

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: GABINETE DA PRESIDÊNCIA

PROCESSO Nº 10238e20

PARECER Nº 01096-20

EMENTA: CONSULTA. CONTRATOS SUSPENSOS EM VIRTUDE DA PANDEMIA PELO COVID 19. DÚVIDA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS AOS CONTRATADOS PARA CUSTEAR FOLHA DE PAGAMENTO. AFRONTA AOS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI Nº 4.320/64. PELA INVIABILIDADE JURÍDICA.

1. A regra para a Administração Pública, no tocante às despesas contraídas por força da celebração de contratos administrativos, é a efetuação do pagamento somente após a efetiva entrega do bem ou prestação do serviço objeto do contrato, ou melhor, após concluídas as demais fases inerentes à despesa, quais sejam, empenho e liquidação, consoante determinam os artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

2. Para que a Administração Pública esteja autorizada, com fulcro na MPV nº 961/2020, a realizar o pagamento antecipado ao particular contratado, devem estar presentes uma das duas hipóteses específicas e pontuais, quais sejam, que tal antecipação dos valores represente condição indispensável para se obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou propicie significativa economia de recursos públicos. Destarte, nenhuma das duas condições parecem restar configuradas, ao menos, da inteligência do contexto fático delineado na presente consulta, onde infere-se que a justificativa para a antecipação da contraprestação pecuniária seria ofertar auxílio financeiro à empresa contratada, em virtude da suspensão total do contrato firmado com a municipalidade.

3. Ademais, por força da vedação constante no art. 1º, § 3º da MPV nº 961/2020, conclui-se, de plano, que aqueles contratos administrativos, cujos objetos envolvam tão somente fornecimento de mão de obra com dedicação exclusiva, como ocorre com os comumente denominados contratos de terceirização de serviços tidos como atividades-meio, não podem, sob nenhuma hipótese, ser adimplidos antecipadamente pela Administração Pública.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE SEABRA**, Senhor FÁBIO MIRANDA DE OLIVEIRA, por meio de ofício, endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 10238e20, levando-se em consideração o atual cenário epidemiológico mundial, questiona o seguinte:

1 – Estaria em consonância com o princípio da legalidade e moralidade administrativa, mediante aprovação de lei específica, a antecipação de até 35% dos recebíveis, decorrentes dos contratos firmados com a administração pública municipal, única e exclusivamente destinada a pagamento de pessoal?

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, consoante regra disposta no art. 3º, §4º da Res. TCM nº 1392/2019 - Regimento Interno, razão pela qual não cabe analisar as particularidades de casos concretos durante o período da pandemia relacionada ao COVID-19.**

Na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Ademais, é salutar apontar que, nos termos em que a consulta foi redigida, a dúvida do consulente revela-se genérica, de modo a não ser possível se extrair, com exatidão, a qual espécie de contrato se refere o expediente, ou seja, não é possível se estabelecer uma solução geral, sem se ter conhecimento, ao menos, sobre o tipo de serviço objeto do contrato, o qual se pretende antecipar pagamentos, ou seja, se a prestação acordada seria de natureza continuada ou se poderia ser considerado essencial ou não para a Administração Pública Municipal.

Nesta senda, serão tecidas as considerações de forma ampla e, acaso as dúvidas não forem completamente dirimidas, sugere-se ao consulente que ingresse com novo expediente, desta sorte procurando elaborá-lo de forma mais detalhada e específica, atentando-se, contudo, aos pressupostos de admissibilidade disciplinados no Regimento Interno, em especial, à vedação aos questionamentos atrelados às minúcias do caso concreto.

Feita tal explanação, passa-se a traçar os esclarecimentos necessários a respeito da

possibilidade de antecipação de pagamentos em contratos administrativos porventura suspensos pelo Poder Público Municipal, em decorrência do advento da pandemia ocasionada pelo SARS-Covid-19, sob o prisma da recente normatização da matéria e entendimentos jurisprudenciais já adotados, tendo em vista a paralisação de diversas atividades, de cunho público e privado, consideradas não essenciais durante a situação de emergência declarada em todo o território baiano.

Antes de mais nada, vale ressaltar que esta Unidade Jurídica, quando instada a se manifestar, em sede de consulta, sobre a possibilidade de suspensão de contratos administrativos, em virtude da superveniência de situação excepcional de calamidade pública causada pela pandemia, que forçou a paralisação de diversas atividades consideradas não essenciais, como medida para conter o avanço do patógeno, conquanto não haja disposição expressa na legislação de regência autorizando, nem vedando a adoção de tal medida, entendeu pela viabilidade jurídica de tal ato.

