



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

RESOLUÇÃO Nº 955/2011 – TCE/TO – PLENO

1. Processo nº : 5635/2011
2. Classe de : 03 – Consulta
Assunto
- 2.1. Assunto : 01 – Consulta de Gestor Estadual – Excepcionalidade de pagamento antecipado pela Administração Pública.
3. Consulente : Eldon Manoel Barbosa Carvalho - Secretário-Chefe
4. Órgão : Controladoria Geral do Estado
5. Relator : Conselheiro José Wagner Praxedes
6. MP junto ao TCE : Procuradora de Contas Litza Leão Gonçalves

Ementa: Consulta. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Antecipação de pagamento. Possibilidade. Necessidade de comprovação de economia para o erário. Inteligência do art. 40, XIV, d, da Lei nº 8.666/93. Aplicação de multa por descumprimento do avençado. Conhecimento ante a permissão contida no artigo 150, § 3º do RI-TCE/TO. Resposta em tese nos termos do Voto do Relator.

7. Resolução:

Vistos, relatados e discutidos os autos de nº 5635/2011, que versam sobre Consulta formulada pelo Senhor Eldon Manoel Barbosa Carvalho - Secretário-Chefe da Controladoria Geral do Estado, acerca da excepcionalidade de pagamento antecipado pela Administração Pública, de assinatura de jornal.

Considerando que a Consulta preenche os requisitos e formalidades impostos no artigo 150 do Regimento Interno deste Tribunal.

Considerando a possibilidade de conhecimento da Consulta ante a permissão contida no artigo 150, § 3º do Regimento Interno, e tendo em vista a pertinência temática com as atribuições desta Corte.

Considerando o art. 40, XIV, d, da Lei nº 8.666/93 c/c arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 e 38 do Decreto nº 93.872/86.

RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

7.1 - Conheça da consulta formulada pelo Senhor Eldon Manoel Barbosa Carvalho - Secretário Chefe da Controladoria Geral do Estado, conforme disposto no artigo 150, §3º do Regimento Interno e por se tratar de matéria que está sob o alcance da competência fiscalizadora deste Tribunal de Contas.

7.2 – Responda à consulta formulada, que o pagamento antecipado de despesa é possível e está previsto em norma, conforme art. 38 do Decreto nº 93.872/86, desde que seja em caráter excepcional, e redunde em economia ao erário, porém, por medida de cautela, estabelecer no instrumento contratual, cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço, mediante a fixação de multa pelo descumprimento do objeto proposto.

7.3 - Esclareça ao consulente que a resposta à presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, nos termos do § 3º do artigo 150 do Regimento Interno deste Tribunal.

7.4 - Determine a publicação da Decisão no Boletim Oficial deste Tribunal, nos termos do art. 27, caput, da Lei nº. 1.284/2001 e do art. 341, § 3º do RITCE/TO, para que surta os efeitos legais necessários, certificando-se nos autos o cumprimento desta determinação.

7.5 - Após, encaminhe à Coordenadoria de Protocolo Geral- COPRO, para envio a origem.

Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, Sala das Sessões Plenárias, em Palmas, Capital do Estado, aos 16 dias do mês de novembro de 2011.

RELATÓRIO

Processo nº : 5635/2011
Classe de Assunto : 03 – Consulta
Assunto : 01 – Consulta de Gestor Estadual –
Excepcionalidade de pagamento antecipado pela
Administração Pública.
Consulente : Eldon Manoel Barbosa Carvalho - Secretário-Chefe
Órgão : Controladoria Geral do Estado
Relator : Conselheiro José Wagner Praxedes
MP junto ao Tribunal de Contas : Procuradora de Contas Litza Leão Gonçalves

Trata-se de Consulta formulada pelo Senhor Eldon Manoel Barbosa Carvalho - Secretário-Chefe da Controladoria Geral do Estado, acerca da excepcionalidade de pagamento antecipado pela Administração Pública, efetuada nos seguintes termos:

(...)

