

Título : O PAGAMENTO: ASPECTOS FAVORÁVEIS AO CONTRATADO NO PROJETO DE LEI Nº 4.253/2020
Autor : Cristiana Fortini
Autor : Caio Mário Lana Cavalcanti

DOCTRINA – FEV/2021

O PAGAMENTO: ASPECTOS FAVORÁVEIS AO CONTRATADO NO PROJETO DE LEI Nº 4.253/2020

CAIO MÁRIO LANA CAVALCANTI

Advogado. Especialista em Direito Administrativo, em Direito Processual e em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE), conjuntamente com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (*Ius Gentium Conimbrigae – IGC*) e com a Faculdade Arnaldo. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Arnaldo. Especialista em Direito Administrativo, em Direito Público, em Direito Processual e em Direito Constitucional pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (FEAD-MG).

CRISTIANA FORTINI

Advogada. Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e da Faculdade Milton Campos. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Diretora Regional (MG) do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos de Infraestrutura (IBEJI). Professora Visitante da Universidade de Pisa (Itália). Visiting Scholar na George Washington University (EUA). Especialista em Mediação, Conciliação e Arbitragem pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE).

I – INTRODUÇÃO

Nascida em um contexto marcado por escândalos de corrupção – a exemplo do processo de *impeachment* envolvendo o ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello e o empresário PC Farias –, a Lei nº 8.666/1993 viu na burocratização procedimental e na previsão de cláusulas exorbitantes mecanismos aptos a frear o desvio de finalidade e assim a privilegiar a cautela do interesse público ¹.

A lógica era a seguinte: quanto mais rígido e burocrático o processo, mais difícil de burlá-lo; e quanto mais prerrogativas administrativas, mais instrumentalizada a Administração Pública para salvaguardar o interesse público. A desconfiança que inspira a Lei nº 8.666/1993 volta-se não apenas aos agentes públicos, mas à iniciativa privada.

Desde o seu nascimento, a Lei nº 8.666/1993 é alvo de críticas. Tanto assim, que a proposta de substituí-la não é recente, mas remonta ao início da década de 90 do século passado.

A realidade contribuiu para mostrar a conveniência de alterações. Não só a corrupção persistiu com o advento da Lei nº 8.666/1993, mas o tempo revelou que o uso das prerrogativas públicas, somadas a uma série de riscos a que se sujeitam os operadores econômicos quando contratados por entes estatais, podem afastar o interesse privado em participar das licitações. E isso, por sua vez, não homenageia o próprio interesse público, na medida em que menos interessados implicam menor disputa, maior concentração do mercado e, em tese, menor chance de se encontrar uma proposta satisfatória ².

O Projeto de Lei nº 4.253/2020, que consolida o que deve se tornar a nova lei geral de licitações e

contratos, preserva o perfil da lei em vigor. O traço burocrático se mantém, assim como o desnível na relação entre as partes.

Mas aqui ou acolá traz novidades hábeis a conferir ao particular maior conforto e segurança para participar das licitações públicas.

Neste diapasão, o objetivo deste estudo é expor, brevemente e sem o intuito exaustivo, algumas das supracitadas mudanças pretendidas pelo Projeto de Lei nº 4.253/2020, caso os dispositivos fiquem à margem de vetos presidenciais.

O foco do presente artigo parte sobretudo do que hoje dispõe o atual art. 78, XV, da Lei nº 8.666/1993³. Isso porque uma das mais polêmicas cláusulas exorbitantes é relativa à impossibilidade de o privado suspender o cumprimento de suas obrigações, a despeito do atraso do pagamento pela Administração Pública.

Pretendemos, pois, avaliar o que no Projeto de Lei sinaliza tempos melhores para o contratado no que toca ao pagamento.

