

## GESTÃO DE RISCOS DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS – REFLEXÕES SOBRE A MP Nº 961/2020 E A BOA SORTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por Joel de Menezes Niebuhr, Rodrigo Pironti

<b>Título</b>	GESTÃO DE RISCOS DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS – REFLEXÕES SOBRE A MP Nº 961/2020 E A BOA SORTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
<b>Autor</b>	Joel de Menezes Niebuhr
<b>Autor</b>	Rodrigo Pironti

### DOCTRINA – JUN/2020

## GESTÃO DE RISCOS DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS – REFLEXÕES SOBRE A MP Nº 961/2020 E A BOA SORTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### JOEL DE MENEZES NIEBUHR

Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP.

### RODRIGO PIRONTI

Pós-Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Doutor e mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e parecerista.

Por regra, a Administração contrata, recebe o objeto do contrato, liquida a despesa e paga (artigo 62 da Lei nº 4.320/1964).<sup>1</sup> Ou seja, paga depois da execução do objeto do contrato. No entanto, em situações excepcionais, com as devidas justificativas, cautelas e garantias, autoriza-se o pagamento antecipado, na forma do prescrito no artigo 38 do Decreto Federal nº 93.872/1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional.<sup>2</sup>

Os riscos do pagamento antecipado são altíssimos. Pura e simplesmente, pode acontecer de a Administração Pública pagar e não receber o objeto que foi contratado ou ainda receber com inadequações que impossibilitem, no todo ou em parte, sua fruição. São frequentes os casos de agentes administrativos responsabilizados pelos órgãos de controle porque não justificaram adequadamente o pagamento antecipado ou não adotaram as cautelas devidas, o que vem sendo qualificado como erro grosseiro, com fundamento no artigo 28 da LINDB.<sup>3</sup>

É sabido que a pandemia de COVID-19 aumentou muito a demanda e tornou difícil encontrar alguns bens destinados ao seu enfrentamento, especialmente respiradores, kits para testes e equipamentos de proteção individual para profissionais de saúde (EPIs). Então, a Administração Pública, quando encontra o que deseja, acaba tendo que se submeter às condições exigidas pelos fornecedores e, dentro delas, que o pagamento seja antecipado. E os fornecedores, não raro, recusam-se a prestar garantias. Ou a Administração Pública paga antecipado e sem garantias ou não leva, simples assim.

Essa é uma situação de fato imposta pela pandemia de COVID-19. Não há como negá-la. E não há como negar que vidas são salvas com respiradores, testes e EPIs e vidas são perdidas sem eles. O ordenamento jurídico não fecha os olhos a esse quadro, tanto que o artigo 22 da LINDB prescreve que sejam “considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo [...]”.

Nessa perspectiva, a Advocacia-Geral da União, em 01/04/2020, firmou o Parecer Referencial nº 00254/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Professor Ronny Charles, em que reconheceu que o combate ao COVID-19 torna imperativa a revisão de “velhas rotinas [...] prejudiciais ou impeditivas ao atendimento da missão precípua do gestor público de saúde [...]”. Com esse passo, recomenda a antecipação de pagamento, “desde que seja justificadamente necessária ao atendimento da pretensão administrativa e acompanhada de medidas de garantia”.

Em reforço, em 06/05/2020, o Presidente da República fez publicar a Medida Provisória nº 961/2020, que, dentre outras providências, permite expressamente o pagamento antecipado e estabelece condicionantes.

Esclareça-se que a Medida Provisória nº 961/2020 é norma geral, produzida em razão da competência atribuída à União pelo inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, por efeito do que incide sobre todos os entes federativos. Demais disso, ela prescreve regras de caráter transitório, restritas ao período em que viger o estado de calamidade provocado pela pandemia de COVID-19, tal qual determinado pelo Decreto Legislativo nº 6/2020. A bem da verdade, o Decreto Legislativo afirma a calamidade apenas no tocante ao cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, mais especificamente ao atingimento dos resultados fiscais e limitação de empenho. Desse modo, o estado de calamidade foi limitado ao crédito orçamentário, encerra em 31/12/2020. Por consequência, as regras da Medida Provisória nº 961/2020, ainda que ela seja convertida em lei pelo Congresso Nacional, perdem sua validade em 31/12/2020.

