



**HUMBERTO BARBOSA DA SILVA LEITE**

A inconstitucionalidade da exigência do recebimento definitivo, pela Administração Pública, como termo inicial do prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

Brasília - DF  
2013

## HUMBERTO BARBOSA DA SILVA LEITE

A inconstitucionalidade da exigência do recebimento definitivo, pela Administração Pública, como termo inicial do prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

Monografia apresentada para a obtenção do título de Pós-Graduado em Direito Constitucional no âmbito da Pós-Graduação de Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**HUMBERTO BARBOSA DA SILVA LEITE**

A inconstitucionalidade da exigência do recebimento definitivo, pela Administração Pública, como termo inicial do prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

Monografia apresentada para a obtenção do título de Pós-Graduado em Direito Constitucional no âmbito da Pós-Graduação de Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_ - Examinador

\_\_\_\_\_ - Examinador

\_\_\_\_\_ - Examinador

Para Deus.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus, que me ama, está sempre ao meu lado, e me fortalece e sustenta nas adversidades; à minha esposa, porque em Jesus Cristo somos uma só carne; aos meus pais, por me dedicarem o que há de mais divino, o amor; ao Pastor Ricardo por sempre acreditar e me apoiar neste projeto; aos membros da Igreja de Cristo, porque são eles que me ajudam na caminhada rumo ao Alvo, que é Jesus; aos meus familiares e amigos por cada palavra positiva, e segundo de companhia; e a todos os meus professores, instrumentos de Deus para aperfeiçoar os meus conhecimentos.

## RESUMO

A atual interpretação dada à alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 é inconstitucional. A norma extraída do primeiro texto formulado era que o termo inicial para a Administração Pública efetuar o pagamento dos seus contratos, em prazo não superior a 30 (trinta) dias, fosse após o período de aferição feito pela Administração. No entanto, lei posterior a modificou a expressão “período de aferição” para “data final do período de adimplemento”. O Legislador modificou o texto, e, conseqüentemente, a norma. O termo inicial não é mais após a aferição, e sim após o último dia previsto em edital, ou contrato, para que o contratado cumpra suas obrigações sem que esteja em mora. Ou seja, a Administração tem 30 (trinta) dias, do termo inicial informado acima, para o pagamento, e esse termo inicial não se confunde com o recebimento provisório, ou com o definitivo. Os demais prazos legais previstos para que a Administração forneça o recebimento definitivo são prazos próprios dela, que não podem atingir o contratado. Entendimento diverso ofende os princípios da eficiência, impessoalidade, igualdade, finalidade, supremacia do interesse público, e do equilíbrio econômico-financeiro; e ainda reduz a competição, e a possibilidade de alcançar a proposta mais vantajosa.

**Palavras-chave:** Licitação. Contrato. Data final do período de adimplemento. Recebimento definitivo. Recebimento provisório. Aferição. Pagamento. Administração Pública. Contratado. Inconstitucionalidade. Princípio. Equilíbrio econômico-financeiro. Supremacia. Interesse Público. Interesse Privado. Igualdade. Eficiência. Inadimplemento. Competição. Proposta mais vantajosa.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1 A DATA FINAL DO PERIODO DE ADIMPLEMENTO E O RECEBIMENTO DEFINITIVO</b> .....	<b>11</b>
1.1 Doutrina.....	12
1.2 Jurisprudência.....	13
1.3 O Inciso III do artigo 15 da Lei nº 8.666/93 .....	14
1.4 A Responsabilidade do Contratado após o Recebimento Definitivo.....	16
1.5 O Atestado de Qualidade Oficial .....	17
<b>2 A DATA FINAL DO PERIODO DE ADIMPLEMENTO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>19</b>
2.1 Princípio do Equilíbrio Econômico-financeiro.....	20
2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado ....	25
2.3 Princípio da Igualdade .....	33
2.4 Princípio da Eficiência .....	38
<b>3 AS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>42</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

Este estudo não fará uma breve síntese histórica do tema abordado, mas traz importantes dados sobre a história da corrupção<sup>1</sup> humana, ainda na Bíblia, fonte de relato do início de todas as coisas – para aqueles que acreditam na Bíblia como a verdade absoluta – em Gênesis 3, é narrado o momento em que Adão e Eva se corrompem; e em Gênesis 4, é narrado o primeiro homicídio, quando Caim matou Abel.<sup>2</sup>