De outro giro, malgrado respeitando a discricionariedade administrativa, sempre apelando para o bom senso dos Gestores, os pareceres exarados por esta Unidade procuraram apresentar alternativas à adoção da suspensão contratual, muitas delas pela implementação de medidas constantes da Medida Provisória nº 927/2020, no sentido de possibilitar a continuação, mesmo que parcial, da prestação dos serviços objeto da avença e o consequente adimplemento contratual, no intuito da preservação dos empregos e de se evitar o fechamento de empresas e o decorrente agravamento da crise econômica e social instaladas, conforme se depreende de trecho do parecer em consulta, da lavra da Assessora Jurídica Tâmara Braga:

[...] Da intelecção das orientações acima explicitadas, pode-se extrair diversas possibilidades de condutas que podem ser acordadas entre a Administração Pública e a empresa contratada para o enfrentamento da crise atual, dentre as quais: (i) atividade remota ou rodízio, levando em conta a singularidade de cada prestação de serviço; (ii) redução do quantitativo ou suspensão dos serviços prestados até normalização; (iii) negociação com a empresa prestadora de serviços, implementando antecipação de férias, concessão de férias individuais ou decreto de férias coletiva; (iv) não concessão do vale-transporte, dentre outras verbas trabalhistas, observadas as disposições da CLT; (v) redução de jornada de trabalho com a criação de bancos de horas para posterior compensação, dentre outras medidas que possibilitem uma diminuição dos valores acordados pela gestão pública, propiciando a mesma um possível equilíbrio financeiro para o enfrentamento dos possíveis efeitos econômicos.

Nessa mesma direção caminha o Parecer nº 26/2020/DECOR/CGU/AGU, quando

ao se debruçar sobre a questão, assim se posicionou:

EMENTA: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. EFEITOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. DIREITO À VIDA. DIREITO À SAÚDE. PROTEÇÃO AOS EMPREGOS. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CONTRATADAS NOS CASOS DE REDUÇÃO DA DEMANDA.

I - Nos casos de redução da demanda da Administração acompanhada da implementação das medidas recomendadas pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, entende-se que o pagamento pela Administração dos valores correspondentes aos salários dos empregados das empresas prestadoras de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra é juridicamente válido por força da imprevisibilidade da atual pandemia do novo coronavírus e por ser medida absolutamente coerente com o esforço de redução das interações sociais como forma de preservar vidas e evitar o colapso do sistema de saúde.

II - Os descontos das parcelas referentes ao auxílio-transporte e ao auxílio-alimentação devem ser efetuados na forma da Nota Técnica n.º 66/2018-MP, mas não seria fora de propósito recomendar que o Ministério da Economia aprecie a possibilidade de edição de norma que assegure a manutenção dos valores correspondentes ao auxílio-alimentação percebidos pelos empregados terceirizados, uma vez que se sabe que a parcela é extremamente significativa para a subsistência dos trabalhadores.

III - As empresas terceirizadas deverão se valer dos mecanismos previstos na Medida Provisória n.º 927/2020 e recomendados pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (teletrabalho, antecipação de férias e feriados, concessão de férias coletivas, banco de horas e adoção de regime de jornada em turnos alternados de revezamento) para buscar superar o momento de crise.

IV - Os serviços essenciais devem ser preservados e os custos relativos às substituições de empregados do grupo de risco deverão ser suportados pela Administração quando presentes os requisitos autorizadores do reequilíbrio econômico-financeiro. (g.n)

Na mesma toada, o Ministério Público Federal, através da Recomendação PRDC/RS Circular nº 12/2020, firmou entendimento no sentido de que:

(...)

(IV) Ajuste, com as empresas terceirizadas, a redução do fluxo de terceirizados nas dependências do serviço público em que atuam, suspendendo a cobrança de adimplemento da obrigação imposta aos contratados estabelecida no contrato de terceirização, em especial, afastando das atividades as pessoas que estejam no grupo de risco do COVID-19, sem que qualquer prejuízo seja imposto a eles ou aos empregados terceirizados, notadamente que esses não sejam demitidos enquanto perdurar a providência aqui permitida;

Assim,volvendo-se a situação posta no presente expediente, à luz das possibilidades legalmente existentes para guiar a conduta do gestor municipal no presente caso, entende-se, dentro da discricionariedade de cada gestão, ser viável a continuidade do adimplemento do contrato celebrado entre a Administração Municipal e a respectiva empresa terceirizada na área educacional (atividades-meio e transporte escolar), partindo dos pressupostos e ponderações alhures demonstrados.