A Medida Provisória nº 961/2020 tem relação à pandemia de COVID-19, tanto que suas disposições valem apenas durante o estado de calamidade pública declarado pelo Decreto Legislativo nº 6/2020. Nada obstante, as prescrições da Medida Provisória, inclusive as sobre o pagamento antecipado, não são restritas aos processos de contratação cujos objetos sejam vinculados ao

enfrentamento da pandemia. Em resumo, elas valem para qualquer processo de contratação, de qualquer ente federado, mesmo que não tenha vinculação direta ou indireta com o enfrentamento da pandemia. Logo, a Medida Provisória distingue-se do regime emergencial de contratação para o enfrentamento da pandemia de COVID-19 versado na Lei nº 13.979/2020, cujas prescrições somente se aplicam para as contratações vinculadas ao enfrentamento da pandemia.

Pois bem, o inciso II do artigo 1º da Medida Provisória nº 961/2020 autoriza o pagamento antecipado desde que “a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou b) propicie significativa economia de recursos”. A satisfação das exigências dispostas nas supracitadas alíneas não precisa ser cumulada, dado o emprego da conjunção alternativa “ou”. O enquadramento em uma das alíneas é o suficiente.

Não se pode perder de vista que o pagamento antecipado é exceção e, nessa medida, deve ser amplamente justificado. A alínea “a” do inciso II do artigo 1º exige que o pagamento antecipado seja “condição indispensável”. Portanto, na hipótese da alínea “a”, não basta alegar que seja mais conveniente, que ele possa propiciar resultado melhor para a Administração. Deve-se demonstrar a sua necessidade, que ele é “indispensável”, que sem ele a Administração não conseguiria dispor do objeto do contrato.

Se o pagamento antecipado não for “condição indispensável”, conforme a alínea “b” do inciso II do artigo 1º da Medida Provisória nº 961/2020, é obrigatório demonstrar que ele propicie economia de recursos, que seja vantajoso sob a ótica econômica. É bem complicado demonstrar a economia de recursos em razão do pagamento antecipado, o que pode ser entrave para a sua aplicação, em prejuízo dos interesses públicos. Ocorre que os preços têm oscilado, não se acham fornecedores e não se recebem propostas variadas para que se faça comparação. Nesse quadro, a demonstração da economia de recursos fica fragilizada, depende de muitas variáveis, algumas delas até mesmo subjetivas, expondo os agentes públicos a riscos elevados. A propósito, o § 3º do artigo 4º-E da Lei nº 13.979/2020, que versa sobre as contratações vinculadas ao enfrentamento da pandemia, prescreve que os preços estimados pela Administração “não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores ocasionados pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativas nos autos”. Mais uma vez a chave são as justificativas, mas sempre há uma boa dose de subjetividade. Tantas incertezas fizeram o Professor Guilherme Carvalho questionar “o que é superfaturamento em tempos de pandemia?”. Vale a ponderação:

É, leitor, o mesmo mercado que vende o produto por cinco vezes do “valor estimado” também deixa de vender, perdendo a oportunidade por razões óbvias, que carecem de explicação: simplesmente porque não há o produto à venda, a despeito da existência de um ou mais interessados.

Logo, nenhum economista, gestor público, controlador [...] ou quem quer que seja pode se arvorar na pretensão de estabelecer - peremptoriamente, de forma pronta e acabada - o que é preço estimado e o que é superfaturamento, sem que antes questione, nestes tempos de pandemia, por quais razões houve a aquisição e quais foram os fatores que levaram à contratação da forma em que, efetivamente, se realizou.<sup>4</sup>

O § 1º do artigo 1º da Medida Provisória, em complemento, determina que a Administração preveja o pagamento antecipado em edital ou no documento de adjudicação direta e que exija a devolução dos valores pagos se o objeto não for entregue – o que é evidente e óbvio, não se poderia cogitar do contrário. O § 2º do mesmo artigo permite que a Administração requeira a comprovação da execução de parte do objeto para realizar o pagamento antecipado, a prestação de garantia, a emissão de título de crédito pelo contratado, certificação do produto ou do fornecedor e que acompanhe a mercadoria. Trata-se de medidas mitigadoras de riscos, que não se constituem em obrigações, apenas faculdades, dadas as restrições e as dificuldades encontradas no mercado.

Ganha destaque que, por essa sistemática, o pagamento antecipado é autorizado sem a prestação de garantias por parte dos contratados, o que talvez seja uma das grandes novidades da Medida Provisória nº 961/2020 e um dos fatores de maior amplificação de riscos. Repita-se que o inciso II do § 2º do artigo 1º da Medida Provisória prescreve que a exigência de garantia é facultativa. Insista-se que, em meio à crise provocada pela COVID-19, diante de escassez de dados bens no mercado, é bem possível que fornecedores exijam pagamento antecipado e recusem-se a prestar garantias. Ou a Administração aceita ou não contrata.