Partindo para um contexto político, social e jurídico da história, é primordial lembrar porque os Estados Democráticos de Direito e suas Constituições têm em suas bases a Separação de Poderes; as garantias aos direitos fundamentais da pessoa humana; e a preservação do próprio Estado Democrático de Direito. A resposta encontra-se nos excessos dos governos anteriores, cujos interesses dos que detinham o poder eram sobrepostos aos dos governados, quando e como eles quisessem, sem respeitar nada e ninguém. Desse modo, o Direito Administrativo, como bem proposto por Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, é formado como “representação antiautoritária do liberalismo em face do absolutismo”.<sup>3</sup>

No entanto, mesmo no Estado Democrático de Direito, tem-se latente corrupção, a exemplo dos casos popularmente conhecidos por meio de expressões : como Caixa de Pandora, Mensalão, Cachoeira entre outros. E hoje a sociedade percebe a corrupção entranhada em todos os Poderes.

Portanto, seja na criação do mundo – segundo a versão bíblica –, ou na história geográfica, política, social e jurídica, a humanidade sofre com a corrupção do ser humano.

Desse modo, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e

<sup>1</sup> “**Corrupção.** [Do lat. *Corruptione.*] S.f. **1.** Ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. **2.** Devassidão, depravação, perversão. **3.** Suborno, peita. [Var.: corrução; sin.ger.: corrompimento.]” – FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 486.

<sup>2</sup> BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Almeida*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada, 2ª. ed. Barueri/SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006. p. 21-24.

<sup>3</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 46.

contratos da Administração Pública e dá outras providências”, traz implícita em seu texto, compondo a norma, toda essa desconfiança que existe sobre a sociedade e a Administração Pública.

Nesse contexto, a Lei nº 8.666/93 traz em seu texto normas que visam respeitar a ordem jurídica brasileira, ou seja, as normas provenientes dos princípios e regras constitucionais, no momento em que realiza o procedimento licitatório e os contratos da Administração Pública. Entre as diversas regras insculpidas na Lei nº 8.666/93, está a da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40, *in verbis*:

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 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:

a) prazo de pagamento, não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;”.

O prazo para o pagamento dos contratos entre a Administração e os contratados é muito importante, e tal prazo precisa ser seguido. O contratado organiza-se administrativa e financeiramente, para conseguir cumprir sua proposta. O contratado precisa ter recursos financeiros para cumprir aquilo que propôs, e receber dentro dos limites temporais que a Lei nº 8.666/93 lhe garante. O termo para o pagamento é uma das normas que diminuem a possibilidade da Administração Pública beneficiar um contratado em detrimento dos direitos do outro, ou de realizar o pagamento quando quiser, deixando o contratado sem segurança acerca de quando o receberá.

O prazo para pagamento influi diretamente nos seguintes princípios:

- o princípio da eficiência disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988,

- o princípio do equilíbrio econômico-financeiro implícito no texto do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 – embora existam divergências acerca de ser ou não um princípio, este estudo o considerará como tal;

- o princípio da igualdade, presente no preâmbulo, no *caput* do artigo 5º e no inciso XXI do artigo 37, todos da Constituição;

- e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, implicitamente disposto na Constituição, por meio dos incisos XXIV e XXV do artigo 5º, e III, V e VI do artigo 170, respectivamente os institutos jurídicos da desapropriação e requisição, e os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente.

Nesse contexto é que foi escolhido o tema acerca da inconstitucionalidade da exigência do recebimento definitivo, pela Administração Pública, como termo inicial do prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93. Argumenta-se que esta pesquisa possui relevância política, social, jurídica e acadêmica, ao propor a análise do texto da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 – “data final do período de adimplemento” –, cuja doutrina e jurisprudência brasileira têm apontado um entendimento, acerca do momento em que é dada a data final do período de adimplemento, que não merece prosperar. Nesse sentido, este estudo visa demonstrar a inconstitucionalidade desse entendimento, assim como suas consequências, e sugerir alternativas, expondo uma posição acerca da sua interpretação segundo a Constituição.

Em outras palavras, a problemática deste estudo é a seguinte pergunta: é inconstitucional a Administração Pública exigir o recebimento definitivo como termo inicial do prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93?

