo no fato típico, neste último caso, na hipótese de concurso de pessoas.

O sujeito passivo é o Estado e a sociedade, tendo em vista que o patrimônio público e a moralidade administrativa são em cheio atingidos.

“O crime configura-se pela ação ou omissão que produza vantagem indevida para o contratado. Admitir significa aceitar, de modo expresso ou implícito. Possibilitar indica permitir ou dar oportunidade. Dar causa abrange qualquer ação ou omissão que a carrete o resultado danoso” (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 1410).

Também é reprovada a não observância da ordem de apresentação das faturas para efetivar o pagamento. Essa modalidade exige a existência de diversos particulares contratados pela Administração, os quais pleiteiam pagamento pelas prestações executadas. A regra é o pagamento segundo a ordem cronológica da comprovação do adimplemento, tal como previsto no art. 5º da Lei 8.666/1993. Não há crime quando a não observância dessa ordem cronológica for justificável. Assim, por exemplo, podem existir questões orçamentárias: existem recursos disponíveis para o pagamento de certas despesas e não para outras. Ou poderão existir prazos diferentes para liquidação das despesas. Enfim, a reprovação volta-se contra a violação do dever de pagar segundo a ordem cronológica, para cada fonte diferenciada de recursos e segundo as datas de exigibilidade. (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 1411).

O elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico², não se admitido para configuração delitiva o dolo eventual ou a culpa, em quaisquer de suas modalidades. “O crime não se aperfeiçoa simplesmente pela presença dos aspectos ‘descumprimento da norma administrativa’ e ‘atribuição de vantagem indevida ao licitante’. É necessário que o descumprimento da norma administrativa seja

² JUSTEN FILHO alude que “pode-se caracterizar o crime mediante dolo genérico nas hipóteses de infração à ordem de pagamento ou ao prazo de cinco dias. Então, a conduta do sujeito é apta, por si só, a infringir valores jurídicos autônomos”. (2016, pg. 1412)

orientado pelo intento de atribuir vantagem indevida ao licitante” (JUSTEN FILHO, 2016, pg. 1411)

O Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar sobre este dispositivo legal, assim decidiu:

O tipo previsto no art. 92 da Lei 8.666/1993 reclama dolo genérico, inadmitindo culpa ou dolo eventual posto dirigido ao administrador desonesto e não ao supostamente inábil. É que a intenção de desviar e favorecer são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte”. (Anp 226/SP, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux).

O tipo subjetivo do injusto do art. 92 da Lei 8.666/1993 se esgota no dolo, sendo despiciendo qualquer outro elemento subjetivo diverso (REsp 702.628/PR, Rel. Min. Félix Fischer).

Por fim, trata, portanto, o art. 92 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos de tipo penal de ação penal pública incondicionada, podendo ser proposta pelo Ministério Público independentemente de qualquer manifestação de terceiros ou qualquer representação.

CONCLUSÃO

A ordem cronológica de pagamento de faturas conforme a fonte de recurso constitui-se como instrumento administrativo cuja finalidade é a representação aos privilégios pessoais que porventura um dos contratados da Administração Pública possa ter em detrimento de outros.

A obrigação de pagamento pelo serviço prestado, material fornecido e/ou locação ou conclusão de obras públicas decorre do contrato. Trata-se de obrigação legal imposta à Administração (obrigação de dar) e direito do contratado de receber o valor devido, com respeito aos ditames da lei e da justiça. A ordem cronológica de pagamento visa a preservar, dentre outros, os princípios da moralidade e impessoalidade administrativas. Como lembra RONNY CHARLES LOPES TORRES:

“...o próprio constituinte, ao tratar das licitações no inciso XXI do art. 37, ressaltou a necessidade de ‘cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento’. Essa garantia não objetiva proteger, especificamente, a empresa contratada, mas o próprio Poder Público, pois, a insegurança de pagamento se converte em custo, tornando mais cara a contratação. Além disso, a ameaça de não pagamento, usada para extorquir empresários sérios, acaba por afastá-los dos futuros certames, restringindo a competitividade àqueles empresários inidôneos, confortáveis no estabelecimento de relações promíscuas com gestores públicos ímprobos. As investigações feitas sobre recentes escândalos têm externado indícios fortes dos prejuízos que estas relações promíscuas, recheadas de propinas e extorção, podem causar à sociedade” (2017, pg. 100).

