

Ordem cronológica de pagamentos nas contratações públicas: procedimentos, relevância e inovações trazidas pela nova Lei de Licitações e contratações públicas aprovada pelo Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 4.253/20)

Pedro Henrique Fernandes Barros

Advogado, especialista em Finanças Públicas pela Escola de Direito de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas (2020) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) (2016). Membro permanente do Grupo de Estudos em Direito dos Transportes da Universidade de Brasília (GETRA/UnB).

Resumo: O presente artigo traz uma interpretação sistemática do regramento relativo à ordem cronológica de pagamentos nas contratações públicas, a partir de uma definição dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela Lei nº 8.666/93. Busca-se ressaltar a importância do instituto, por ser ele a realização dos princípios da impessoalidade e isonomia, que devem nortear toda a atuação administrativa. Procura-se traçar um paralelo entre o atual regramento e as inovações trazidas pelo PL nº 4.253/20, aprovado pelo Congresso Nacional, principalmente no que concerne às hipóteses de exceção ao cumprimento da cronologia e aos instrumentos de controle voltados à sua efetivação na prática administrativa.

Palavras-chave: Ordem cronológica; pagamentos; administração; inovações

Sumário: Introdução – **1** Ordem cronológica definida para cada “unidade da Administração” – **2** Ordem cronológica definida para cada “fonte de recursos” – **3** Ordem cronológica definida para cada “categoria de contrato” – **4** O problema da exigibilidade – **5** Exceções à ordem cronológica de pagamentos – **6** Controle quanto ao cumprimento da ordem cronológica de pagamentos – Conclusão – Referências

Introdução

Apesar de sua importância como corolário direto do princípio da impessoalidade esculpido na Constituição, a ordem cronológica de pagamentos nas contratações públicas teve tratamento incipiente e confuso pela Lei nº 8.666/93, fazendo com que o instituto restasse praticamente ignorado na prática administrativa.

Antes de fazer ponderações mais aprofundadas sobre tal regra, mostra-se necessário entender sua origem e finalidade no meio administrativo. Uma das principais mudanças de paradigma do Estado moderno para o Estado contemporâneo foi a percepção de que, por si mesmo, o Poder Público não é capaz de abarcar toda a gama de necessidades da coletividade. A partir dessa percepção, as parcerias contratuais com entes privados para a consecução de serviços públicos vêm se desenvolvendo e se aperfeiçoando ao longo dos anos.

Em regra, essas relações contratuais entre o Estado e empresários ou sociedades empresárias, visando, esses últimos, precipuamente o lucro, ocorrem de maneira bilateral, comutativa e onerosa. Desse modo, se o Estado contrata um serviço para melhor atender à coletividade, precisa, evidentemente, pagar por ele. A questão que se coloca, todavia, é: como organizar o dispêndio desses recursos públicos empregados no pagamento de particulares de forma isonômica e impessoal?

A Administração Pública, contrariamente à iniciativa privada, não se rege pelo simples interesse daqueles que são responsáveis por sua gestão; mas obedece a princípios e regras calcados na realização de uma vontade funcional objetivamente considerada. Ou seja, é preciso que o ato de vontade da Administração, mais conhecido como ato administrativo, seja produzido a partir de um encadeamento de fatos e atos, regidos por princípios e regras, a partir dos quais

restará afastada a subjetividade dos gestores públicos, definindo-se a vontade administrativa de forma objetiva.

Nesse sentido, não poderia ser diferente a realização de pagamentos a fornecedores de bens e serviços. Como, dentro da Administração Pública, há uma enorme gama de contratos que geram obrigações pecuniárias às pessoas jurídicas de direito público, é preciso organizar o adimplemento dessas obrigações em atendimento aos princípios da isonomia e da impessoalidade, alocados no art. 37 da Constituição Federal.

Assim sendo, tendo em vista a pluralidade de credores, é razoável se conceber uma espécie de fila de pagamentos, definida de forma a dar segurança jurídica aos contratados, garantindo-lhes que seu crédito mais antigo, ou seja, aquele que a Administração deve há mais tempo, não seja preterido por outros mais recentes. Foi exatamente essa a regra definida pelo art. 5º da Lei nº 8.666/93:

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.

Essa norma, todavia, traz diversos problemas interpretativos como, por exemplo, o que seria “unidade da Administração”, quando se dariam as “datas de suas exigibilidades” e, principalmente, quais as formas de controle do cumprimento dessa cronologia de pagamentos. Esses aspectos serão debatidos neste trabalho, bem como as inovações legislativas que estão por vir.

O PL nº 4.253/20 foi aprovado pelo Congresso Nacional em 10 de dezembro de 2020 e seguiu para sanção presidencial, que ocorrerá no prazo máximo de 15 dias úteis, contados do recebimento do Projeto pela Casa Civil da Presidência da República. Portanto, logo haverá um regramento completamente atualizado para as contratações públicas em âmbito nacional, que traz, em seu art. 140, regras mais claras e pormenorizadas para a ordem cronológica de pagamentos.

Por fidelidade ao estágio do processo legislativo em que se encontra o PL nº 4.253/20, esclarece-se que será abordada, neste trabalho, a versão final do texto aprovado pelo Congresso Nacional e enviado à sanção presidencial, podendo haver eventuais modificações em decorrência do poder de veto atribuído ao Presidente da República.