## **1 A DATA FINAL DO PERÍODO DE ADIMPLEMENTO E O RECEBIMENTO DEFINITIVO**

Inicialmente é importante esclarecer que não fazem parte da discussão em apreço, os casos dispostos nos incisos do artigo 74 da Lei nº 8.666/93, em que o recebimento provisório pode ser dispensado, isso quando a Administração usar dessa discricionariedade – por obviedade, existem circunstâncias em que a Administração Pública não tem alternativa, a título de exemplo são os gêneros perecíveis –; e receber o bem, ou o serviço, definitivamente.

Outrossim, nos casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna e guerra, a Administração não é obrigada ao pagamento dentro do prazo de 30 dias da data final do período de adimplemento – assim como disposto no inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, que excetua os motivos de rescisão contratual para o atraso, superior a noventa dias, do pagamento devido pela Administração; ficando o contratado com a opção de suspender suas obrigações até a normalização das circunstâncias adversas.

Adentrando no tema propriamente dito, os artigos 73 e seguintes da Lei nº 8.666/93 dispõem acerca do recebimento do objeto contratado. Salvo exceções devidamente justificadas e previstas em edital – conforme informado nos parágrafos anteriores –, entre a data de entrega e o recebimento definitivo de obras e serviços, existe um prazo máximo de 90 (noventa) dias, conforme disposto no § 3º do artigo 73 da referida Lei, e para os casos de compras a lei é omissa. Marçal Justen Filho defende que para os casos de compras “o prazo máximo será aquele necessário à realização dos exames e das providências adequadas”<sup>4</sup>, o que parece ser muito subjetivo e discricionário.

Ocorre que a data final do período de adimplemento não pode ser confundida com o recebimento definitivo. Este estudo entende que a data final do período de adimplemento é o termo final que o contratado tem para entregar o objeto do contrato – nos moldes do previsto em edital e no contrato –; e que o recebimento definitivo ocorre após a Administração Pública vistoriar o objeto contratado e este preencher os requisitos da lei, da licitação e do contrato.

---

<sup>4</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.951.

Desse modo, o texto da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, “data final do período de adimplemento” tem sido interpretado com base em outras normas da própria Lei nº 8.666/93, tornando a sua norma inconstitucional; e, portanto, ele deve ser interpretado conforme a Constituição Federal de 1988, respeitando os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; da eficiência; da igualdade; e garantindo o equilíbrio econômico-financeiro de todos os interessados em contratar com a Administração Pública.

Logo, este estudo defende que a exigência do recebimento definitivo, pela Administração Pública, como termo inicial do prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 é inconstitucional.

Outrossim, cabe ressaltar que o tema ora proposto não se trata apenas de responder quando é dado o termo inicial de um prazo. Este tema alcança valores relevantes ao Estado Democrático de Direito. A interpretação errada da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 – “data final do período de adimplemento” – pode causar ofensa aos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; da eficiência; da igualdade; e ao equilíbrio econômico-financeiro de todos os interessados em contratar com a Administração Pública.

Parece não haver doutrina ou jurisprudência que defenda a mesma tese proposta neste estudo, conforme pode ser observado nos itens abaixo. Mas antes de prosseguir, é importante esclarecer a diferença do prazo final para o adimplemento da obrigação do contratado, do fornecimento do bem ou serviço objeto do contrato.

O prazo final para o adimplemento da obrigação do contratado é aquele previsto em edital e no contrato administrativo, caso o contratado resolva adimplir sua obrigação antes do prazo final para o adimplemento da obrigação – fixado no edital e no contrato –, será considerada liberalidade dele.

## **1.1 Doutrina**

Marçal Justen Filho, por exemplo, entende ser a data final do período de adimplemento a mesma do recebimento definitivo, cuja Administração Pública só emite após comprovar a adequação do objeto contratado com aquilo que tiver sido

firmado em contrato.<sup>5</sup> No entanto, o mesmo Marçal Justen Filho admite o pagamento antecipado em situações excepcionais.<sup>6</sup> Para este trabalho, parece contraditório, mesmo que em situações excepcionais, seja aceito o pagamento antecipado – ou seja, mesmo antes da entrega do bem ou da prestação do serviço contratado – mas não seja admitido o pagamento com o real adimplemento da obrigação do contratado, ao invés do recebimento definitivo expedido pela Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles, embora não tenha se pronunciado de modo explícito, disse que o recebimento definitivo é o que considera o ajuste regularmente executado pelo contratado, dando a entender que a data final do período de adimplemento ocorre com o recebimento definitivo.<sup>7</sup> De semelhante modo parece ser o entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior<sup>8</sup>.

