

Brasília, 14 de maio de 2021  
**Ofício nº 32/2021**

Ao Excelentíssimo Senhor  
**Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes**  
Ministro da Economia

**C/C.** Ilustríssimo Senhor  
**Cristiano Rocha Heckert**  
Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e  
Governo Digital do Ministério da Economia

**Referência: regulamentação de dispositivos da Lei nº 14.133/21**

Senhor Ministro,

A nova Lei de Licitações e Contratos reclama a edição de considerável número de regulamentos para os quais esta Pasta iniciou uma série de consultas públicas acerca dos textos já elaborados e a revisão de preexistentes.

Essa série de consultas públicas teve início poucos dias depois da publicação do novo texto legal e, antes mesmo que as comunidades técnica e jurídica pudessem maturar as novas disposições e debater os regulamentos propostos, os exíguos prazos de algumas consultas se deram.

Por conta disso, em Ofício anterior (nº 27/2021 de 29/4/2021) foi manifestado o duplo interesse: de um lado, que as consultas fossem realizadas em prazos factíveis e que não representassem um simulacro de consulta; de outro lado, fosse reaberta a oportunidade de as comunidades técnica e jurídica se posicionarem acerca das consultas já encerradas ou em vias de.

Considerando a resposta advinda na Nota Informativa SEI nº 13014/2021/ME, foi posicionado que os prazos das consultas em aberto (e futuras) teriam sido revistos (com alguma dilação) e que as consultas já fechadas, inobstante padecessem do mesmo vício, assim permaneceriam.

No entanto, considerando o disposto no Art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a” da Constituição da República, nesta oportunidade se apresentam pontos relevantes sobre o normativo de ordem cronológica de pagamentos, a que se espera não só sejam conhecidos como considerados, resguardando-se os princípios e normas a que, de fato, se interligam e foram preteridos.

Nesse sentido, são aqui feitas 4 considerações.

A primeira delas, central à regulamentação em tela, diz respeito ao marco inicial de lançamento da despesa na ordem cronológica de pagamentos.

A regulamentação ainda vigente trata da “*apresentação da fatura*”, providência ocorrida após a medição realizada sobre o objeto contratual.

A proposta, a este tempo, é que o marco inicial se dê com a “*liquidação da despesa*”, o que não significa uma mudança nem sutil e nem insensível.

Ao contrário, a mudança – para além de estar completamente dissociada da dicção da lei, da jurisprudência, dos editais e dos contratos, impactando nos direitos livremente assumidos por contratantes e contratados – repercute sobre os princípios da eficiência e da segurança jurídica, a que o regulamento não poderia desatender.

De início compreenda-se que não houve, entre a redação da Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/21, nenhuma determinação dissonante do que se deva entender por *exigibilidade de pagamento*.

Isso significa que as orientações emitidas nos termos da lei anterior permanecem válidas, tal e qual, para a lei posterior. E se, do ponto de vista legal, não fora a intenção do legislador dispor de maneira distinta, não é lícito à norma regulamentar exorbitar dos limites que lhe são próprios para trazer posicionamento tão dissonante.

Ao contrário, a situação é tipicamente de extravaso do poder regulamentar, para alterar sobremaneira o marco inicial da ordem cronológica e impor retardos pelos quais apenas o contratado terá de arcar.

E, não bastasse isso, alterando o que previsto em editais e contratos que serão atingidos pelo início de vigência da norma pretendida.

Para além de essa modificação ser ilegal *de per se*, já que a modificação unilateral dos ajustes somente pode ser feita nos termos da lei e pelos veículos havidos entre as partes, a LINDB veda o comportamento surpresa, de alterar posicionamentos dantes fixados e assentes para se estabelecer novas roupagens sem qualquer regra de transição, aniquilando o direito à segurança jurídica.

Assim que, para as naturezas jurídicas de cada tipo de contrato, o marco inicial da exigibilidade do pagamento é claro e posto em documentos que a regulamentação não pode alterar.

Nesse sentido, por exemplo, a clássica decisão do Tribunal de Contas da União, tomada há quase 2 décadas, de que se “*efetuem 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 dos serviços, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.666/93, com as alterações dadas pela Lei nº 8.883/94*”<sup>1</sup>.