1 Ordem cronológica definida para cada “unidade da Administração”

Para se compreender o significado jurídico da expressão *unidade da Administração*, é preciso ter por base a distinção feita por Marçal Justen Filho quanto aos termos Administração Pública e Administração:

Administração pública. A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com “Poder Executivo”. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando essa contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Além da chamada “Administração Direta” (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a “Administração Indireta” (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as “fundações” instituídas ou mantidas com recursos públicos e outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.

Administração. A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei nº 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a

propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade. A questão será mais bem examinada nos comentários pertinentes (JUSTEN, 2012, p. 142).

Em síntese, portanto, quando se fala em Administração Pública, estar-se-á fazendo referência a todas as pessoas jurídicas de direito público, sejam elas pertencentes à Administração Direta ou Indireta. Por outro lado, ao se utilizar o termo *Administração*, a pretensão é de se fazer referência a uma pessoa jurídica de direito público em específico, como um ente federativo ou uma autarquia.

Ao se referir, por conseguinte, a unidade da Administração, a Lei nº 8.666/93 faz menção a cada órgão existente a partir da desconcentração promovida por uma pessoa jurídica de direito público em específico. Assim, tomando-se por exemplo a estrutura administrativa do Estado de Goiás (pessoa jurídica de direito público em específico), haverá uma ordem cronológica de pagamentos para cada uma de suas Secretarias.

Desse modo, se a Secretaria de Saúde deve a determinado fornecedor um crédito exigível em 2019, não haverá violação à ordem cronológica de pagamentos se, antes da Secretaria de Saúde quitar a despesa mencionada, a Secretaria de Segurança Pública realizar um pagamento a outro fornecedor de um crédito exigível no ano de 2020.

Por outro lado, caso a Secretaria de Saúde, antes de quitar o débito exigível em 2019, quite outro posterior, exigível em 2020, por exemplo, aí sim restará configurada violação à cronologia de pagamentos e à isonomia entre os credores do Estado.

É certo que, para simplificar o exemplo anterior, ainda não foram levadas em consideração duas outras subdivisões da ordem cronológica feitas pela Lei, quais sejam, respectivamente, a subdivisão por fonte de recursos e por categoria de contratos, as quais serão tratadas adiante.

Ao abordar a questão, o art. 140 do PL nº 4.253/20 traz mudança substancial em relação ao critério adotado na Lei nº 8.666/93, com vistas a simplificá-lo e torná-lo mais assertivo e efetivo.

Em vez de manter a expressão “unidade da Administração”, o PL faz menção tão somente ao termo Administração. Isso significa que a ordem cronológica de pagamentos será única para cada pessoa jurídica de direito público, dividida por fontes de recursos e subdividida por categoria de contrato; e não mais dividida por cada órgão integrante da pessoa de direito público.

Voltando-se, portanto, ao exemplo anterior, pelo regramento estabelecido no PL, a ordem cronológica de pagamentos a ser observada seria a das contratações feitas pelo Estado de Goiás, independentemente do órgão intermediário. Desse modo, a Secretaria de Saúde e a Secretaria de Segurança Pública teriam de observar a mesma ordem de pagamento a credores.

A mudança faz absoluto sentido, tendo em vista que todas as contratações são realizadas pela Administração, ou seja, pela pessoa jurídica de direito público; e não por seus órgãos, que sequer possuem personalidade jurídica para tanto. Logo, tanto fornecedores que firmam contratos no âmbito da Secretaria de Saúde, quanto aqueles que os firmam perante a Secretaria de Segurança Pública contratam com o Estado de Goiás; e não com cada Secretaria em separado. Portanto, faz sentido a visualização da ordem cronológica de pagamentos tão somente a partir da pessoa jurídica de direito público, aquela que é sujeito de direitos e obrigações.

2 Ordem cronológica definida para cada “fonte de recursos”

Uma vez dividida a ordem cronológica de pagamentos por unidade da Administração, a Lei nº 8.666/93 faz sua subdivisão conforme a fonte de recursos vinculada à contratação.

Antes de visualizar essa subdivisão, é preciso conhecer as fontes de recursos disponíveis à Administração. No âmbito federal, cuja classificação é seguida por grande parte dos demais entes federativos, é a Portaria nº 15.073/19 o ato normativo responsável pela classificação

das fontes de recursos. Tal ato normativo traz 99 códigos que identificam diferentes fontes de recursos, sendo a mais importante aquela que concerne aos recursos ordinários.

Os recursos ordinários são os arrecadados a partir da atividade tributária do Estado e empregados na realização de despesas ordinárias, seja na prestação direta de serviços públicos, seja no pagamento de prestadores de serviços ou fornecedores de bens. Dito de outro modo, são ordinários porque utilizados no pagamento de despesas ordinárias e não vinculadas. A obra de Aliomar Baleeiro abarca definição nesse sentido:

Despesas “ordinárias”, pelo critério da periodicidade, eram as que normalmente constituíam a rotina dos serviços públicos e, destarte, se repetiam em todos os anos. “Extraordinárias”, pelo contrário, eram aquelas de caráter esporádico, provocadas por circunstâncias de caráter excepcional, e que, por isso, nem todos os anos apareciam nos orçamentos (BALEIRO, 2012, p. 117-118).