II – O ART. 114 DO PL Nº 4.253/2020: DA VEDAÇÃO AO RETARDAMENTO IMOTIVADO DA EXECUÇÃO DE OBRA OU SERVIÇO E DA NECESSÁRIA PRECEDÊNCIA DE DEPÓSITO PARA A EXPEDIÇÃO DA ORDEM DE SERVIÇO

Versa o art. 114, *caput*, do PL nº 4.253/2020 que o “contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.” Ou seja, o comando simplesmente exterioriza a força vinculante e obrigacional dos contratos, lógica aplicável aos contratos administrativos com o tempero dos fundamentos do regime jurídico administrativo.

Trata-se de dispositivo não exatamente inovador, porquanto do art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 já se extrai a necessidade de vinculação das partes às cláusulas contratuais. Nesse sentido, dispõe o mencionado dispositivo legal que os “contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

Ainda assim, destaca-se que o art. 114, *caput*, do Projeto de Lei nº 4.253/2020 exterioriza preocupação com a segurança do contratado, de modo a reter – mas não a extirpar, claro – a extrema desigualdade da relação público-privado: sancionado o PL, há uma disposição expressa e inequívoca no sentido de que a inexecução e o desrespeito contratuais por parte da Administração Pública culminam com direito subjetivo do particular à devida reparação dos prejuízos sofridos, o que privilegia, também, os princípios da boa-fé contratual, da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Neste trilho, o art. 114, *caput*, demonstra a preocupação em atrair o interesse privado para o mercado das contratações públicas – algo que já havia sido idealizado pela Lei nº 11.079/2004.

De mais a mais, pretensão legal importante está insculpida no §1º do art. 114 do PL, segundo a qual resta proibido à Administração “retardar imotivadamente a execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, inclusive na hipótese de posse do respectivo chefe do Poder Executivo ou de novo titular no órgão ou entidade contratante.”

Decerto, trata-se de mandamento que prestigia a impessoalidade e a continuidade da execução contratual, inclusive no tocante às mudanças políticas. A norma, portanto, blinda legalmente o contratado de eventuais empecilhos criados por novos políticos e por servidores recém-nomeados da Administração Pública contratante, dando-lhe maior garantia de estabilização dos deveres e obrigações previstos em contrato administrativo. Ainda que nenhuma consequência expressa ao desatendimento do comando tenha sido prescrita, entende-se que o retardamento imotivado doloso a que faz menção o dispositivo legal pode configurar improbidade administrativa, se comprovado cabalmente a qualificação do ato ilegal pelo elemento subjetivo qualificador do ato ímprobo.

Isso porque, ainda que o ato não configure enriquecimento ilícito ou dano ao erário⁴, é claro o art.

11, I, da Lei nº 8.429/1992 ao prever como ato de improbidade administrativa “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.” De toda sorte, retardar dolosa e imotivadamente a execução de obras e serviços de interesse público viola vários princípios da Administração Pública, dentre eles a impessoalidade, a eficiência, a razoabilidade e a legalidade ⁵.

Além disso, expressiva modificação consta do §2º do mesmo art. 114. Segundo a futura regra (se vetada não for), no caso de “contratações de obras, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada.”

A importância da supradita disposição é indiscutível e está em sintonia inclusive com a preocupação com o planejamento – determinante para o setor público, nos termos do art. 174, *caput*, da Constituição da República –, que foi reforçada também em outros dispositivos ⁶.

E isso é relevante porque a vivência e a realidade das licitações e dos contratos administrativos demonstram que muitos dos problemas envolvendo a temática poderiam ter sido evitados mediante uma maior valorização do planejamento e da boa governança no bojo da fase interna do processo licitatório, quando a esta pouco se vem dando importância. Valoriza-se, assim, o momento pré-edital, o que há muito já vinha sendo reclamado pela doutrina administrativista ⁷.

Nesse sentido, se o planejamento é imperioso, e se cada processo licitatório depende de previsão orçamentária, nada mais justo que a cada expedição de ordem de serviço seja precedida de depósito em conta vinculada, de modo não só a dar maior segurança e conforto para o contratado no âmbito do exercício do objeto contratado, mas também a estimular que o gestor público planeje melhor as contratações públicas.