6. A presente consulta cinge-se à proposta desta Controladoria Geral de assinatura do Jornal do Tocantins, pelo período de 24 meses, com pagamento antecipado no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais). Ressalte-se que as empresas do ramo só processam o pedido de assinatura

após seu pagamento integral e antecipado, porém com valor abaixo do praticado nas bancas.

7. Observa-se, ainda, que em face das especificidades que permeiam as assinaturas de periódicos, a exigência de que o pagamento só ocorra após a entrega do produto inviabilizaria, na prática, a contratação, pois, na forma prevista no art. 63 da Lei nº 4.320/64, a liquidação e pagamento teria que se realizar a cada dia de entrega do jornal.

8. Assim, considerando-se que o pagamento antecipado de despesa está previsto em norma, que o Tribunal de Contas da União se posiciona favorável ao ato, que há economia em relação ao preço normal do jornal nas bancas e, ainda, que o pagamento antecipado é a única alternativa para se obter a assinatura do periódico, consulta-se: qual é o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins em relação à questão posta?

Os autos vieram instruídos com o Parecer Jurídico da Assessoria do Órgão Consulente, fls. 16/18.

A matéria foi enviada à Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Convênios deste Tribunal, a qual se manifestou mediante o Parecer Técnico Jurídico nº 57/2011, fl. 19, sem adentrar no mérito da questão, posto entender que a matéria deveria ser tratada internamente pela Assessoria Jurídica da Controladoria Geral do Estado.

O Corpo Especial de Auditores emitiu o Parecer de Auditoria nº 2421/2011, fls. 20/23, e concluiu nos termos que seguem:

(...)

Nesse contexto acima exposto é que respondemos em tese, a consulta formulada pelo Sr Eldon Manoel Barbosa Carvalho, Secretário Chefe da Controladoria Geral do Estado, que a antecipação de pagamento é possível, desde que prevista no instrumento convocatório e no termo de contrato nos termos do art. 40, XIV, d, da Lei nº 8666/93 e que fique demonstrado a vantajosidade, para segurança completa do erário.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por meio do Parecer nº 2.265/2011, fls. 24/26, manifestou-se no seguinte sentido:

Ante o exposto conclui-se, em tese, que não há impedimento legal que vede a realização de despesa com o adiantamento pretendido, porém, por medida de cautela o gestor deverá estabelecer no instrumento contratual

cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço mediante, também, a fixação de multa por inadimplemento contratual.

É o relatório.

VOTO

PRELIMINAR

As consultas dirigidas a este Tribunal devem atender ao disposto no artigo 1º, XIX, § 5º da Lei nº 1.284/2001, que assim preceitua:

“Art. 1º. Ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, órgão de controle externo, compete, nos termos das Constituições Federal e Estadual, e na forma estabelecida nesta Lei: ...

XIX - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno; ...

§ 5º. A resposta à consulta referida no inciso XIX deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto. (Redação dada pela Lei nº 1497, de 16 de setembro de 2004).” (grifei)

Os pressupostos de admissibilidade da consulta encontram-se dispostos nos artigos 150 a 155¹ do Regimento Interno desta Corte de Contas.

¹ Art. 150 - A consulta quanto a dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, formulada ao Tribunal de Contas, deverá revestir-se das seguintes formalidades:

I - ser subscrita por autoridade competente;

II - referir-se a matéria de competência do Tribunal de Contas;

III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada, com a formação de quesitos objetivos;

IV - conter o nome legível, a assinatura e a qualificação do consulente;

V - ser instruída com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente.

§ 1º - além dos presidentes dos partidos políticos, entende-se por autoridade competente de que trata o inciso I do *caput* deste artigo:

I - em âmbito estadual:

a) o Governador do Estado;

b) O Presidente da Assembléia Legislativa;

c) o Presidente do Tribunal de Justiça;

c) o Procurador Geral de Justiça;

d) os Secretários de Estado e dirigentes de órgãos da administração indireta; (grifei)

II - em âmbito municipal:

a) o Prefeito Municipal;

b) o Presidente da Câmara.

§ 2º - O Tribunal de Contas não conhecerá de consulta que não atendam aos requisitos previstos neste artigo ou quando entender que está formulada de modo ininteligível ou capcioso.