O próprio Senado Federal, ao enunciar conceitos relativos ao orçamento público, visualiza a classificação das fontes de recursos conforme sua destinação legal, sua finalidade:

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.

Essa fonte de recursos (recursos ordinários) é a destinada, majoritariamente, ao cumprimento de obrigações relacionadas às contratações públicas, tendo em vista que todas as despesas com contratações devem, obrigatoriamente, estar ordinariamente previstas no orçamento público, pelo que não há muita relevância prática quanto à distinção da fonte de recursos para fins de elaboração da ordem cronológica de pagamentos.

É evidente, todavia, que nem todas as contratações públicas têm como fonte de recursos os recursos ordinários do Tesouro. É possível, por exemplo, que determinada obra pública de grande vulto e que envolva a contratação de diversos fornecedores seja financiada por recursos provenientes de contribuições de melhoria vinculadas à realização daquela obra. Nesse caso, a ordem cronológica de pagamentos desses fornecedores será organizada de acordo com a fonte de recursos dessa contratação, ou seja, esses fornecedores não estarão na ordem cronológica relativa aos pagamentos a serem feitos com recursos ordinários, mas sim naquela composta por fornecedores a serem pagos com os recursos provenientes das contribuições de melhoria.

É de extrema relevância, ainda, tratar dos chamados “grupos de fontes de recursos”, outra classificação realizada pela Portaria nº 15.073/19. Segundo o ato normativo, separa-se, atualmente, os grupos de fontes de recursos em “recursos arrecadados no exercício corrente”; “recursos arrecadados em exercícios anteriores”; e “recursos condicionados”. Têm relevância para este estudo as duas primeiras classificações.

Tanto a Lei nº 8.666/93, quanto o PL nº 4.253/20 não especificam, de forma literal, se a diferenciação das fontes de recursos para fins de elaboração da ordem cronológica de pagamentos deve também abordar a diferença de exercício. Caso consideremos que sim, para cada exercício financeiro haveria uma ordem cronológica de pagamentos distinta.

Disso resultaria que créditos contratuais de determinado fornecedor exigíveis no ano de 2020, a serem pagos com recursos arrecadados em 2020, poderiam ser preteridos, no ano de 2021, por créditos contratuais de outro fornecedor exigíveis no ano de 2021, a serem pagos com recursos arrecadados em 2021, pois inseridos em ordens cronológicas distintas.

Desse modo, uma interpretação sistemática dos dispositivos, à luz dos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade, indica que não deve haver a cisão da ordem cronológica de pagamentos por exercício financeiro da Administração, pois isso possibilitaria que os gestores públicos ignorassem, como já vêm fazendo, o pagamento de créditos relativos a exercícios anteriores, uma vez que, passado o exercício e exauridos os respectivos recursos, não mais estariam obrigados a seguir a ordem antiga, podendo, assim, pagar novos credores sem quaisquer consequências práticas ou imputação de responsabilidade.

Portanto, a análise da fonte de recursos para fins de definição da ordem cronológica deve ser pautada na identificação da despesa a ser realizada para adimplemento da contratação. Se ordinária, a fonte será de recursos ordinários do Tesouro; se vinculada, a fonte será de recursos específicos.

Por fim, cumpre esclarecer que, conforme mencionado anteriormente, o PL nº 4.253/20 mantém essa subdivisão da ordem cronológica de pagamentos de acordo com a fonte de recursos da contratação.

3 Ordem cronológica definida para cada “categoria de contrato”

Definida a unidade da Administração e a fonte de recursos, para elaboração da ordem cronológica de pagamentos é necessário, ainda, observar a categoria de contrato. Significa dizer que, segundo a Lei nº 8.666/93, haverá uma ordem cronológica distinta para contratos de fornecimento de bens, como os contratos de compra e venda; contratos de locação; contratos de prestação de serviços, sejam eles de prestação continuada ou imediata; e contratos para construção de obras públicas. Tal subdivisão é mantida no PL nº 4.253/20.

Desse modo, por exemplo, caso a Secretaria de Saúde de Goiás (unidade da Administração) contrate dois fornecedores a serem pagos, ambos, com recursos ordinários do Tesouro (fonte de recursos), mas um em contrato de locação e outro em contrato de prestação de serviços (categorias de contratos), haverá enquadramento em ordens cronológicas distintas.

4 O problema da exigibilidade

Tarefa mais complexa do que o correto estabelecimento da ordem cronológica de pagamentos segundo os critérios acima explicitados, é a de situar a posição de cada crédito contratual dentro de sua ordem cronológica específica. Quanto a esse aspecto, é extremamente vaga a Lei nº 8.666/93, ao dizer tão somente que o posicionamento dos créditos ocorrerá segundo as “datas de suas exigibilidades”.

Impõe-se responder, portanto, a partir de que momento determinado crédito decorrente de contratação administrativa é exigível. A resposta, todavia, não se encontra na legislação administrativa, mas sim na disciplina geral das obrigações, estabelecida pelo Direito Civil, conformando-se às noções de prestação e contraprestação nos contratos bilaterais onerosos.