Deve ser destacado, como já abordado em outro trabalho, que a maior razão para a paralisação das obras públicas não guarda relação com o comportamento dos contratados, mas como a descontinuidade do fluxo orçamentário-financeiro, o que, aliás, corrobora a maior necessidade de planejar as contratações públicas, nos termos anteriormente aduzidos. Nesse sentido, inclusive, conforme se extrai do Acórdão nº 1.188/2007 e do Acórdão nº 1.079/2019, ambos de lavra do Plenário do Tribunal de Contas da União, a paralisação da execução de obras públicas em sua maioria deriva de problemas causados pela Administração Pública ⁸.

O atual art. 7º, §2º da Lei nº 8.666/1993 reclama orçamento detalhado e previsão orçamentária, mas não prevê a necessidade de recursos financeiros para que cada etapa da obra tenha início.

Inexiste, portanto, garantias de pagamento tempestivo. A bem da verdade, as garantias, quando exigidas, são prestadas pelos particulares. Por conseguinte, mesmo que tenha sido indicada a disponibilidade orçamentária, podem não haver recursos financeiros disponíveis não obstante o privado já ter executado o que lhe fora demandado. A isso se alia a regra do atual art. 78, inciso XV, da Lei nº 8.666/1993, considerada cláusula exorbitante por impor um sacrifício do contratado de permanecer executando o que lhe cabe mesmo diante de atrasos nos pagamentos públicos por até 90 (noventa) dias.

Se cada etapa passa a depender do prévio depósito dos valores devidos ao contratado, reduz-se o risco para o privado, o que torna mais atraente a celebração do contrato e em última análise levar à queda do valor das propostas e dos contratos. A norma impulsionará alteração no *modus operandi* da Administração Pública. Ao autorizar a construção de uma escola, por exemplo, os valores correspondentes a cada etapa, assim prevista no cronograma, devem ser previamente recolhidos.

Também deve ser observado o §3º do mesmo artigo, a determinar que os valores depositados segundo o §2º são absolutamente impenhoráveis, de modo a reforçar o conforto do contratado quanto aos valores depositados.

Valoriza-se muito, pelo exposto, a segurança do particular, o que culminará com maior atratividade das licitações, que, por sua vez, valoriza os princípios da competitividade e da vantajosidade, basilares para as contratações públicas. Corrobora-se, nesse sentido, que é ultrapassada a ideia segundo a qual proteger o interesse privado é atuar na contramão do interesse coletivo ou que há antagonismo

constante entre interesse público e interesse privado.

Sem dúvida outros pontos do art. 114 do PL nº 4.253/2020 são importantes, a exemplo do §4º, que impõe que nas “contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital”, e do §5º, que estipula, à semelhança do art. 79, §5º da Lei nº 8.666/1993, que em “caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila.”

No entanto, o presente artigo priorizou a análise do *caput* e §§1º, 2º, e 3º por compreender que são relevantes para a segurança do contratado, na esteira do reconhecimento de que se deve também ter um olhar voltado ao particular, porque afugentá-lo repercute negativamente na órbita do interesse público.

III – O ART. 136, § 2º, IV DO PL Nº 4.253/2020: DA POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO CONTRATUAL PELO CONTRATADO, EM VIRTUDE DA INADIMPLÊNCIA DO ENTE CONTRATANTE

Dentre as cláusulas exorbitantes hoje vigentes na Lei nº 8.666/1993, talvez a mais severa sob o ponto de vista do contratado seja aquela constante do art. 78, XV⁹, que assevera que o particular deve continuar prestando o serviço, executando a obra ou fornecendo os produtos licitados ainda que a Administração Pública esteja inadimplente por um período igual ou inferior a 90 (noventa) dias. Trata-se da relatividade da possibilidade de suscitação da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) em desfavor da Administração Pública, no bojo dos contratos administrativos.

Assim sendo, atualmente, nos moldes do supracitado dispositivo legal, o particular apenas pode rescindir o contrato administrativo, deixando de honrar sua parcela obrigacional, caso a inadimplência do ente contratante ultrapasse o longo período de 90 (noventa) dias.