Como já mencionado, o artigo 38 do Decreto Federal nº 93.872/1986 permite o pagamento antecipado, porém o condiciona à prestação de garantia. O Parecer Referencial nº 00254/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU da mesma forma exige a garantia e a jurisprudência do TCU qualifica como erro grosseiro realizar pagamento antecipado sem exigir garantia. A Medida Provisória nº 961/2020 já não exige a garantia.

A Professora Gabriela Pércio adverte:

Uma atuação diligente dos agentes públicos por meio de decisões voltadas ao gerenciamento dos riscos, de justificativas bem fundamentadas, de pareceres jurídicos anexados ao processo, de cuidados especiais na seleção do fornecedor, sempre considerando as necessidades e peculiaridades do caso concreto é o que se espera em tais situações e o que definirá, possivelmente, o destino da contratação, assim como de todos os envolvidos. O pagamento antecipado é um recurso necessário, a MPV 961 é muito bem-vinda, mas permanece na cota dos agentes públicos utilizá-lo com bom senso e cautela.<sup>5</sup>

A Medida Provisória nº 961/2020, por disciplinar o pagamento antecipado, pode gerar sensação de falsa segurança, pode dar a impressão de que ele não seja tão complicado ou arriscado. Diga-se em alto e bom som: ele é complicadíssimo e arriscadíssimo. O superlativo é didático e se justifica em face dos inúmeros casos noticiados pela imprensa. A questão é que as condicionantes e as medidas facultativas de mitigação de riscos contidas na Medida Provisória nº 961/2020 não são suficientes para oferecer segurança ao pagamento antecipado. O interesse público, o erário público e os agentes públicos permanecem bem vulneráveis, o que se intensifica nas hipóteses em que o pagamento antecipado não é precedido da apresentação de garantias, como autoriza, repita-se, a Medida Provisória nº 961/2020.

Nessas situações, não é recomendável aguardar o momento em que efetivamente seja necessário firmar contrato com previsão de pagamento antecipado e daí pensar em medidas meramente mitigadoras de riscos. Dizendo de outra forma, o melhor é não ser reativo. Diante da crise, antevendo que pode haver ou pode se repetir demanda por contrato com pagamento antecipado, o melhor é agir antes, desenvolver processo bem estruturado e o mais completo possível de gestão de risco, preestabelecendo balizas firmes de governança a serem aplicadas às demandas que eventualmente surgirem.

A premissa central é o reconhecimento inequívoco de que o pagamento antecipado é o próprio evento de risco e, por isso, deve ser precedido de análise cautelosa e ser preventivamente gerenciado. Seguramente o pagamento antecipado é evento de risco de nível extremo, notadamente quando desacompanhado de prestação de garantias pelo contratado, em qualquer matriz que considere minimamente a legislação, as experiências pregressas da Administração Pública nacional e os possíveis prejuízos financeiros.

Tomando em conta essa premissa central, dentro do processo de estruturação da gestão de riscos para pagamentos antecipados, sugere-se: a) a criação, se ainda não há, de comitê de gerenciamento de risco do órgão/entidade; b) que a avaliação desses contratos passe pela análise antecipada do comitê de gerenciamento de risco do órgão/entidade; e c) que em todos os casos, essas hipóteses sejam precedidas de *due diligence* para se determinar de forma objetiva a idoneidade e capacidade das empresas "beneficiadas" por essa antecipação.

As balizas de governança são fundamentais e, dentro delas, é de destacar a atuação do comitê de gerenciamento de risco, que – obviamente – deve ser constituído e ter sua política de funcionamento determinada previamente. Esse comitê, para além de considerar os aspectos de prevenção de riscos e adoção das medidas mitigadoras exemplificadas na Medida Provisória, deve tomar as seguintes providências:

- a) A elaboração de um Plano de Trabalho que apresente e descreva os contratos que podem ser afetados pelo pagamento antecipado;
- b) A identificação e classificação desses contratos em níveis de risco inicial, considerando critérios de probabilidade e impacto;
- c) O estabelecimento de política de alçadas e desenho de processos para os casos de pagamento antecipado;
- d) A definição do apetite de risco em relação aos possíveis casos de pagamento antecipado;
- e) A sugestão dos planos de ação, considerando – minimamente – o impacto das possíveis inexecuções contratuais e seu contingenciamento;
- f) A fixação de política de gestão e fiscalização contratual diferenciada para os contratos objeto de pagamento antecipado;
- g) O monitoramento contínuo, por meio de KPIs (Key Performance Indicators);
- h) O registro e informes periódicos aos órgãos de controle externo, para comunicação e controle concomitante da motivação dos atos administrativos objeto de possível opção por pagamento antecipado;

Com essas medidas acautelatórias, o gestor consegue criar condições de rastreabilidade de suas decisões e conduzir a opção pelo pagamento antecipado dentro de processo realmente estruturado e passível de medição em face dos obstáculos reais.