Em que pese não haja disposição normativa, no ordenamento jurídico pátrio vigente, que preveja a possibilidade da suspensão da execução dos contratos ou até mesmo da vedação para adoção de tal procedimento, recomenda-se que o Gestor Público avalie a possibilidade (inclusive, considerando os efeitos sociais da medida) diante da frustração de receita decorrente da pandemia, à luz do princípio da economicidade, de proceder

ao aludido ato de suspensão contratual, amparado no fato de que o pagamento sem efetiva contraprestação implicaria dano ao erário e violaria as regras estabelecidas pela Lei nº 4320/64, em especial o artigo 63.

No mesmo opinativo, oportunamente, foi, ainda, enfatizada a inviabilidade de se determinar uma solução única para as contratações públicas, em tempos de pandemia, tendo em vista o quanto disposto no artigo 22, caput e § único da LINDB, a qual impõe a ponderação dos obstáculos e dificuldades reais, bem assim as exigências das políticas públicas, na interpretação das normas jurídicas:

Deste modo, verifica-se que não há como determinar uma resolução única para as contratações de terceirizações, em andamento, na seara do ensino público, a fim de impor apenas uma solução jurídica, o que deverá ser feito pela Administração Pública em cada contrato especificamente, observados as dificuldades inerentes a situação emergencial vivenciada no país, o que será levado em consideração quando do exame da lisura dos procedimentos adotados, em homenagem a nova regra disposta na LINDB, art. 22, caput e § 1º:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (g.n.)

Assim é que, no tocante àqueles serviços públicos considerados essenciais, ou atividades de apoio a estes últimos, numa análise *a priori*, não haveria se falar em suspensão contratual, sendo facultado, entretanto, às partes no contrato a negociação de novas condições contratuais, que melhor se adaptem à nova realidade, com adoção de medidas consentâneas com as normas de segurança preconizadas pela Organização Mundial da Saúde, tais como, redução da jornada, revezamento por turno, utilização de máscara, disponibilização de álcool em gel, teletrabalho sempre que possível, etc.

Por outro lado, no que tange a serviços considerados não essenciais, como ocorre, por exemplo, com contratos de terceirização de mão-de-obra para realização de atividades-meio ligadas à educação, conforme já fora elucidado, deve o Administrador Público envidar esforços no sentido de preservá-los, tentando se adotar as medidas previstas na Medida Provisória nº 926/2020 e, uma vez não sendo possível, deve-se pensar em se

adotar a suspensão contratual ou as outras alternativas previstas de alteração unilateral do contrato administrativo, devendo se optar, como última *ratio*, após uma avaliação criteriosa de todo o contexto, pela rescisão unilateral do contrato.

Feitas essas imprescindíveis observações preliminares, passa-se à análise, propriamente, no cerne da questão trazida à baila na presente consulta, qual seja, a viabilidade jurídica de se proceder “a antecipação de até 35% dos recebíveis, decorrentes dos contratos firmados com a administração pública municipal, única e exclusivamente destinada a pagamento de pessoal”.

Impende destacar que o contexto fático delineado previamente à formulação de tal questionamento, leva a crer que a antecipação de tal contraprestação pecuniária refere-se àqueles contratos que se encontram suspensos em virtude da situação de calamidade instalada pelo alastramento do COVID-19.

Nesse sentido, relata o Gestor sua preocupação com a situação de prestadores de serviços ou terceirizados, contratados pelo Município em testilha, e que se encontram com o contrato suspenso por 4 meses, período no qual não teriam recebido qualquer aporte de recursos.

Nesse particular, é importante salientar que tais empresas, cujas atividades sofreram solução de continuidade, em decorrência da pandemia pelo novo Coronavírus, poderiam ter se socorrido da suspensão do contrato de trabalho e conseqüente percepção do benefício emergencial disponibilizado pelo Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 936/2020 (já revogada), para remuneração dos seus respectivos empregados, desonerando a folha salarial destas empresas, durante o prazo máximo de 90 dias, o que malgrado não resolva completamente o problema, decerto ajudou a dar um alívio financeiro nesse período excepcional de crise.