Como se percebe pela manifestação do mencionado autor, a violação da ordem cronológica de pagamento pode ser originária de diversos fatores,

inclusive e o mais provável, que é a corrupção a qual infesta diversos segmentos do Poder Público. Por outro lado, a insegurança de recebimento dos créditos no prazo devido, em razão destas graves ilegalidades cometidas por agentes ímprobos, ou afasta os honestos da competição ou faz com que estes precisem aumentar o preço dos produtos pra compensar eventuais prejuízos, razão pela qual a economicidade que deveria permear as avenças públicas resta completamente comprometida, comprometendo-se, via de consequência, toda a cadeia de prestação de serviços públicos, haja vista a corrosão mais fácil da estrutura orçamentária e financeira do ente governamental. Cabem aos contratados fiscalizar este tipo de conduta por parte da Administração Pública, principalmente na órbita dos Municípios. Como ensina RONNY CHARLES:

Assim, identificada a quebra ilegítima da ordem cronológica de pagamentos, deve-se admitir, inclusive, o liminar bloqueio dos pagamentos referentes a obrigações posteriores, até a quitação da despesa cronologicamente anterior. O desrespeito, pelo gestor, da ordem cronológica de pagamentos, exigida pelo legislador, é ato manifestamente ilegal, passível de ataque através de mandado de segurança ou outra medida processual pertinente. Importante frisar que, em sede de mandado de segurança, a medida judicial de combate ao desrespeito à ordem cronológica não se confunde com uma ação de cobrança, nem desrespeita o regime de precatórios, estabelecido pela Constituição federal. O deferimento de eventual liminar ou mesmo a procedência do pedido apenas condenarão o gestor a cumprir a Lei, abstendo-se de realizar pagamentos outros fora da ordem cronológica prestigiada pelo legislador (2017, pg. 101).

Nada obstante, o art. 5º da Lei de Licitações admite exceção à regra de pagamento segundo a ordem cronológica de exigibilidade. Porém, exige-se que a exceção seja motivada e o ato de determinação da quebra da ordem seja devidamente publicado na imprensa oficial.

É importante ressaltar que o dispositivo, excepcionalmente, permite tal quebra na ordem cronológica, desde que presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. Nesse caso, devem ser preenchidos requisitos formais, como a publicação e a apresentação de essenciais razões de interesse público, dadas pela autoridade competente, que poderá sofrer a aplicação penal prevista no artigo 92 desta Lei, caso tal quebra não se amolde à exceção permitida pelo dispositivo. (TORRES, 2017, pg. 101)

A quebra da ordem cronológica é medida excepcional. Deve ser interpretada restritivamente e, previamente, cumprir os requisitos que a Lei exige para sua concretização. Por isso, a necessidade de todos os órgãos públicos regulamentarem esta matéria, a fim de que seja a Administração preservada em sua essência principiológica e o respectivo gestor fique livre de pretensas imputações de natureza penal.

Por fim, cumpre destacar, por tudo que foi visto alhures, notadamente no Capítulo II, que a grande maioria dos órgãos públicos não regulamentou esta matéria, outros nem a observam, como apontou o Tribunal de Contas da União. Significa dizer que os órgãos de controle precisam atuar neste sentido, mas não apenas fiscalizar o ente controlado, porém em sua estrutura funcionar observar estes mesmos critérios de moralidade administrativa, assim como todos os demais.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mecum de Licitações e Contratos*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Editora: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ronny Charles L. de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.