Como fundamento do início da exigibilidade nas obrigações contratuais, não há melhor explicação do que a conferida por Caio Mário da Silva Pereira:

Como toda obrigação tem em vista uma prestação, e como o efeito essencial do pagamento é extingui-la, regra é que deve guardar perfeita conformidade a *solutio* com o obrigado. O pagamento há de coincidir com a coisa devida. E o devedor libera-se, prestando-a, seja mediante a entrega efetiva e material de uma coisa (*obligatio dandi*), seja praticando o ato ou abstendo-se do fato (*obligatio faciendi vel non faciendi*) (PEREIRA, 2010, p. 178).

Desse modo, tem-se que a exigibilidade do crédito, nos contratos administrativos, inicia-se quando do recebimento do objeto contratado pela Administração. Ou seja, no momento em que

recebido o objeto contratual pela Administração, o crédito devido em contrapartida ao adimplemento do contrato pelo particular, obedecidas as disposições contratuais, deve ser imediatamente inserido na cronologia de pagamentos, independentemente de quaisquer providências formais adicionais por parte do contratado ou da Administração.

Tal recebimento, com efeito, é o recebimento definitivo descrito pelo art. 73 da Lei nº 8.666/93, uma vez que é necessária a constatação, pela Administração, por meio do gestor do contrato, da regularidade e exatidão dos bens recebidos ou dos serviços prestados.

Geralmente, na prática administrativa, tal recebimento equivale ao atesto conferido nas notas fiscais emitidas pelo fornecedor ou às medições de obras. Contudo, no atual regime de contratações, a emissão de nota fiscal ou fatura não é *conditio sine qua non* para a inclusão do crédito na cronologia de pagamentos. Basta, por conseguinte, um termo de entrega devidamente firmado pelo gestor do contrato. Assim explica Marçal Justen Filho:

Como regra, a obrigação da Administração torna-se exigível no dia imediatamente seguinte à ocorrência do recebimento definitivo. É irrelevante se o recebimento definitivo verificou-se através da modalidade explícita, implícita ou presumida. Portanto, no primeiro dia subsequente ao recebimento definitivo produz-se automaticamente o efeito de inscrição do direito do particular na ordem de preferências instituída pelo art. 5º. É irrelevante destacar que as formalidades posteriores ao recebimento definitivo são impertinentes para o efeito quer de gerar a exigibilidade da obrigação como de produzir a inclusão do sujeito na ordem de preferências. (...)

A aquisição da eficácia média da obrigação da Administração dá-se de modo automático, sem necessidade da formalização em ato escrito. Dispensa interferência do particular tanto quanto da própria Administração. Ou seja, a dívida não depende, para tornar-se exigível, de algum documento formal encaminhado pelo particular.

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 (JUSTEN, 2012, p. 119-120).

Por questão de honestidade intelectual e científica, faz-se necessário consignar que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM/GO, editou a Instrução Normativa nº 006/19, que nos arts. 4º a 9º acaba por condicionar a inclusão de crédito contratual na ordem cronológica de pagamentos a três passos formais: (i) apresentação de fatura e notas fiscais correspondentes; (ii) atesto dos bens ou serviços fornecidos; e (iii) liquidação da despesa.

Tal ato normativo, todavia, vai de encontro ao princípio constitucional da impessoalidade, pois condiciona a inclusão na ordem cronológica não ao correto adimplemento contratual pelo contratado, a partir de quando seria exigível seu crédito, mas sim à prática de atos por gestores públicos (atesto e liquidação) para os quais não há definição de prazos legalmente determinados. Nesse sentido, segundo essa instrução normativa, o posicionamento de crédito na ordem cronológica de pagamentos estaria condicionado a elemento subjetivo do gestor público, à sua faculdade de agir, o que não é admitido pela nossa disciplina constitucional.

O disposto no art. 140, §4º, do PL nº 4.253/20 vem resolver qualquer impasse. O *caput* começa com uma falha do legislador que, pelo estágio do processo legislativo, não mais comporta correção: não há mais referência à exigibilidade como critério para ingresso do crédito na ordem cronológica de pagamentos respectiva.

O §4º, todavia, faz compensar qualquer problema, pois, implicitamente, faz menção à exigibilidade como requisito de ingresso do crédito na cronologia e, expressamente, estabelece um critério absolutamente objetivo para aferição da exigibilidade do crédito. Segundo o referido dispositivo, a exigibilidade do crédito e respectivo ingresso na ordem cronológica ocorre após 45 dias contados da emissão das notas fiscais pelo contratado.

Se, por um lado, o dispositivo passará a exigir do contratado que emita nota fiscal relativa ao objeto da contratação e a apresente à Administração; por outro, tira dos gestores públicos qualquer subjetividade quanto à prática do ato de recebimento, atesto ou liquidação, ingressando o crédito na ordem cronológica, automaticamente, após o decurso de 45 dias contados da emissão da respectiva nota fiscal.

Sendo assim, eventuais irregularidades apuradas pela Administração após o ingresso do crédito na ordem cronológica serão objeto de glosas feitas diretamente ao valor a ser pago. A discussão quanto à glosa é que ficará diferida; e não o cumprimento da cronologia.