A justificativa para isso, na ótica do legislador ordinário federal, assim como o é para as demais cláusulas exorbitantes, repousa na supremacia do interesse público. Ou seja, invoca-se o interesse da coletividade manifestado na continuidade da prestação do serviço, na execução da obra pública ou no fornecimento dos produtos licitados, mesmo que o Poder Público não honre a tempo e modo o pagamento contratualmente ajustado.

O perpassar do tempo, no entanto, sugere que a referida cláusula exorbitante, mais que simplesmente exorbitar a lógica da teoria geral dos contratos, pode contrariar o próprio interesse público.

Para além de reduzir a atratividade da contratação pública e a credibilidade pública (a Administração é vista como uma má pagadora), o que culmina com contratações menos competitivas e em tese menos vantajosas, verificou-se que a inadimplência contumaz da Administração Pública violaria a própria continuidade, que em tese a cláusula visa resguardar¹⁰.

Isso por um motivo muito simples: a prestação de um serviço, a execução de uma obra e o fornecimento de produtos demandam dinheiro. Os encargos pecuniários trabalhistas, previdenciários, tributários e de gestão precisam ser honrados e dependem da contrapartida pelo Poder Público.

É claro. Sem a entrada de receitas, não há como honrar as despesas, e não tendo como honrar as despesas, o objeto licitado não consegue ser entregue adequadamente à coletividade, que é quem sofre as consequências práticas disso – consequências práticas essas que agora necessariamente devem ser consideradas, à luz da Lei nº 13.655/2018.

Por isso, a inadimplência contumaz da Administração, sem prejuízo de o particular continuar cumprindo a parte que lhe cabe, traduz um risco ao privado que, para se proteger, inflaciona os valores da proposta ou afasta-se da licitação. Ao revés de acautelar o interesse público, propósito por trás da regra, prejudica-se.

Atento a essa realidade, o Projeto de Lei nº 4.253/2020, se aprovado, suavizará a citada relativização da invocação do contrato não cumprido no âmbito dos contratos administrativos. Se hoje o limite para a inadimplência pública equivale a 90 (noventa) dias, aproximadamente 3 (três) meses, o art. 136, §2º, IV do PL em tela almeja diminuir esse tempo para 2 (dois) meses, senão vejamos:

Art. 136. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: (...)

§ 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses: (...)

IV – atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

Como se vê, portanto, com a sanção presidencial do projeto e posterior publicação da nova lei, o contratado terá direito à extinção do contrato administrativo caso a Administração Pública atrase seus pagamentos em tempo superior a 2 (dois) meses, e não mais 90 (noventa) dias, como prevê a redação atualmente vigente.

A invocação da exceção do contrato não cumprido pelo particular continua relativizada. Com o reforço da importância da fase do planejamento, em princípio, esvazia-se a legitimidade para os atrasos de pagamento. Em verdade, a Lei deveria catalogar expressamente como excepcional a letargia, desencorajando o atraso vulgar. Mas, apesar de algum há algum avanço.

IV – O ART. 140 DO PL Nº 4.253/2020: DAS MAIORES AMARRAS PARA A RELATIVIZAÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICAS DOS PAGAMENTOS

O art. 114 estabelece prioridade de depósito vinculado no caso de obras.

Há no mesmo PL a possibilidade de depósitos vinculados no caso de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, consoante se verifica do art. 120, §3º, III ¹¹, do Projeto de Lei. Para além da não obrigatoriedade, o que já distancia a situação do tópico antes examinado, o dispositivo tem o intuito de proteger a própria Administração Pública, dada a responsabilidade subsidiária diante de débitos trabalhistas não honrados, prevista no atual art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 ¹², cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF na ADC 16, ideia mantida no art. 120, §2º do PL ¹³.

Mas há outros aspectos interessantes também ligados ao pagamento.