§ 3º - A consulta poderá ser formulada em tese, ou versar sobre dúvidas quanto à interpretação e aplicação da legislação em caso concreto, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.

§ 4º - As consultas que versarem sobre matéria objeto de auditoria e inspeção em curso no órgão ou entidade consulente serão sobrestadas.

Art. 151 - As consultas, depois de autuadas, serão instruídas pelos órgãos técnicos que se pronunciarão sobre o atendimento das formalidades previstas no artigo anterior.

§ 1º - Concluída a instrução, o Relator emitirá relatório e voto, submetendo-os à deliberação do Tribunal Pleno.

§ 2º - O Tribunal Pleno, na apreciação da consulta, deverá manifestar-se, em caráter preliminar, sobre o seu conhecimento, quando for o caso.

Art. 152 - As decisões proferidas pelo Tribunal de Contas em virtude de consultas terão caráter normativo e força obrigatória, importando em prejulgamento de tese e não do caso concreto.

Com efeito, dentre as condições de admissibilidade temos que a consulta foi subscrita por autoridade competente, bem assim instruída com o Parecer do órgão de assistência jurídica da autoridade consulente, anexado às fls. 16/18, nos termos dos incisos I a V, 'd' do art. 150 do RITCE/TO.

Sobre o conhecimento da presente consulta, por ser legítima à parte e afeta à competência deste Tribunal de Contas a matéria nela abordada para conhecer, apreciar e responder em tese de acordo com o § 3º do art. 150, do RI-TCE/TO, que assim preceitua:

Art. 150 – A consulta quanto a dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, formulada ao Tribunal de Contas, deverá revestir-se das seguintes formalidades:

§ 3º - A consulta poderá ser formulada em tese, ou versar sobre dúvidas quanto à interpretação e aplicação da legislação em caso concreto, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.

MÉRITO

O consulente busca junto a este Tribunal, orientações acerca da excepcionalidade de pagamento integral e antecipado pela Administração Pública, com assinatura de jornal pelo período de 24 meses.

Conforme se verifica nos pareceres do Corpo Especial de Auditores e Ministério Público de Contas junto ao Tribunal, o próprio consulente, por meio do Ofício/CGE/GABSEC/Nº 229/2011, fls. 05/07 e em Parecer Jurídico nº 054/2011/AJCGEJ, fls. 16/18, apresentou a resposta ao questionamento formulado.

O Tribunal de Contas da União exarou por meio do Processo nº TC-004977/2004-6. Acórdão nº 606/2006 – TCU – Plenário, entendimento quanto a excepcionalidade de pagamento antecipado pela Administração Pública. Vejamos:

“(…) observe, em futura realização de despesas contratuais, as disposições do art. 62 da Lei nº 4.320/64 c/c o art. 38 do Decreto nº 93.872/86 e o art. 40, inciso XIV, alínea ‘d’, da Lei 8.666/93, no sentido de autorizar antecipações de pagamento somente em circunstâncias excepcionais, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, efetuando-se posteriormente, os respectivos

Parágrafo único - Se do reexame, por proposta de Conselheiro ou de representante do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, de decisão do Tribunal de Contas, adotada em virtude de consulta, ocorrerem alterações no prejudicado, a orientação que vier a ser estabelecida terá força obrigatória a partir de sua publicação.

Art. 153 - O consulente poderá, a qualquer tempo, repetir a consulta, desde que sobrevenham fatos que importem na modificação da decisão.

Art. 154 - O Tribunal de Contas, verificando que a matéria a que se refere a consulta já foi objeto de deliberação, remeterá ao consulente cópia da decisão anterior.

Art. 155 - Nas consultas será sempre ouvido o Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas.

descontos nos créditos da empresa contratada em valores atualizados na forma do contrato.”