5 Exceções à ordem cronológica de pagamentos

De forma imprecisa, a Lei nº 8.666/93 prevê como possibilidade de exceção ao cumprimento da cronologia de pagamentos a existência de “relevantes razões de interesse público”. Ora, não poderia a Lei, tratando de hipótese tão séria e capaz de dar ensejo à violação da isonomia e impessoalidade nas contratações públicas, deixar ao arbítrio do gestor a interpretação de um conceito jurídico indeterminado, como o é o interesse público.

Poderia ser do interesse público, por exemplo, pagar os créditos de pequena monta, para evitar a descontinuidade de alguns serviços e, somente depois, havendo disponibilidade de recursos, pagar os de maior valor.

Nesse sentido, para conferir alguma objetividade ao dispositivo, é preciso valer-se do entendimento doutrinário que diferencia o interesse público *lato sensu* em interesse público primário e interesse público secundário. O primeiro, diz respeito ao interesse da coletividade, voltado à prestação, pelo Estado, de serviços públicos essenciais e à satisfação de direitos fundamentais. O segundo, por sua vez, representa tão somente o interesse do ente público em sua dimensão administrativa, gerencial e arrecadatória. Assim caminha a exata explicação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 102).

Destarte, é certo que a única interpretação possível ao dispositivo legal é a de que a ordem cronológica de pagamentos somente poderia ser excetuada para a proteção do interesse público primário. Desse modo, por exemplo, seria possível subverter a cronologia de pagamentos para evitar a paralisação dos serviços de transporte escolar nas zonas rurais, que visa satisfazer o direito fundamental à educação.

Outrossim, para excetuar a ordem cronológica, o gestor público deve, previamente à subversão da ordem, justificar o ato, bem como publicá-lo na imprensa oficial para fins de controle.

Não se trata, todavia, de simplesmente expor o motivo para a prática do ato, requisito que deve acompanhar, obrigatoriamente, todo e qualquer ato administrativo, mas sim de apresentar motivação explícita, clara e congruente que justifique, em seus detalhes, a prática do ato, em conformidade ao que determina o art. 50, §1º, da Lei nº 9.784/99. Isso porque a subversão da cronologia de pagamentos afeta de modo grave e direto interesses de terceiros.

A segunda observação a ser feita é que, atualmente, o único instrumento de controle que se tem em relação ao cumprimento da ordem cronológica é a publicação dessa justificativa na imprensa oficial. Na maioria dos órgãos públicos, a cronologia não é disponibilizada aos interessados ou

aos órgãos de controle e a mera publicação na imprensa oficial torna praticamente impossível o controle interno e externo das justificativas.

O PL nº 4.253/20 tratou a questão de forma inteiramente distinta, integrando os órgãos de controle aos processos de pagamento, conforme será explicitado adiante.

Tratamento distinto também é conferido às hipóteses de exceção à ordem cronológica de pagamentos. Em vez de se utilizar de um conceito jurídico indeterminado, o PL substitui a expressão “relevantes razões de interesse público” por um rol taxativo (*numerus clausus*) de hipóteses em que é possível a subversão da ordem. As hipóteses são as seguintes:

- 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.

Por grave perturbação da ordem deve-se entender perturbações de natureza grave à ordem jurídica vigente e aos poderes constituídos, tais como questões relativas à segurança pública, segurança nacional e guerra externa. Situações de emergência ou calamidade pública, por outro lado, representam ameaças iminentes ao corpo social do Estado, como é o caso de epidemias, desastres naturais etc.

Tais situações possibilitam, por conseguinte, não só a contratação direta, por dispensa de licitação, de fornecedores de bens e serviços, como também o pagamento imediato a esses fornecedores, visto que têm preferência na ordem cronológica.

Quanto à hipótese de exceção à ordem cronológica para pagamento a microempresas, empresas de pequeno porte e entidades equiparadas, apesar de dar efetivo cumprimento à Lei Complementar nº 123/06, o que havia sido feito apenas de maneira genérica pela Lei nº 8.666/93, são necessárias importantes ponderações.

O PL apenas permite essa hipótese caso demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto contratual. Essa limitação, todavia, não é suficiente, merecendo interpretação extensiva. Com efeito, o risco de descontinuidade deve ser real, comprovado de forma objetiva e imputável à Administração. Destarte, esse risco não pode decorrer de culpa do empresário ou sociedade empresária, sob pena de valer-se o contratado de benefício proporcionado pela própria torpeza.

Sendo assim, se o risco de descontinuidade ocorrer não por atraso imputável à Administração ou pela possibilidade de insuficiência de recursos para a realização futura do pagamento, mas sim devido à comprovada má-gestão ou gestão temerária da contratação pelo empresário, não há possibilidade de subversão à ordem cronológica de pagamentos para favorecê-lo. Nesse caso, deve ser resolvido o contrato quando de seu inadimplemento e, se for o caso, levada a efeito uma contratação emergencial.