Diógenes Gasparini não deixa claro quando o pagamento deve ser realizado, ele alega que deve ser efetuado quando o contratado cumprir com todas suas obrigações, segundo o contrato, mas não dispõe se apenas aconteceria após o recebimento definitivo, entretanto, ele aceita excepcionalmente o pagamento adiantado.<sup>9</sup> Desse modo, parece não ser possível identificar a opinião dele, ao menos no seu manual de Direito Administrativo. Nas referências bibliográficas expostas neste estudo ainda não foi encontrada opinião clara, acerca do tema, dos autores: Lucas Rocha Furtado e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

## 1.2 Jurisprudência

No mesmo sentido da doutrina há julgados da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>; da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª

---

<sup>5</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.118-122.

<sup>6</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.649-650.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, FILHO, José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 238-239.

<sup>8</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar; 2009. p. 73-74.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 817-823.

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.079.522. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, divulgado no DJe em 17/12/2008.

Região<sup>11</sup>; e a deliberação do Tribunal de Contas da União, no processo 575.232/1998-6<sup>12</sup>.

Em pesquisa jurisprudencial feita nos sítios virtuais do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>; dos Tribunais Regionais Federais da 1ª Região<sup>14</sup>, 2ª Região<sup>15</sup>, 3ª Região<sup>16</sup> e 5ª Região<sup>17</sup>, não foram encontrados julgados que abordassem essa temática.

Desse modo, parece claro que o atual entendimento foi pouco debatido regionalmente e não ter sido analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento tem sido aplicado por causa da doutrina e do referido julgado do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, ele encontra-se errado, e precisa ser melhor discutido em fase acadêmica, e principalmente pelos Tribunais brasileiros, para que seja dado o entendimento explanado no decorrer deste trabalho.

### 1.3 O Inciso III do artigo 15 da Lei nº 8.666/93

O inciso III do artigo 15 da Lei nº 8.666/93 dispõe que “as compras, sempre que possível, deverão: submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado”.

---

<sup>11</sup> Tribunal Regional Federal. Embargos de Declaração em Apelação / Reexame Necessário nº 2004.72.00.012071-6/SC. Relª. Desembargadora Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2011, divulgado no Diário Eletrônico em 30/11/2011; e Tribunal Regional Federal. Embargos de Declaração em Apelação / Reexame Necessário nº 5013900-16.2010.404.7000/PR. Rel. Desembargador FERNANDO QUADROS DA SILVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2012, divulgado no Diário Eletrônico em 14/06/2012.

<sup>12</sup> Tribunal de Contas da União. Processo de Tomada de Contas nº 575.232/1998-6. Rel. Min. AROLDO CEDRAZ DE OLIVEIRA. Recurso de Reconsideração. Acórdão nº 245/2002. Rel. Min. IRAM SARAIVA. PLENÁRIO. Ata nº 24/2002. Publicado no Diário Oficial da União em 31 de julho de 2002.

<sup>13</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013. 11:50.

<sup>14</sup> <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013. 11:52.

<sup>15</sup>

<[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=recebimento+definitivo+pagamento+8666&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter=0&getfields=\\* &exclude\\_apps=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entqr=3&site=ementas &partialfields=&requiredfields=&as\\_q=>](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=recebimento+definitivo+pagamento+8666&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter=0&getfields=* &exclude_apps=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entqr=3&site=ementas &partialfields=&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 25 de fevereiro. 12:00.

<sup>16</sup> <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013. 12:06

<sup>17</sup> <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/jsp/resultados.jsp>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013. 12:34.

