



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 1º/7/09

RELATOR: CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA

PROCESSO Nº 788114 – CONSULTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

PROCESSO N.º: 788.114
NATUREZA: CONSULTA
PROCEDÊNCIA: PREFEITURA MUNICIPAL DE CARLOS CHAGAS
CONSULENTE: MILTON JOSÉ TAVARES DE QUADROS (Prefeito Municipal)

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Consulta subscrita pelo Sr. Milton José Tavares de Quadros, Prefeito Municipal de Carlos Chagas, consubstanciada nos termos a seguir reproduzidos:

“O artigo 62 da Lei 4320, de 17 de março de 1964, reza que “O pagamento da despesa só será efetuado quando após sua regular liquidação”.

O artigo 63, da mencionada lei, aduz in verbis:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I – a origem e o objeto do que se deve pagar;

II – a importância exata a pagar;

III – a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

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

I – o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II – a nota de empenho;

III – os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.



Este município tem uma dúvida no que tange à forma de pagamento de shows artísticos locais, regionais, nacionais e estruturas como palco, sonorização e iluminação, etc.

Ao realizarmos eventos culturais especificamente as festividades tradicionais realizadas nos meses de julho e dezembro, contratamos uma produtora de eventos culturais para execução dos mesmos.

Porém a referida produtora nos exige uma primeira parcela antecipada à realização do evento devido às exigências das bandas, uma segunda parcela no primeiro dia do evento e última parcela no final do mesmo.

Conforme caput do artigo elencado somente ocorre a liquidação quando da execução das atividades contratadas.

Diante do exposto e das dificuldades que este município encontra para esse tipo de contratação, solicitamos desse Egrégio Tribunal uma posição se há alguma legalidade de que na confecção de contrato com produtora artística, esta municipalidade possa estar efetuando estes tipos de pagamento antecipados, devido às exigências das bandas musicais.”

A presente Consulta foi instruída com o parecer da lavra do d. Auditor, Hamilton Coelho, anexado às fls. 07 a 12, o qual consigna conclusão preliminar pelo seu conhecimento.

II - DA PRELIMINAR

Em sede de preliminar, voto pelo conhecimento da presente Consulta, por ser legítima a parte e afeta à competência do Tribunal a matéria nela abordada, de acordo com os artigos. 210, inciso I, 211 e 212, da Resolução TC 12/2008 (Regimento Interno).

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Considero-me impedido de participar da votação por haver atuado como Auditor neste processo.

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.



CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

ACOLHIDA A PRELIMINAR POR UNANIMIDADE. IMPEDIDO O
CONSELHEIRO HAMILTON COELHO.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

III – VOTO

No mérito, respondo, EM TESE, à dúvida suscitada, recorrendo, inicialmente, à doutrina de José Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis, que ao comentarem o *caput* do Art. 63, da Lei 4320/64, prelecionam, *in verbis*:

“Como é fartamente sabido e já o dissemos, a despesa passa, entre outras, pelas seguintes fases: o empenho, já analisado; a liquidação, definida no caput do artigo acima transcrito; e o pagamento, que veremos adiante.

A liquidação é, pois, a verificação do implemento de condição. Quando o órgão de pessoal prepara a folha de pagamento do mês, deduzindo faltas e impontualidades, está na verdade liquidando a despesa de pessoal do mês, embora na prática não se costume utilizar tal expressão em relação a esse tipo de despesa.

Trata-se de verificar o direito do credor ao pagamento, isto é, verificar se o implemento de condição foi cumprido. Isto se faz com base em títulos e documentos. Muito bem, mas há um ponto central a considerar: é a verificação objetiva do cumprimento contratual. O documento é apenas o aspecto formal da processualística. A fase de liquidação deve comportar a verificação in loco do cumprimento da obrigação por parte do contratante. Foi a obra, por exemplo, construída dentro das especificações contratadas? Foi o material entregue dentro das especificações estabelecidas no edital de concorrência ou de outra forma de licitação? Foi o serviço executado dentro das especificações? O móvel entregue corresponde ao pedido? E assim por diante. Trata-se de uma espécie de auditoria de obras e serviços, a fim de evitar obras e serviços fantasmas. Este aspecto da liquidação é da mais transiente importância no caso das subvenções, exatamente, para evitar o pagamento de



subvenções e auxílios a entidades inexistentes. O documento de liquidação, portanto, deve refletir uma realidade objetiva.

Muito cuidado deve ser tomado nos casos de contrato de obras e prestação de serviços em que há estipulação de adiantamentos. Nada na Lei 4320/64 impede o pagamento de uma parcela por antecipação, mas a Administração deve precatar-se com cláusula contratual que garanta a realização da obra ou serviço; ou, em caso contrário, multa por inadimplemento contratual. (grifos meus).