No que se refere à exigibilidade de a Administração observar a ordem cronológica de pagamentos por fonte diferenciada de recursos, subdividida pelas categorias dos contratos administrativos – fornecimentos de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços –, trata-se de mandamento já existente no âmbito do art. 5º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e a cabeça do art. 140 do PL nº 4.253/2020 reproduz a mesma ideia. Para fins ilustrativos, destaca-se a integralidade da redação do artigo atualmente vigente:

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

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

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

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

Interessante inovação, no entanto, diz respeito à possibilidade de relativizar a supracitada ordem cronológica, quando presentes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente. A vigente Lei nº 8.666/1993, malgrado já preveja tal possibilidade, não estipula quais seriam essas situações excepcionais de relevante interesse coletivo, conforme se extrai da redação supratranscrita.

Isso, claro, gera extrema insegurança ao contratado no tocante ao pagamento. Afinal, interesse coletivo é conceito jurídico demasiadamente indeterminado ¹⁴.

Tal abertura semântica facilita a prática de arbitrariedades e irregularidades. Por exemplo, caso a autoridade pública competente receba vantagens escusas para a relativização da citada ordem, certamente a justificativa para tanto é mais facilmente realizada quando se está diante de conceito abstrato.

Essa realidade coloca o contratado de boa-fé em situação de instabilidade, haja vista que, apesar de a Lei nº 8.666/1993 garantir-lhe uma ordem de pagamento a ser seguida, permite a relativização sem balizas bem determinadas, mediante a utilização de um conceito jurídico que certamente é um dos mais indeterminados do Direito Administrativo: o interesse público.

Uma vez sancionado o Projeto de Lei nº 4.253/2020, tal cenário de insegurança restará bastante diminuído, na medida em que o pretendido §1º do art. 140 ¹⁵ traz, de modo taxativo e exclusivo, quais são as hipóteses em que poderá ser relativizada a ordem cronológica dos pagamentos, quais sejam: (i) perturbação grave da ordem, emergência ou calamidade pública; (ii) se demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto contratual, o pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, sociedades cooperativas e microempreendedor individual; (iii) se demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto contratual, o pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes; (iv) pagamentos de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada e (v) quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação do serviço ou o cumprimento de missão institucional, o pagamento de contrato cujo objeto seja indispensável para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade ¹⁶.

Veja-se que, ainda que a proposta legislativa continue a manter conceitos jurídicos indeterminados – tais como perturbação da ordem, calamidade pública, emergência, risco de descontinuidade –, o progresso para a valorização da segurança e do conforto do contratado é enorme e relevante, haja vista que várias balizas foram traçadas para a relativização da ordem cronológica de pagamentos, que hoje pode ser reposicionada sob a abstrata justificativa da consecução do interesse público.

E, ainda, uma vez mais inovando no que se refere à Lei nº 8.666/1993, o PL impõe que a justificativa prévia para a dita relativização deverá ser comunicada ao órgão administrativo de controle interno e ao tribunal de contas competente, certamente no afã de que tais órgãos de controle possam exercer a averiguação da legalidade e da legitimidade dos atos administrativos. Isso é um desestímulo para os agentes públicos corruptos e, logo, para a relativização indevida da ordem de pagamento.

Ademais, o §2º do novo artigo pretendido impõe expressamente que dados sobre a ordem cronológica em tela e a justificativa para eventual relativização serão disponibilizados mensalmente na rede mundial de computadores ¹⁷, o que contribui para o controle social, imprescindível para o princípio participativo, nota fundamental do Estado Democrático de Direito ¹⁸. Tal exigência, embora hoje aplicável com lastro nos princípios da publicidade e da transparência, não vem expressa na vigente Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Conclui-se, ante o deslindado, que o art. 140 também é importantíssimo para que sejam conferidas ao contratado maior segurança e conforto para contratar com o Poder Público, hoje bastante depreciados face à vigente e problemática sistemática licitatória pública.

V – CONCLUSÃO

A proteção do interesse público primário, assim compreendido o “interesse resultante do conjunto

dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”¹⁹, não se coaduna com o aniquilamento do interesse privado.