Após esse relevante esclarecimento, **imprescindível ressaltar que a regra para a Administração Pública, no tocante às despesas contraídas por força da celebração de contratos administrativos, é a efetuação do pagamento somente após a efetiva entrega do bem ou prestação do serviço objeto do contrato, ou melhor, após**

concluídas as demais fases inerentes à despesa, quais sejam, empenho e liquidação, consoante determinam os artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64 (Lei da Contabilidade Pública), senão vejamos:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

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.**

Com efeito, consoante se depreende da inteligência do dispositivo em relevo, no que diz respeito às despesas decorrentes de contratos administrativos, a fase de liquidação, onde se apura o aspecto da legalidade da despesa, somente se aperfeiçoa com a juntada ao processo de pagamento do contrato, da nota de empenho e do comprovante da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço pactuado, ou seja, o pagamento somente poderá ocorrer após a efetiva entrega da prestação pactuada.

Tal regra, todavia, comporta as exceções previstas no artigo 1º, inciso II, alíneas “a” e “b” na MPV nº 961/2020, que passou a disciplinar duas situações pontuais nas quais restaria autorizado o pagamento antecipado por parte do Poder Público e que há muito tempo não encontram óbice na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, constituindo, inclusive, a matéria objeto da Orientação Normativa nº 37/2011 da AGU. Revela-se, portanto, relevante a transcrição de trecho da retromencionada medida provisória:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

[...]

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

- a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou
- b) propicie significativa economia de recursos;

Com efeito, para que a Administração Pública esteja autorizada, com fulcro na MPV nº 961/2020, a realizar o pagamento antecipado ao particular contratado, devem estar presentes uma das duas hipóteses específicas e pontuais, quais sejam, **que tal antecipação dos valores represente condição indispensável para se obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou propicie significativa economia de recursos públicos.**

Destarte, nenhuma das duas condições parecem restar configuradas, ao menos, da intelecção do contexto fático delineado na presente consulta, onde infere-se que a justificativa para a antecipação da contraprestação pecuniária seria ofertar auxílio financeiro à empresa contratada, em virtude da suspensão total do contrato firmado com a municipalidade.

Tal regramento prevê, ainda, uma vez preenchidos os requisitos autorizadores do excepcional ato de pagamento antecipado pelo Poder Público Contratante, a exigência de adoção de uma série de medidas acautelatórias necessárias a se assegurar o adimplemento contratual por parte do particular contratado, a fim de se evitar, consequentemente, eventual prejuízo ao erário público.

Ademais, faz-se imprescindível destacar que o artigo 1º, § 3º da Medida Provisória nº 961/2020, veda o pagamento antecipado na hipótese de contratos, cujo objeto envolva dedicação exclusiva de mão de obra, senão vejamos:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

[...]

§ 3º **É vedado o pagamento antecipado pela Administração na hipótese de**

prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Destarte, por força da vedação constante no dispositivo em destaque, conclui-se, de plano, que aqueles contratos administrativos, cujos objetos envolvam tão somente fornecimento de mão de obra com dedicação exclusiva, como ocorre com os comumente denominados contratos de terceirização de serviços tidos como atividades-meio, não podem, sob nenhuma hipótese, ser adimplidos antecipadamente pela Administração Pública.

Com relação à Instrução Normativa nº 53/2020, exarada pelo Ministério da Economia e citada na presente consulta, é válido enfatizar que, além de não se aplicar à realidade dos Municípios, não há se falar em hipótese de antecipação de pagamentos por parte da Administração. Sucede que tal regulamento disciplina, em suma, a possibilidade de se realizar operação de crédito entre o contratado e determinada instituição financeira credenciada, operação esta por meio da qual o particular faria a cessão fiduciária do direito ao crédito decorrente do contrato administrativo à instituição financeira, que, por sua vez, anteciparia o valor de até 70% do crédito ao particular, adquirindo, a mesma, o direito à percepção do montante total estipulado em contrato do Ente Público Contratante, contudo, somente após a execução dos serviços.

Por outro lado, a priori, não haveria óbice à edição de lei municipal, nos moldes da Instrução Normativa 53/2020, disciplinando as regras e os procedimentos para operação de crédito garantida por cessão fiduciária dos direitos de créditos decorrentes de contratos administrativos, realizada entre o fornecedor e instituição financeira, por meio de portal de crédito digital.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consultante.

Salvador, 17 de julho de 2020.

BERNARDO FERNANDES VIEIRA
Assessor Jurídico