Lembre-se que há despesas ou obrigações que devem ser cumpridas, independentemente de verificação do implemento de condição, tais como as que se originam de mandamentos constitucionais ou de leis ordinárias de qualquer esfera governamental.” (In “A LEI 4320 COMENTADA”, 27.ed. Rio de Janeiro, IBAM, 1996, p.p 123-124)

Desta feita, não há impedimento legal a vedar a realização de despesa com o adiantamento pretendido, devendo a municipalidade, porém, por medida de cautela, estabelecer no instrumento contratual cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço, mediante, também, a fixação de multa pelo descumprimento correlato.

No mais, considerando a abordagem de outros aspectos pertinentes ao objeto da consulta, ratifico o parecer elucidativo emitido pela douta Auditoria, por meio do Dr. Hamilton Coelho, a saber:

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

O art. 40 da Lei Nacional de Licitações e Contratos fixa que:

“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

(...)

*d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por **eventuais antecipações de pagamentos**”. (destaquei)*

Do trecho destacado infere-se que o pagamento antecipado é possível, não para contemplar exigências de prestadores ou fornecedores, mas somente quando implique economia ao erário.



Marçal Justen Filho, autorizado doutrinador, vale-se da jurisprudência do TCU para somar à vantagem econômica, exigida na Lei, mais dois requisitos:

*“Primeiramente, só poderá ocorrer quando **previsto no ato convocatório**. Desse modo, amplia-se o universo de competidores, especialmente aqueles que não dispõem de recursos para custear a prestação. Todos competidores terão reduzidos seus custos e, desse modo, a Administração será beneficiada.*

*Porém, a Administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado deverá ser condicionado à **prestação de garantias efetivas e idôneas** destinadas a evitar prejuízos à Administração.”¹ (destaquei)*

Sustentando que se trata de exceção à regra geral de efetuar o pagamento após a respectiva liquidação, inscrita no art. 62 da Lei n.º 4.320/64, o citado professor explica que o fundamento de tais normas é a aferição objetiva e precisa do montante a ser despendido:

“No Brasil, quando se impugnam os pagamentos antecipados, usualmente se invocam os arts. 62 e 63 da Lei n.º 4.320/64. Tais dispositivos não disciplinam, no entanto, o tema específico, eis que sua finalidade reside em submeter o pagamento a um controle documental adequado. É verdade que o art. 63, § 2º, inc. III, da Lei n.º 4.320/64 determina que a liquidação da despesa ‘por fornecimentos feitos ou serviços prestados’ deverá ter por base a comprovação da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço. Mas a exigência refere-se, obviamente, aos pagamentos devidos em virtude da execução da prestação. O dispositivo não dispõe sobre a situação em que o pagamento seja devido em decorrência de previsão contratual autorizadora de pagamento antecipado. Em última análise, os referidos arts. 62 e 63 visam a exigir que o fundamento normativo e contratual para a realização de pagamento seja apurado objetivamente.”² (destaquei)

Além de autorizada na lei de regência, a antecipação parcial do pagamento é, muitas vezes, fundamental para garantir a ampla participação e a competitividade do certame. Em contratos de grande vulto, por exemplo, a previsão de pagamento diferido excluiria da competição potenciais fornecedores desprovidos do suficiente capital de giro. Tal efeito vai de encontro à política de fomento aos pequenos e médios empreendedores,

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed., São Paulo: Dialética, p. 689.

² Op. cit., pp. 179-180.



consubstanciada, entre outros instrumentos, na redação do art. 33, III, da Lei n.º 8.666/93, e, em última instância, permite às grandes corporações impor políticas de preço desfavoráveis à Administração. Nesse sentido leciona Marçal Justen Filho:

“Muitas vezes, a conveniência da antecipação é evidente. Os recursos estão disponíveis e, destinando-se a certo encargo, não podem ter outra aplicação. Se a Administração não puder efetivar pagamento antecipado, os recursos permanecerão sem utilização durante longo período. Nesse ínterim, haverá desvalorização da moeda. A Administração ainda se sujeitará ao pagamento de reajustes contratuais ou a recomposições extraordinárias de preços.

Em outros casos, a antecipação de pagamento seria obrigatória. São os casos em que o pagamento antecipado seja condição de ampliação do universo de participantes, pois a execução do contrato exige investimentos de grande porte. O pagamento a posteriori representaria uma forma de restrição indireta. Funcionaria como uma pré-qualificação. Somente empresas que detivessem capital de giro compatível com as necessárias inversões teriam condições práticas de participar da licitação. A Constituição veda disposições que possam restringir o ingresso e a participação dos interessados, que se encontrem capacitados a produzir os bens e serviços objeto da licitação. Quando se proíbe o pagamento antecipado e se institui a prévia execução do serviço ou entrega do bem, impõe-se restrição à participação no processo licitatório. Essa restrição é ainda mais reprovável por ser indireta e oculta. Aparentemente, inexistiria empecilho à participação de qualquer interessado. Na verdade, o ato convocatório exigiria um ‘financiamento indireto’ por parte do interessado. Somente poderia participar quem dispusesse de recursos suficientes para antecipar o pagamento das despesas, reavendo os valores após a execução da prestação.”³

Sem deixar de advertir que

*“O pagamento antecipado não pode representar benesse injustificada da Administração para os particulares. A defesa ao fim buscado pelo Estado conduz a que, como regra, o pagamento se faça após comprovada a execução da prestação a cargo do particular.”*⁴

Harmoniza-se com a exegese exposta o comentário do administrativista Jessé Torres Pereira Júnior:

³ Op. cit., pp. 688-689.