Com efeito, “*o momento da fixação da exigibilidade variará segundo a natureza do contrato, mas jamais ficará sob o controle da Administração* – que não poderá,

---

<sup>1</sup> UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 888/2004. Plenário, Relator Ministro Adylson Motta, j. 7/7/2004.

assim, **manipulando o conceito de exigibilidade**, modificar a ordem legal das exigibilidades”<sup>2</sup>.

Isso porque a preterição desse momento para transferir a exigibilidade para após a liquidação da despesa, que está sujeita – infelizmente, diga-se – a providências que dependem da Administração Pública para as quais não há prazos que sejam cumpridos, exigidos ou peremptórios, transfere a exigibilidade do pagamento para um futuro incerto, incontrolável e impreciso.

O resultado disso é a situação absurda de as empresas permanecerem à mercê dos órgãos públicos, que não liquidam as despesas (inclusive sem que se indiquem razões hábeis a sustentar a inércia), sem que possam se valer de outros mecanismos legais (inclusive para suspensão e rescisão contratual) face à inadimplência estatal.

Com efeito, tornando-se incerto o marco inicial de exigibilidade do pagamento, o ingresso da exigibilidade na ordem cronológica se tornará a nova forma de burla à exigência dessa. As empresas se verão na ingrata e injusta posição de não terem como discutir seu direito subjetivo à ordem e ao pagamento, tolhendo-se o verdadeiro sentido proposto pela Lei e que ao regulamento não cabia modificar.

Esse retardo, inclusive, poderá decorrer (e é natural assim supor) de interesses espúrios, antidemocráticos e corruptivos, em relação aos quais a regulamentação jamais poderia ser estímulo.

Como dito em doutrina, é preciso um “*freio às falcatruas*” e a implantação de “*útil mecanismo moralizador*”<sup>3</sup>.

O TCU já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema e recomendar que atente para o “*registro da data de vencimento da obrigação, conforme previsto nos contratos/notas de empenho ou a contar da data de ateste*”, permanecendo no espectro de obrigações do administrador possuir “*mecanismo interno de acompanhamento do vencimento da obrigada, para permitir maior controle do processo e evitar atrasos na efetivação dos pagamentos*”<sup>4</sup>.

Além disso, que os órgãos diligenciem na “*definição e implementação de rotinas e prazos máximos para ateste nos recebimentos de material/serviço e para a verificação da conformidade documental, atentando para a diversidade serviços/fornecimentos e para a estrutura do órgão, de forma a dar cumprimento*”<sup>5</sup> ao disposto em lei aqui já exortada.

Afinal de contas, todos os cuidados de “*regular gestão contratual e que permitam identificar se todas as obrigações do contratado foram cumpridas*” devem se dar antes do ateste, nada mais retardando a ocorrência do pagamento<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> PEREIRA, César A. Guimarães. **A ordem cronológica nos pagamentos da administração pública** apud <https://www.migalhas.com.br/depeso/8174/a-ordem-cronologica-nos-pagamentos-da-administracao-publica>. Acesso em 12/5/2021.

<sup>3</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 169.

<sup>4</sup> UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão n. 2.360/2018. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 10/10/2018.

<sup>5</sup> UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão n. 2.360/2018. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 10/10/2018.

<sup>6</sup> UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão n. 2.360/2018. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 10/10/2018.

A determinação à SEGES, de que a regulamentação levasse em conta essa metodologia, já havia sido expedida pelo TCU, que afastou pudesse a inclusão se dar em razão da liquidação da despesa.

Nesse sentido,

*Com vistas à observância da ordem cronológica de pagamento de obrigações decorrentes de fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços atentando especialmente para os seguintes pontos:*

*9.2.1. a ocasião em que o credor deverá ser inserido na sequência de pagamentos, considerando):*

*9.2.1.1. a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação da de fatura ou documento equivalente pelo contratado;*

*9.2.1.2. o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, esclarecido que, 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<sup>7</sup>.*

Deve ser recordado que o TCM-RJ já condenou tal medida, entendendo que a ordem cronológica de pagamento não pode considerar a liquidação e sim a exigibilidade, sob pena de grande margem de manobra para o gestor público decidir o que enviar à liquidação ou não.

Mais que isso.

A ATRICON há anos revela sua preocupação com o tema, tendo aprovado a Resolução nº 3206/14 com diretrizes sobre o tema.

Deve ser destacado que a ATRICON salientou na Diretriz 10 que o marco é o adimplemento contratual mediante a apresentação da fatura ou documento equivalente.