O art. 62 da Lei 4.320/64 determina que “o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado, após sua regular liquidação”. (grifo nosso)

O art. 63 da mesma lei, aduz in verbis:

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

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

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

II - a importância exata a pagar;

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

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

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. (grifo nosso)

Recorrendo à doutrina de José Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis, ao comentarem o caput do art. 63 da Lei n. 4.320/64, prelecionam que:

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

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

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

Este aspecto da liquidação é da mais transiente importância no caso das subvenções, exatamente, para evitar o pagamento de subvenções e auxílios a entidades inexistentes. O documento de liquidação, portanto, deve refletir uma

realidade objetiva.

Muito cuidado deve ser tomado nos casos de contrato de obras e prestação de serviços em que há estipulação de adiantamentos. Nada na Lei n. 4.320/64 impede o pagamento de uma parcela por antecipação, mas a Administração deve precaver-se com cláusula contratual que garanta a realização da obra ou serviço; ou, em caso contrário, multa por inadimplemento contratual. (grifei)

Lembre-se de que há despesas ou obrigações que devem ser cumpridas, independentemente de verificação do implemento de condição, tais como as que se originam de mandamentos constitucionais ou de leis ordinárias de qualquer esfera governamental. (In A Lei 4.320 comentada, 27. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1996, p. 123-124)

Temos que a liquidação compreende o segundo estágio da execução da despesa e é caracterizada pela entrega da obra, bens, materiais ou serviços, objeto do contrato do fornecedor. É nesta fase que é verificado se o contrato ou a entrega dos bens adquiridos foram efetivamente cumpridos pelo fornecedor.

Conforme citado anteriormente, já existem precedentes normativos nos quais o TCU tem admitido o pagamento antecipado. Vejamos a seguir:

“ O pagamento antecipado depende da existência de dois requisitos.

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

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

Por fim, destacamos que, consoante jurisprudência deste Tribunal, o pagamento antecipado, parcial ou total, somente se deve efetuar em caráter excepcional, quando, comprovadamente, seja esta a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos. (grifei) Processo nº TC-475.108/1998-1. Acórdão nº 276/2002- 1ª Câmara.

Como exemplo, temos as despesas com assinatura de periódicos (revistas, jornais, informativos, etc.) e as despesas referentes a seguro, que pela sua própria essência paga-se antecipadamente.

Estas exceções encontram-se no art. 38 do Decreto nº 93.872/86, transcrito abaixo:

Art . 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

Finalizando, considerando a abordagem pertinente ao objeto da consulta, ratifico os pareceres elucidativos emitidos pela douda Auditoria e Ministério Público de Contas, concluindo em tese, que o pagamento antecipado de despesa é possível e está previsto em norma, desde que seja em caráter excepcional, e redunde em economia ao erário (art. 40, XIV, d, da Lei 8.666/93²), porém, por medida de cautela, estabelecer no instrumento contratual, cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço, mediante a fixação de multa pelo descumprimento do objeto proposto.

Ante o exposto, VOTO para que os Membros deste Colegiado deliberem no sentido de:

I – Conhecer da consulta formulada pelo Senhor Eldon Manoel Barbosa Carvalho - Secretário Chefe da Controladoria Geral do Estado, conforme disposto no artigo 150, §3º do Regimento Interno e por se tratar de matéria que está sob o alcance da competência fiscalizadora deste Tribunal de Contas.

II - Responder à Consulta formulada, que o pagamento antecipado de despesa é possível e está previsto em norma, conforme art. 38 do Decreto nº 93.872/86, desde que seja em caráter excepcional, e redunde em economia ao erário, porém, por medida de cautela, estabelecer no instrumento contratual, cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço, mediante a fixação de multa pelo descumprimento do objeto proposto.

III - Esclarecer ao consulente que a resposta à presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, nos termos do § 3º do artigo 150 do Regimento Interno deste Tribunal.

IV - Determinar a publicação da Decisão no Boletim Oficial deste Tribunal, nos termos do art. 27, caput, da Lei nº. 1.284/2001 e do art. 341, § 3º do RITCE/TO, para que surta os efeitos legais necessários, certificando-se nos autos o cumprimento desta determinação.

V - Após, encaminhar à Coordenadoria de Protocolo Geral-COPRO, para envio a origem.

² Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; (grifei)

GABINETE DA PRIMEIRA RELATORIA, em Palmas, Capital do Estado do Tocantins, aos 16 dias do mês de novembro de 2011.