Outra ponderação essencial diz respeito à possibilidade de quebra da cronologia de pagamentos em favor da manutenção dos sistemas estruturantes. Segundo o Serviço Federal

de Processamento de Dados – Serpro, sistemas estruturantes “*são a base tecnológica para o bom funcionamento da administração pública e para a prestação de serviços ao cidadão*”.

Tais sistemas, por sua vez, são subdivididos, no âmbito da Administração Federal, em outros 14 sistemas estruturadores, dos quais são exemplos o “Sistema de Informações das Estatais – Siest” e o “Patrimônio da União”. São, portanto, sistemas de tecnologia da informação que possibilitam a gestão eficiente da Administração Pública. Trata-se de pressuposto do modelo de Administração Gerencial trazido pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Nesse sentido, justifica-se a proteção especial à continuidade desses serviços. Todavia, assim como ponderado anteriormente, para dar azo à subversão da ordem cronológica, o risco de descontinuidade deve ser real, comprovado de forma objetiva, imputável à Administração e não pode decorrer de culpa da entidade prestadora do serviço.

Quanto à previsão de quebra da ordem cronológica de pagamentos para beneficiar empresários ou sociedades empresárias em processo falimentar ou recuperacional, trata-se de hipótese equivocada e manifestamente inconstitucional.

Haveria evidente preterição de credores regularmente inscritos na ordem cronológica de pagamentos, que também possuem obrigações trabalhistas, tributárias e comerciais a honrar, em prol dos credores concursais da empresa em processo falimentar ou recuperacional, em evidente violação ao princípio da isonomia.

Mesmo que se alegue o princípio da conservação da empresa como fundamento estruturante da regra criticada, tal princípio também se aplica às demais empresas que contratam com a Administração e que estão regularmente inscritas na cronologia de pagamentos, podendo a preterição na ordem igualmente afetar a continuidade dessas empresas.

Ademais, na esmagadora maioria das vezes, as empresas são submetidas aos processos falimentares e recuperacionais em decorrência de sua gestão temerária. Ao subverter a ordem cronológica de pagamentos nessa hipótese, por conseguinte, estar-se-ia a beneficiar empresário ou sociedade empresária pela própria torpeza.

O último inciso do §1º, por sua vez, traz duas hipóteses distintas de quebra da cronologia de pagamentos. A primeira delas diz respeito à preservação da integridade do patrimônio público, dentro do qual podem ser considerados os bens móveis ou imóveis, bem como aqueles, materiais ou imateriais, de relevância histórica, artística ou paisagística, além do meio ambiente.

Aqui, trata-se, por exemplo, de um pagamento emergencial feito a determinado contratado para manutenções urgentes na estrutura de um museu, ou na restauração de um monumento histórico prestes a ruir.

Note-se que, na grande maioria dos casos, a subversão da ordem cronológica de pagamentos, nessa hipótese, estará associada, em sua origem, a contratações emergenciais para evitar danos ao próprio patrimônio público material e imaterial.

A segunda situação prevista pelo inciso concerne à quebra da cronologia para manter em funcionamento atividades essenciais do Estado como, por exemplo, a jurisdição, a seguridade social etc. Deve, contudo, tal como explicitado anteriormente, haver risco real de descontinuidade desses serviços públicos não imputável ao contratado.

Por atividades ou serviços públicos essenciais ou de relevância, deve-se entender, como antes ressaltado, somente aqueles relacionados à consecução do interesse público primário, voltados às necessidades coletivas e à realização de direitos fundamentais.

6 Controle quanto ao cumprimento da ordem cronológica de pagamentos

Vista de forma sistêmica, como foi apresentada, a regra da cronologia de pagamentos pode aparentar ser instrumento eficaz à garantia da isonomia e impessoalidade nas contratações públicas. A realidade, porém, mostra cenário completamente distinto, que tem por principal

motivo a atual deficiência quanto aos meios de controle do cumprimento da ordem cronológica de pagamentos.

A Lei nº 8.666/93 não prevê qualquer obrigação de disponibilizar, de forma clara, específica e periódica a ordem cronológica aos respectivos interessados e aos órgãos de controle, de modo que seu cumprimento possa ser objetivamente acompanhado. Devido a esse aspecto, diversos órgãos e entidades sequer mantêm esse documento (ordem cronológica) em sua praxe rotineira. A única possibilidade de controle disponível na Lei é a necessidade da publicação idônea de prévia justificativa no caso de eventual subversão da ordem. Há de se constatar, contudo, que se inexistir tal ordem cronológica na prática administrativa, inexistirão, também, publicações justificando seu descumprimento.

Exemplo dessa deficiência prática na cronologia de pagamentos é a situação vivida pelo Estado de Goiás. Em março de 2018, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás – TCE/GO precisou proferir o acórdão nº 1.072/2018, no qual determinou ao governo do Estado a regulamentação do instituto para que a ele seja dado efetivo cumprimento.

A regulamentação veio em maio de 2019, com o Decreto nº 9.443/19, seguido, em novembro do mesmo ano, pelo Decreto nº 9.561/19. Tais regulamentos, todavia, mostraram-se totalmente ineficazes na prática administrativa.