Nesse contexto da necessária aproximação entre o público e o privado, embora ainda mantenha a sistemática burocrática e a verticalização extrema dos poderes administrativos, o PL nº 4.253/2020 inova ao olhar o aspecto do pagamento de forma a conferir maior segurança ao particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARÃO, Tatiana. O PL nº 1292/95 e a importância do planejamento das contratações. **Portal Observatório da Nova Lei de Licitações**, 04 de novembro de 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Caio Mário Lana. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

_____. **Uma teoria do dever fundamental de pagar tributos**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. O seguro-garantia no âmbito do Projeto de Lei nº 1.292/1995. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de novembro de 2020.

_____; RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. A modelagem da licitação: tipos de julgamento e modalidade. In: SADDY, André; MORAES, Salus (coord.). **Tratado de parceria público-privada: teoria e prática**. Volume 4, coordenado por Cristiana Fortini. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Reforma da lei de licitações: como podemos piorar? **Direito do Estado**, ano 2016, número 280.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública? **Direito do Estado**, Ano 2016, número 95.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. 10 tópicos mais relevantes do projeto da nova lei de licitação e contrato. **Portal Observatório da Nova Lei de Licitações**, 18 de dezembro de 2020.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Recursos, impugnações e pedidos de esclarecimentos. In: SADDY, André; MORAES, Salus (coord.). **Tratado de parceria público-privada: teoria e prática**. Volume 4, coordenado por Cristiana Fortini. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹ Nesse contexto, interessante conferir: MARTINS, Ricardo Marcondes. Reforma da lei de licitações: como podemos piorar? **Direito do Estado**, ano 2016, número 280.

² Não por outra razão, a Lei nº 11.079/2004, que trata das Parcerias-Público Privadas, representa um corte em face do que oferece a Lei nº 8.666/1993, visando a diminuir o desequilíbrio da relação e,

assim, atrair a iniciativa privada no bojo das concessões especiais.

³ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

⁴ Isso pois a configuração do ato ímprobo violador dos princípios da Administração Pública, nos moldes do art. 11 da LIA, prescinde da presença do enriquecimento ilícito ou do dano ao erário. Nesse sentido, conferir: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.103.

⁵ Importante ressaltar que é indevida a banalização da improbidade administrativa, em que se compreende a utilização vulgarizada de conceitos abertos, tais como os princípios, para a penalização de agentes públicos. Assim, malgrado o retardamento imotivado que trata o dispositivo possa em tese configurar ato ímprobo, a condenação do sujeito ativo deve se dar com prudência e proporcionalidade, somente se comprovado cabalmente o dolo, um mínimo de desonestidade, enfim, o intuito deliberado de infringir os princípios da Administração Pública, sempre respeitado o devido processo legal em toda a sua plenitude. Nesse sentido, conferir: CAVALCANTI, Caio Mário Lana. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, p. 263.

⁶ Por exemplo, o art. 12 prevê um plano de contratações anual e o art. 11, parágrafo único traz expressa a gestão de riscos, sendo que ambos são instrumentos que valorizam o planejamento nos processos licitatórios. Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. 10 tópicos mais relevantes do projeto da nova lei de licitação e contrato. **Portal Observatório da Nova Lei de Licitações**, 18 de dezembro de 2020; CAMARÃO, Tatiana. O PL nº 1292/95 e a importância do planejamento das contratações. **Portal Observatório da Nova Lei de Licitações**, 04 de novembro de 2019.

⁷ Nesse sentido, conferir: FORTINI, Cristiana; RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. A modelagem da licitação: tipos de julgamento e modalidade. In: SADDY, André; MORAES, Salus (coord.). **Tratado de parceria público-privada: teoria e prática**. Volume 4, coordenado por Cristiana Fortini. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019, p. 53; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Recursos, impugnações e pedidos de esclarecimentos. In: SADDY, André; MORAES, Salus (coord.). **Tratado de parceria público-privada: teoria e prática**. Volume 4, coordenado por Cristiana Fortini. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019, p. 167.

⁸ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. O seguro-garantia no âmbito do Projeto de Lei nº 1.292/1995. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de novembro de 2020.