Processo nº:	5635/2011, autuado em 14.06.2011.
Origem Interessado:	Eldon Manoel Barbosa Carvalho – Secretário-Chefe da Controladoria Geral do Estado.
Assunto:	Consulta

Parecer de Auditoria nº 2421/2011.

Trata-se de consulta subscrita pelo Sr Eldon Manoel Barbosa Carvalho, Secretário Chefe da Controladoria Geral do Estado, solicitando resposta a seguinte indagação:

1 - Excepcionalidade de Pagamento Antecipado pela Administração Pública.

Primeiramente, devo afirmar que a Consulta preenche os requisitos quanto à formalidade conforme previstos nos artigos 150, § 1º ao 155, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas e no artigo 1º, XIX, § 5º da Lei nº 1.284/2001, tendo sido instruída com o parecer jurídico (fls. 16-18) e a autoridade consulente é parte legítima bem como a matéria é afeta a competência deste Tribunal de Contas para conhecer, apreciar e responder em tese:

§ 1º - além dos presidentes dos partidos políticos, entende-se por autoridade competente de que trata do inciso I do caput deste artigo:

I – em âmbito estadual:

- a) o Governo do Estado;
- b) O Presidente da Assembléia Legislativa;
- c) o Presidente do Tribunal de Justiça;
- d) o Procurador Geral de Justiça;
- e) os Secretários de Estado e dirigentes de órgãos da administração indireta;

As fls. 16-18, manifestou-se o Chefe da Assessoria Jurídica da Controladoria Geral do Estado, em Parecer nº 054/2011/AJCGE da lavra do Dr. Clayrton Spricigo, com respaldo em legislação e jurisprudência, concluindo que:

...há nos autos a fundamentação comprovando à economia de recursos (Princípio da Economicidade), e que a antecipação é a única opção para auferir o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado;

... que a assinatura de jornais e periódicos tem-se mostrado um instrumento eficaz para auxílio da Gestão Pública, configurando em uma realidade onde o manuseio correto do intenso fluxo de informações é um imperativo da eficiência, um subsídio essencial para a tomada de decisões seguras e acertadas;

... que se admitem pagamento antecipados de despesas em casos excepcionais, porém, não e regra, mas sim, exceção;

Disponibilizados os autos à Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Convênios deste Tribunal de Contas, após estudo materializado no Parecer Jurídico nº 57/2011 (fl. 19) concluiu que:

... o conteúdo da questão formulada versa sobre caso concreto, divergindo do que diz o artigo 150 do Regimento Interno deste TCE.

Foge, pois, à competência desta Corte de Contas a emissão de parecer da natureza que lhe foi solicitada, vez que, dessa forma, estaria se afastando da sua condição de órgão fiscalizador para assumir a tarefa de assessoramento direto, o que, indiscutivelmente, é incompatível com suas atribuições.

A entidade consulente possui assessoramento jurídico de conhecida experiência conforme fls. 14, em destaque amarelo, do qual deve se valer para indicar os passos e os atos legais necessários ao seu intento pretendido, que é a antecipação de pagamento.

Textualmente, o artigo 150, § 3º do Regimento Interno desta Corte de Contas, resguarda o direito de resposta em tese da referida consulta, mesmo tendo sido formulada em caso concreto, vejamos:

§3º - A consulta poderá ser formulada em tese, ou versar sobre dúvidas quanto à interpretação e aplicação da legislação em caso concreto, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.

É o relatório. Passo a opinar.

Registre-se que a indagação em apreço foi praticamente solucionada pelo próprio Parecer Jurídico (fls. 16-18) que integra os autos, contudo, no exercício das competências constitucionais e legais desta Corte de Contas, conforme disposições do art. 1º, XIX, § 5º da Lei 1.284/2001 de 17 de dezembro de 2001 – Lei Orgânica desta Corte de Contas, citamos:

Art. 1º. Ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, órgão de controle externo, compete, nos termos das

Constituição Federal e Estadual, e na forma estabelecida nesta Lei:

(...) omissis

XIX – decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno;

(...)