O mandado de segurança nº 5311710-66.2019.8.09.0000,¹ em trâmite perante a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, é comprovação dessa ineficácia. Nesse *writ*, em que se reconhece o descumprimento da ordem cronológica pelo Estado, mesmo após reiteradas decisões do Tribunal para que cesse a preterição do fornecedor impetrante, os gestores públicos insistem em continuar realizando pagamentos em subversão à cronologia. Nesse caso, decisão proferida em 15 de setembro de 2020, pouco menos de um ano da edição do último decreto regulamentador, reconheceu a permanência da ilegalidade.

Além de prejuízos aos credores preteridos na fila de pagamentos, a inobservância prática do instituto gera, em muitos casos, a instalação de verdadeiras organizações criminosas no seio da Administração Pública. É o que ocorreu, por exemplo, nos casos vinculados às Operações “Trem pagador” e “O Recebedor”, deflagradas pela Polícia Federal contra gestores da Valec, empresa pública responsável pela infraestrutura ferroviária federal.

Sintetizando o *modus operandi*, os gestores públicos daquela estatal promoviam o congelamento dos pagamentos a serem feitos às empresas contratadas, condicionando sua liberação ao pagamento de propina. Ora, se existisse uma ordem cronológica definida para a realização daquelas despesas, acompanhada pelos contratados e pelos órgãos de controle, de modo a garantir a impessoalidade em sua efetivação, é possível que tal esquema de corrupção jamais tivesse existido.

Com efeito, essa ineficácia do instituto se deve a dois motivos evidentes: (i) inexistência de norma determinando a produção, manutenção e publicidade de documento descritivo e atualizado das respectivas ordens cronológicas de pagamento em cada unidade da Administração; e (ii) ausência de norma determinando a disponibilização, sob pena de responsabilidade, desse documento aos contratados e órgãos de controle, para que possa ser realizado acompanhamento efetivo.

Quanto a esse aspecto, o PL nº 4.253/20 traz inovações de mais alta relevância e utilidade. O art. 140, §3º, amplia a publicidade que deve ser conferida à ordem cronológica de pagamentos e às eventuais justificativas para o seu descumprimento, tornando-os documentos obrigatórios e disponíveis a qualquer cidadão; enquanto o art. 140, §2º, prevê expressamente a apuração da

¹ O processo é público e pode ser acessado por consulta realizada em sítio específico no site do TJGO.

responsabilidade de agentes públicos que deem causa à inobservância imotivada da cronologia, vinculando os órgãos de controle à 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.

§ 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.

Desse modo, cria-se obrigação aos órgãos de controle interno e externo de fiscalizar, mensalmente, o estrito cumprimento da ordem cronológica disponibilizada pela Administração em sítio próprio, impondo-se a esses órgãos o poder/dever de agir para apuração de responsabilidades caso seja constatada sua inobservância.

O PL prevê a responsabilidade dos gestores públicos de forma genérica, de modo que deve ser entendida como possível nas esferas administrativa, com a instauração de processo disciplinar contra o agente público, cível e criminal.

Na esfera cível, a responsabilização ocorrerá na via da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, que poderá ser constatada em três modalidades: por dano ao erário; enriquecimento ilícito do agente; ou violação aos princípios norteadores da administração.

Se houver inobservância imotivada da ordem cronológica de pagamentos, sempre haverá dano ao erário, uma vez que o atraso do pagamento, ante a subversão da ordem, acarretará encargos moratórios a serem pagos aos contratados, em decorrência de ato ilícito praticado pelo ordenador de despesas.

Sempre haverá, também, violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade, uma vez que a inobservância da ordem cronológica quebra padrões objetivos de ação (*standards*) da Administração Pública em face de seus credores, submetendo-os a subjetivismos dos agentes públicos responsáveis pela violação do direito.

Por outro lado, nem sempre haverá enriquecimento ilícito do agente. Nos casos de corrupção supramencionados, por exemplo, houve enriquecimento ilícito dos agentes públicos ante o recebimento de valores indevidos das empresas contratantes, o que possibilita o ajuizamento de ação de improbidade na modalidade indicativa de enriquecimento ilícito. Todavia, há possibilidade de quebra da cronologia sem a obtenção de vantagens pelo gestor público.

Na esfera criminal, o PL nº 4.253/20 prevê uma maior rigidez em relação à Lei nº 8.666/93. Apesar desse último diploma não proporcionar meios efetivos para a aferição do cumprimento da cronologia de pagamentos, nele já há previsão, no art. 92, de crime imputável ao agente que paga fatura com preterição da ordem cronológica, com pena de detenção de dois a quatro anos e multa.

O PL, por sua vez, no art. 337-H, mantém o preceito primário do delito, mas promove importante alteração no preceito secundário, prevendo pena de reclusão de quatro a oito anos e multa. Por consequência, além de aumentar a quantidade de pena aplicável, a individualização da pena privativa de liberdade pode resultar no início de seu cumprimento em regime fechado.

Deve-se considerar, ainda, que, caso haja enriquecimento ilícito do agente público por efeito da violação à ordem cronológica de pagamentos, com o recebimento de valores indevidos a ensejar a configuração do crime de corrupção passiva, este delito absorverá, por aplicação do princípio da consunção, o delito previsto pelo pagamento de fatura em preterição à ordem cronológica, por ser este último crime meio para a consumação da corrupção passiva.