⁴ Op. cit., p. 689.



*“(…) de ordinário, o pagamento somente é devido após o adimplemento da obrigação a que se refere, sendo esta também a regra do processo de liquidação da despesa pública (Lei n.º 4.320/64, art. 63, § 2º); nada obstante, haverá a possibilidade de o edital e o contrato autorizarem a antecipação de pagamento em duas hipóteses – em correspondência com a antecipação da execução da obrigação, propiciando descontos para a Administração (art. 40, XIV, d), e nas licitações internacionais, onde poderá prevalecer disposição especial”.*⁵

Assim, pode-se concluir com segurança que a antecipação de parte do pagamento é possível, desde que prevista no instrumento convocatório, no termo de contrato e que, nos termos do art. 40, XIV, d, da Lei Nacional de Licitações e Contratos, redunde em economia ao erário. Além disso, a fim de contingenciar os riscos a que se expõe a Administração, o pagamento antecipado deverá fazer-se acompanhar de prestação de garantia por parte do contratado.”

É o meu entendimento.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Senhor Presidente, antes da votação, gostaria de perguntar uma coisa para o Relator. Sabemos, e eu até em caso concreto – prefeita que fui – acho que essa consulta tem muito a ver com contratação direta por dispensa, na questão de shows, bandas de artistas de renome nacional.

Então, no caso da licitação específica, gostaria de saber se esse entendimento de V.Exa. se aplicaria também no caso da contratação direta por dispensa de bandas com renome nacional, show de Roberto Carlos, etc, porque isso acontece muito em caso concreto. Eu creio que quando colocaram essa informação na consulta, pagamento de shows de artistas nacionais estão também pensando nisso.

⁵ In *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 493.



CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Isso se aplica nos casos de dispensa, que V.Exa. diz, se o caso se enquadrar naquela questão de notória especialização e singularidade. Não trata-se de contratar qualquer banda. Não podemos nos distanciar da regra que legitima a contratação por dispensa. O entendimento do Tribunal é unânime, não é?

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Sim, claro. Contratação direta. V.Exa. poderia então acrescentar isso à consulta?

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Eu estou respondendo, aqui, ao caso que me foi consultado.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

É porque o consulente fala em shows nacionais.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ:

Se constar do instrumento de contrato.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Vai constar no instrumento a natureza da contratação.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Entendo que essa dúvida encontrada pelos municípios, é um problema tão grande que gostaria de sugerir para V.Exa. que enfatizasse e pedisse a publicação dessa consulta também.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Compreendido Conselheira, eu não posso negar a evidência. Se essa contratação a que V.Exa. alude, preenche os requisitos que o Tribunal entende como exigíveis para contratação com dispensa, é evidente que pode ser feita a



antecipação do pagamento, se atendidas as condicionantes que estão aqui no texto. É para qualquer tipo de contratação, porque esta questão antecipa a própria verificação das condicionantes. Se a contratação se dá com dispensa de licitação legítima, a sequência da contratação deverá observar os requisitos da lei.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Fiquei um pouco em dúvida. Achei que estava se atendo muito ao edital na questão da economicidade, se estava atrelada, mas não estava.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Eu estou examinando é uma situação em que é exigível a concorrência. Portanto o edital é peça convocatória básica. Mas se se trata de uma contratação com dispensa de licitação, a justificativa que vai legitimar a dispensa, não tem nenhuma ligação com as demais etapas. As demais etapas têm que ser todas atendidas.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Certo, seria o caso que poderia anteceder a parcela da liquidação.

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

Desde que constasse do contrato.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Desde que conste do contrato a garantia que assegure a prestação de serviço.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

E até aquela disposição do art. 40 que diz: que quando há antecipação, tem que haver alguma vantagem para a administração. A administração não antecipa pagamento se não para ter também um direito ou uma vantagem. É o que afirma Marçal Justen Filho. Senão seria fazer uma benesse para



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

um particular. Não se antecipa pagamento sem ter um desconto correspondente. As partes é que vão convencionar qual é o desconto; e a administração é que vai aceitar ou não.

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

O que é possível se determinadas as condições.

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta presidência também acompanha o voto do Relator.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE. IMPEDIDO O CONSELHEIRO HAMILTON COELHO.