§ 5º - A resposta à consulta referida no inciso XIX deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

Relativamente ao questionamento apresentado pelo consulente, passamos a analisar com base, especialmente, no art. 38 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências, vejamos:

Art . 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

Situação também idêntica é a previsão do art. 62 da Lei 4.320/1964, que veda a realização de pagamentos antecipados de fornecimento de bens ou serviços e admite, em caráter excepcional, o pagamento de parcela contratual antecipada na vigência dos contratos somente quando houver a prestação de indispensáveis cautelas ou garantias.

Da leitura dos dispositivos acima mencionados, se extrai que a antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pela Administração, ocasião em que deve ficar demonstrada a existência de interesse público, obedecidos os critérios e exceções expressamente previstos pela legislação que disciplina a matéria, a saber: existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta e as indispensáveis cautelas e garantias, mencionadas nos supracitados artigos.

A título de informação o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1726/2008, determinou ao ente público Fundação Nacional de Artes, que se abstenha de realizar pagamentos antecipados aos contratados quando não houver a conjunção dos seguintes requisitos assinalados no Acórdão nº 1.442/2003 – 1ª Câmara: previsão no ato convocatório, existência no processo

licitatório de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida e estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.

Mais adiante, o art. 40, XIV, “d” da Lei nº 8.666/93, indica a possibilidade, em caso excepcional, da antecipação do pagamento realizado pela Administração Pública, vejamos:

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

(...)

XIV – condições de pagamento, prevendo:

(...)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; (grifamos)

Sobre o dispositivo acima transcrito, citamos o entendimento do doutrinador Ronny Charles – Obra Licitações Pública – Lei nº 8.666/93, vejamos:

A alínea d) do inciso XIV, ao estabelecer condições de pagamento, indica a permissão dada pelo legislador para que o contrato administrativo contenha previsão de aplicação de multa, seja em detrimento do contratado ou em prejuízo da Administração. Aliás, prevê, não apenas, a possibilidade de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos, como a necessidade de descontos por eventuais antecipações de pagamento, que parecem fazer referência à hipótese em que o produto contratado tenha sido entregue antes da data aprazada, e não de pagamento antes da prestação feita pelo particular.

Em alguns casos a hipótese de antecipação é evidente, pois às vezes existe um recurso disponível que é destinado a certo encargo, que não pode ter outra aplicação. Se a Administração não efetuar o pagamento antecipado, os recursos permanecem sem utilização durante longo prazo. Nesse período haverá desvalorização da moeda. A Administração ainda sujeitará ao pagamento de reajustes contratuais ou a recomposições extraordinárias de preços.

Nesse contexto acima exposto é que respondemos em tese, a consulta formulada pelo Sr Eldon Manoel Barbosa Carvalho, Secretário Chefe da Controladoria Geral do Estado, que a antecipação de pagamento é possível, desde que prevista no instrumento convocatório e no termo de contrato nos termos do art. 40, XIV, d, da Lei nº 8666/93 e que fique demonstrado a vantajosidade, para segurança completa do erário.

É, S.M.J, o Parecer.

Corpo Especial de Auditores do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, em Palmas-TO, aos 30 dias do mês de junho de 2011.

José Ribeiro da Conceição
Auditor - Mat. 023.840-6

PARECER Nº 2.265/2011

PROCESSO Nº: 05635/2011
ORIGEM: Controladoria Geral do Estado
INTERESSADO: Eldon Manoel Barbosa de Carvalho – Secretário/Chefe
ASSUNTO : Consulta

Egrégio Tribunal,

Trazem os presentes autos a exame deste Ministério Público Especial, a consulta formulada pelo Secretário/Chefe da Controladoria Geral do Estado, Sr. Eldon Manoel Barbosa de Carvalho, acerca da excepcionalidade de pagamento antecipado pela Administração Pública.