Por fim, ressalta-se que, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, seja na vigência da Lei nº 8.666/93 ou de legislações posteriores, eventual subversão ilegal da ordem cronológica de pagamentos sempre poderá ser levada à

apreciação do Poder Judiciário, por órgãos de controle ou terceiros interessados, sendo essa, atualmente, a forma mais efetiva de garantia da impessoalidade nos pagamentos públicos.

Conclusão

O regramento da ordem cronológica de pagamentos, por conseguinte, tem por finalidade a garantia da isonomia e impessoalidade nos pagamentos decorrentes de contratações públicas, eliminando dos gestores públicos qualquer subjetividade quanto à escolha de quando e quais credores pagar.

A partir dessa consideração, a observância cuidadosa do regramento disponível permite a elaboração de uma fórmula objetiva para situar créditos contratuais na ordem cronológica cabível. Em primeiro lugar, é preciso observar a unidade da Administração (órgão ou entidade) responsável pela ordenação do pagamento; em segundo lugar, observar a fonte de recursos (recursos ordinários ou específicos) prevista para a contratação; em terceiro lugar, verificar a categoria de contrato (fornecimento de bens, locações, prestação de serviços ou realização de obras); e, por último, constatar a data de exigibilidade do crédito, conforme o recebimento definitivo do objeto pela Administração.

Seguindo-se os referidos passos, torna-se possível estabelecer, primeiro, em qual ordem cronológica está inserido o crédito contratual e, segundo, a posição de determinado crédito dentro da respectiva cronologia de pagamentos.

É possível perceber, ainda, as falhas do regramento quanto à utilização de conceitos jurídicos indeterminados para definir pontos importantes de exceção à regra, as quais são corrigidas no PL nº 4.253/20; assim como falhas inerentes ao controle do cumprimento da cronologia de pagamentos, também corrigidas na novel legislação.

Conclui-se, portanto, que o estabelecimento correto e obrigatório de uma ordem cronológica voltada a regular, conforme a impessoalidade e isonomia, a realização de despesas públicas ligadas a contratações administrativas é essencial à segurança jurídica dos credores, possibilitando maior confiança na postura da Administração. Evita-se, ainda, a instalação de práticas de corrupção institucionalizada no seio administrativo.

Abstract: This article provides a systematic interpretation of the rules regarding the chronological order of payments in public contracts, based on a definition of the undeterminate legal concepts used by Law nº 8.666/93. It seeks to emphasize the importance of the institute, as it is the realization of the principles of impersonality and isonomy, which should guide all administrative activities. An attempt is made to draw a parallel between the current regulation

and the innovations brought by PL nº 4.253/20, approved by the National Congress, especially concerning the hypotheses of exception to the compliance with the chronology and the instruments of control aimed at its effectiveness administrative practice.

Keywords: Order; chronological; payments; administration; innovations

Referências

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BOMFIM, Camila. PF faz operação para investigar fraudes em obras de ferrovias. G1. Brasília. 26 de fevereiro de 2016. Política. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/02/pf-cumpramandados-em-operacao-relacionada-lava-jato.html>. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.784* de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 15.073* de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-15.073-de-26-de-dezembro-de-2019-235562265>. Acesso em: 19 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1.292* de 30 de novembro de 1995. Texto final disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3221418200CBC03A944D124DDDFAA9F.proposicoesWebExterno?codteor=1819390&filename=REDACAO+FINAL++PL+1292/1995. Acesso em: 19 set. 2020.

GOIÁS. *Decreto nº 9.443* de 7 de maio de 2019. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/72014/decreto-9443. Acesso em: 19 set. 2020.

GOIÁS. *Decreto nº 9.561* de 21 de novembro de 2019. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/72475/decreto-9561. Acesso em: 19 set. 2020.

GOIÁS. *Instrução Normativa nº 6* de 8 de maio de 2019 – Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Disponível em: <https://www.tcm.go.gov.br/site/wp-content/uploads/2019/08/IN-006-19.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Sistemas Estruturadores. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/gestao/sistemas-estruturadores>. Acesso em: 19 set. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II.

SENADO FEDERAL. Orçamento Federal. Fonte de Recursos. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/fonte-de-recursos#:~:text=20.02.2001\),,corrente%20ou%20a%20exerc%C3%ADcios%20anteriores](https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/fonte-de-recursos#:~:text=20.02.2001),,corrente%20ou%20a%20exerc%C3%ADcios%20anteriores). Acesso em: 18 set. 2020.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 4.253* de 2020. Texto final disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em: 18 set. 2020.

SERPRO. Você sabe o que são sistemas estruturantes? Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/noticias-2015/voce-sabe-o-que-sao-sistemas-estruturantes#:~:text=Os%20sistemas%20estruturantes%20oferecem%20apoio,contabilidade%2C%20auditoria%20e%20servi%C3%A7os%20gerais>. Acesso em: 18 set. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARROS, Pedro Henrique Fernandes. Ordem cronológica de pagamentos nas contratações públicas: procedimentos, relevância e inovações trazidas pela nova Lei de Licitações e contratações públicas aprovada pelo Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 4.253/20). *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 63-75, jul./dez. 2020.