Sob esse contexto, é bastante importante que o pagamento antecipado seja precedido de efetivo processo de *due diligence*, para se determinar de forma objetiva a idoneidade e capacidade das empresas "beneficiadas" por essa antecipação. Práticas como "*know your customer*" e "*know your supplier*" deverão ser implementadas de maneira mais efetiva na Administração Pública. Não se pode admitir, à vista dos inúmeros escândalos vivenciados no passado e agora potencializados pela pandemia de COVID-19, que a Administração não estruture um processo organizado de investigação interna de seus fornecedores, que é algo comezinho em qualquer relação privada de menor potencial econômico e fundamental em se tratando de contratações que envolvam o pagamento antecipado realizado com recursos públicos.

O pagamento antecipado é delicado e pressupõe o fortalecimento do processo de *due diligence*, com a aplicação de Questionário de Due Diligence (QDD) específico e, posteriormente, a sugestão de medidas mitigadoras amparadas em processo de Gerenciamento de Risco de Integridade (GRI) dos fornecedores, reduzindo, com isso, a vulnerabilidade da Administração na opção/adoção da antecipação. É fundamental que esse processo de *due diligence* seja previamente estruturado para que ele possa ser célere e adequado às situações emergenciais, prevendo-se níveis de investigação em harmonia ao grau de emergência da contratação.

O desejável é que, nos casos de pagamento antecipado, especialmente naqueles em que o contratado é dispensado de apresentar garantias, a *due diligence* seja aprofundada e realizada com toda a cautela. Sem embargo, sabe-se que a pandemia de COVID-19 muitas vezes impõe à Administração Pública decisões imediatas, que não podem aguardar a investigação ideal, o que por si só representa uma espécie de risco, que deveria ser previamente identificado e gerenciado. Medidas mitigadoras devem ser antecipadas, como, por exemplo:

- a) Formação de cadastro de possíveis fornecedores para os objetos de maior risco e a realização de *due diligence* para todos os fornecedores como condição para o cadastro;
- b) Definição de modelo para *due diligence* simplificada, que possa ser levado a efeito diante de situação de urgência qualificada - melhor *due diligence* abreviada do que nenhuma *due diligence*; e
- c) Contratação de terceiros para apoiar ou realizar o processo de *due diligence*, sobretudo se o órgão ou entidade não dispuser de quadros com a devida qualificação e em quantidade suficiente.

O que não se pode fazer é realizar pagamento antecipado a empresas inidôneas, de fachada, sem estrutura, sem capacidade técnica ou econômico-financeira e que sequer tenham sido investigadas. É dizer, se o pagamento antecipado é um “mal necessário”, pois permite que na prática ocorram contratações antes de difícil ou impossível operacionalização, também é fato que amplia em muito os riscos de prejuízos e fraudes contra a Administração, bem ao “jeitinho brasileiro”.

Alex Rovira Celma e Fernando Trias de Bes lembram que “A Boa Sorte” pode ser criada, depende das ações, de como os problemas são enfrentados e não meramente do acaso. Que não se relegue o pagamento antecipado à aleatoriedade da má sorte, como que num jogo de dados. Que a boa sorte da Administração e dos gestores públicos no tocante ao pagamento antecipado seja construída com base em conhecimento técnico, em processos estruturados e organizados de gerenciamento das incertezas, com reforço ao comitê de gestão de riscos e aos procedimentos de *due diligence*.

<sup>1</sup> “Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.”

<sup>2</sup> “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.”

<sup>3</sup> Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado (TCU, Acórdão nº 185/2019, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 06/02/2019).

<sup>4</sup> CARVALHO, Guilherme. O que é superfaturamento em tempos de pandemia? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/guilherme-carvalho-superfaturamento-tempos-pandemia>>. Postado em 08/05/2020.

<sup>5</sup> PÉRCIO, Gabriela. Medida Provisória nº 961/20: antecipação de pagamento e cautelas (extras) necessárias. 8 maio 2020. Disponível em: <http://www.licitante.com.br/mp-961-pagamento-antecipado-cauteladas/>. Acesso em: maio 2020.

**Como citar este texto:**

NIEBUHR, Joel Menezes, PIRONTI, Rodrigo. Gestão de riscos de pagamentos antecipados, *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 23 jun. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaa.

**Fonte:**