A mesma ATRICON menciona a necessidade de fixação de prazo máximo para a realização de prazo limite para a 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.

Conforme Diretriz 11, “*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)*”.

Assim que se sugere, a um só tempo, seja mantida a dicção de que a inclusão se dá a partir da emissão da fatura, além de se disciplinar os prazos para a Administração Pública avaliar aceites e liquidações de despesa.

Assim que é fundamental o ajuste do texto referido.

---

<sup>7</sup> UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 551/2016. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 9/3/2016.

Destacamos, ainda, que a ATRICON há muito afirma que é preciso que o regulamento preveja o prazo limite para a 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 contratual.

É chegada a hora, portanto, para tal previsão, nada justificando que o regulamento se esquive da indicação de prazos à própria Administração Pública, inclusive em decorrência de um normativo legal onde foram prestigiados planejamento e governança como seus eixos estruturantes.

Neste momento sugere seja de 30 dias contados da apresentação da fatura, considerando ser esse, em regra, o prazo para pagamento dessa.

Na mesma esteira, outros dispositivos que levam em conta essa mesma questão, como é o caso do Art. 5º.

A segunda consideração a ser posta diz respeito ao que poderia, em razão de ajustes na documentação do contratado, ser feito em relação ao “lugar na fila” para pagamento.

Há um erro substancial na redação na dicção do §4º seguinte, *“a permanência da condição de irregularidade, sem a devida justificativa ou com justificativa não aceita pela Administração, pode culminar em rescisão contratual”*.

Essa previsão ultrapassa os limites do poder regulamentar e indica a possibilidade de ocorrência de medida extrema (e ameaça embutida) incompatível com princípios aplicáveis à espécie, além, evidentemente, das regras de sobre direito apostas na LINDB a partir da Lei nº 13.655/18.

Com efeito, a rescisão é medida extrema e não pensada, nem pelo legislador da Lei 14.133/21 que, na toada do princípio da segurança jurídica, referido no art. 5, exige a ponderação das consequências e nega a nulidade como saída para irregularidades que possam ser sanadas.

Com efeito, a norma se torna impertinente para um normativo de regulamentação da ordem cronológica, para dispor sobre possíveis rescisões contratuais ao arrepio da lei, do próprio edital e do contato de boa-fé firmado entre as partes.

O máximo que irregularidades procedimentais intransponíveis podem gerar, na esteira de posicionamentos do TCU já exortados, é que os pagamentos permaneçam retidos até regularização (se assim autorizado esteja pela norma editalícia).

Por conta disso, sua retirada do texto é medida que se impõe.

A propósito, a ATRICON já havia abordado o assunto, afirmando que as razões para *eventuais suspensões* dos créditos na ordem cronológica, diante de ausência de comprovação do cumprimento das obrigações legais e contratuais também devem constar do regulamento.

Veja-se que não apenas o caso seria de suspensão, como se deveria arrolar que razões seriam essas.

A terceira consideração a ser feita é quanto à impropriedade do §5º do mesmo Art. 5º, que prevê a faculdade de “*retenção dos créditos decorrentes dos contratos até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas*”.

Contudo, cabia a referência expressa de que isso só é possível com respeito a contraditório e ampla defesa, com todos os recursos e meios a esses inerentes, a partir de processo administrativo, para atender à dicção do Art. 5º, inc. LV da Constituição Federal.

Além disso, o uso da hipótese somente é possível nos termos do Art. 139, inc. IV da Lei nº 14.133/21, ou seja, como decorrência de extinção contratual ocorrida após o respeito aos direitos referidos.

A última consideração diz respeito aos ajustes terminológicos necessários em partes do texto proposto originalmente e na consulta, a fim de que se adequem aos sentidos conceituais que os termos contêm.

Nesse sentido, os seguintes ajustes:

- a)** No parágrafo único do Art. 1º os procedimentos a serem observados não são relativos à ordem cronológica dos pagamentos senão que à “operacionalização e controle” da referida ordem, procedendo-se ao ajuste na redação; e
- b)** No Art. 4º, a ordem cronológica é dos pagamentos e não das exigibilidades, a sugerir a correção conceitual e terminológica.

Certos de que as questões serão recepcionadas, em atenção à melhor técnica de direito, prevenção, transparência e justiça, antecipamos sinceros agradecimentos e reiteramos nossos protestos de elevada consideração e apreço.

Respeitosamente,



**Emir Cadar Filho**  
Presidente da BRASINFRA