⁹ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

¹⁰ Nesse sentido, destaca-se a reflexão de Joel Niebuhr: “Os impactos do inadimplemento da Administração para os contratados são óbvios, muitos quebram. No entanto, os prejuízos causados à própria Administração pelo seu inadimplemento talvez não sejam tão evidentes. De plano, aqueles que poderiam oferecer boas propostas, vislumbrando a inadimplência, optam por não concorrer à licitação ou, agindo em sentido contrário, formulam proposta de preço que contenha compensações por eventuais prejuízos, isto é, proposta com sobrepreço. A Administração paga mais caro porque é inadimplente. Esse modo de agir já foi incorporado na prática dos licitantes e de expressiva parcela da Administração, alimentando ciclo vicioso que provoca largas perdas para os cofres públicos. Nesse cenário, a Administração sofre em razão de estridente falta de credibilidade, tudo em vista de prática irresponsável, ao sabor de ingerências políticas estranhas ao interesse público. É essencial, para toda atividade administrativa, em especial no tocante à licitação pública e ao contrato administrativo, que o

Poder Público recupere sua credibilidade. Sem a confiança de terceiros, será muito difícil que a Administração passe a celebrar contratos efetivamente vantajosos ou mesmo com preços compatíveis com os do mercado.” Conferir: NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública? **Direito do Estado**, Ano 2016, número 95.

¹¹ Art. 120. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (...) §3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas: (...); III – efetuar o depósito de valores em conta vinculada. No mesmo sentido, conferir o art. 141 do PL.

¹² Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

¹³ Art. 120. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (...) § 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

¹⁴ Nesse sentido, com acerto explicam Emerson Gabardo e Maurício Corrêa de Moura Rezende que, ao “se falar de interesse público, a questão ganha contornos mais imbricados. O ordenamento jurídico, em um Estado Social e Democrático de Direito, alberga uma quantidade plúrima de interesses que são agasalhados dentro da expressão ‘interesse público’ – os quais podem até mesmo serem contraditórios.” Conferir: GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

¹⁵ Transcrevem-se, nesse sentido, para elucidar a leitura e ilustrar os pontos ora destacados, o *caput* e §§1º, 2º e 3º do art. 140 do PL nº 4.253/2020:

Art. 140. No dever de pagamento pela Administração será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida pelas seguintes categorias de contratos: I – fornecimento de bens; II – locações; III – prestação de serviços; IV – realização de obras.

§ 1º A ordem cronológica de que trata o *caput* deste artigo poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações: I – grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública; II – pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedades cooperativas, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato; III – pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, 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; 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 A inobservância imotivada da ordem cronológica de que trata o *caput* deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.

§ 3º O órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, na seção específica de acesso à informação de seu sítio da internet, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração da ordem.

¹⁶ No âmbito da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON, o anexo único da Resolução Atricon nº 08/14 já afirmava a necessidade de prever, ainda que de forma não taxativa, os casos que poderiam configurar relevante interesse público para relativizar a ordem cronológica de pagamento, em uma de suas diretrizes: “Promover ações junto aos jurisdicionados, visando à edição de lei local e/ou decreto que regulamente o cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/1993, contemplando, no mínimo: (...) 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 nº 8.666/1993;”

¹⁷ Também no que se refere a tal disponibilização na rede mundial de computadores, no âmbito da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON, o anexo único da Resolução Atricon nº 08/14 igualmente já afirmava sobre essa necessidade em uma de suas diretrizes: “Definir como obrigatória a implementação, por parte da Administração Pública, de sistema informatizado que possibilite a divulgação em tempo real, na rede mundial de computadores, das diversas ordens cronológicas e das respectivas listas de credores, com ampla acessibilidade a qualquer cidadão, em atenção ao prescrito na Lei nº 12.527/11 (Lei da Transparência).”

¹⁸ Nesse sentido, conferir: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 285; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. **Uma teoria do dever fundamental de pagar tributos**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019, p. 28; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 145.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61.

Como citar este texto:

CAVALCANTI, Caio Mário Lana; FORTINI, Cristiana. O pagamento: aspectos favoráveis ao contratado no Projeto de Lei nº 4.253/2020, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 13 fev. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.