Tendo em vista o atendimento aos requisitos impostos pelo art. 150 do Regimento Interno desta Corte de Contas, o Relator Conselheiro José Wagner Praxedes, determinou através do Despacho n.º 507/2011, o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Protocolo, para autuação, e posteriormente à Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Convênios, ao Corpo Especial de Auditores e ao Ministério Público de Contas, para manifestação. (fls. 18 TCE-TO)

Por intermédio do Parecer Técnico Jurídico n.º 057/2011, a Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Convênios desta Casa, preliminarmente informou que foge a competência desta Corte de Contas a emissão de parecer de natureza concreta, “vez que desta forma estaria se afastando de sua condição de órgão fiscalizador para assumir a tarefa de assessoramento direto, o que, indiscutivelmente, é incompatível com suas atribuições”.

A presente Consulta foi submetida ao Corpo Especial de Auditores, que no Parecer n.º 2.421/2011, de fls. 20 a 23 TCE-TO, arrazoou sobre o tema,

concluindo em tese “que a antecipação do pagamento é possível, desde que prevista no instrumento convocatório e no termo de contrato nos termos do art. 40, XIV, d, da Lei 8.666/93 e que fique demonstrado a vantajosidade, para segurança completa do erário”.

Em síntese é o relatório.

Inicialmente cabe informar que as consultas deverão ser analisadas por esta Corte de Contas por força do disposto no art. 1º, XVIII, da Lei 1.284/2001, que prevê a esta Casa a função de decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares relativos à matéria de sua competência; estando as formalidades concernentes ao conhecimento e processamento das Consultas previstas nos artigos 150 a 155 do Regimento Interno TCE-TO.

O Ilustre doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³, define a resposta à consulta como uma das mais importantes funções do Tribunal de Contas, colaborando para eficiência da Administração Pública, uma vez que aqueles que lidam com as finanças públicas têm previamente a interpretação do órgão de controle externo.

Em análise aos presentes autos observa-se que a consulta preenche aos requisitos de admissibilidade necessários; tendo sido subscrita por autoridade competente, referindo-se à matéria de competência desta Casa, apresentando quesitos objetivos, e estando devidamente instruída com parecer jurídico do órgão.

Observa-se ainda que a mesma refere-se a caso concreto, contudo este fato não impede sua análise, vez que o art. 150, § 3º do Regimento Interno preceitua que “a consulta poderá ser formulada em tese, ou versar sobre dúvidas quanto à interpretação e aplicação da legislação em caso concreto”; ressaltando que conforme dispõe o § 5º do art. 1º da Lei n.º 1.284/2001, a decisão desta Corte de Contas “não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto”, tendo apenas o objetivo de colaborar no esclarecimento do questionamento realizado pelo consulente, não obstante o caráter normativo e força obrigatória, descritos no art. 152 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

No mérito o questionamento, em síntese, refere-se à excepcionalidade de pagamento antecipado pela Administração Pública.

Conforme exposto nos art. 62 e 63 da Lei 4.320/64, o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação; consistindo a liquidação na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunal de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

Entretanto, o Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986, o qual dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, em seu art. 38 preceitua:

Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta. (grifo nosso)

Entendimento semelhante pode ser identificado na Lei Federal nº 8.666/93, que de forma genérica, possibilita a antecipação de pagamento como cláusula constante do edital, desde que, como contrapartida, a Administração obtenha desconto no preço a ser pago:

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

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

(...)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; (grifo nosso)

Segundo Marçal Justen Filho⁴, para que o pagamento seja realizado de forma antecipada faz-se necessário que à vantagem econômica, prevista em lei, seja somada à previsão de tal cláusula em ato convocatório, possibilitando a ampliação do universo de competidores; e o pagamento deverá ser condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas destinadas a evitar prejuízos à Administração.

Ante o exposto conclui-se, em tese, que não há impedimento legal que vede a realização de despesa com o adiantamento pretendido, porém, por medida de cautela o gestor deverá estabelecer no instrumento contratual cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço mediante, também, a fixação de multa por inadimplemento contratual.

É o parecer.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS, em Palmas, Capital do Estado, aos 17 dias do mês de agosto de 2011.

LITZA LEÃO GONÇALVES

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Leis de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª edição. São Paulo: Editora Dialética, p. 689.

Procuradora de Contas