No setor privado a regra geral é o pagamento à vista, o cartão de crédito – dividido em parcelas, ou não –, e o cheque pré-datado – construção comercial brasileira aceita pelo Estado. No cartão de crédito, parcelado ou não, a primeira parcela será paga pelo adquirente do bem ou serviço apenas após um determinado período, que é variável, mas não costuma ultrapassar trinta dias; e o fornecedor, em regra, recebe posteriormente, lhe sendo facultado pagar uma taxa para receber até mesmo antes do pagamento pelo adquirente – tudo isso é intermediado por uma operadora de cartão de crédito. No cheque pré-datado, o usual é o fornecedor de bens ou serviços exigir uma parte à vista, e as demais para os próximos meses. Não obstante essas possibilidades, o fornecedor ainda pode indicar outros prazos, e o adquirente aceitá-los. Acontece que essa prática comercial é negociada entre as partes, diferentemente da contratação administrativa, em que atualmente se encontra imposição para o pagamento em até trinta dias após o recebimento definitivo, o que não parece semelhante ao setor privado.

Diógenes Gasparini utiliza-se do inciso III do artigo 15 da Lei nº 8.666/93, para admitir que a Administração realize pagamento adiantado ao contratado.<sup>18</sup> Desse modo, haja vista a Administração ter o poder para efetuar pagamento adiantado, com fundamento nesse dispositivo, não há óbice para que o recebimento definitivo seja em momento posterior à data final do período de adimplemento – nos moldes defendidos nesse estudo.

Conforme aqui exposto, Marçal Justen Filho entende que o prazo disposto na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 tem seu termo inicial após a Administração emitir o termo circunstanciado correspondente ao recebimento definitivo do objeto contratado; e ele entende desse modo, mesmo quando comenta o inciso III do artigo 15 da Lei nº 8.666/93, momento no qual defende o que encontra-se exposto abaixo:

“Uma condição fundamental para a eficiência administrativa reside na utilização de procedimentos semelhantes aos praticados no setor privado. O

---

<sup>18</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 822-823.

inc. III expressamente consagra o princípio, no tocante às condições de aquisição e pagamento”.<sup>19</sup>

Se Marçal entende que o inciso III do artigo 15 da Lei nº 8.666/93 consagra o princípio que torna condição fundamental para a eficiência administrativa, quer seja a utilização de procedimentos semelhantes aos praticados no setor privado; e que essa norma é referente às condições de aquisição e pagamento; não há óbice para o pagamento adiantado ou à vista, por conseguinte, não há plausibilidade para o entendimento de que o termo inicial disposto na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 tem início após o recebimento definitivo, devendo prosperar a interpretação dada por este estudo.

#### **1.4 A Responsabilidade do Contratado após o Recebimento Definitivo**

Conforme disposto no § 2º do artigo 73 da Lei nº 8.666/93, “O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato”. Ou seja, o recebimento definitivo não garante o objeto contratado e mesmo após tal ato, o contratado continua sendo responsável, civil, administrativa e penalmente. De semelhante modo é o entendimento de Diógenes Gasparini, que entende ser o contratado responsável nas esferas civil e penal, mesmo após o recebimento definitivo<sup>20</sup>. Outrossim, Hely Lopes Meirelles lembra que a inexecução de contrato administrativo pode gerar consequências na ordem civil e administrativa ao inadimplente.<sup>21</sup> Não é diferente o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ele discorre acerca das previsões legais que dispõem sanções nas esferas administrativas e penais quando o contratado pratica comportamentos lesivos ao interesse público, atrasa ou não cumpre suas obrigações<sup>22</sup>. E ainda em Toshio Mukai, vê-se que o contratado, mesmo depois de emitido o recebimento definitivo, não fica liberado da responsabilidade civil pela segurança e solidez, e da responsabilidade ético-

---

<sup>19</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.215-217.

<sup>20</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 820.

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. atualizada por AZEVEDO, Euríco de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, FILHO, José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 249-252.

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 647/648.

profissional, pelo fiel cumprimento dos termos contratuais.<sup>23</sup> Compartilhando o que fora defendido pelos demais autores, ainda encontra-se Lucas Rocha Furtado<sup>24</sup>, e Jessé Torres Pereira Júnior<sup>25</sup>

Desse modo, o pagamento em prazo não superior a trinta dias, contados da data final do período de adimplemento – nos moldes como é defendido neste estudo – do bem ou serviço contratado, e antes do recebimento definitivo não gera à Administração nenhum tipo de risco que ela já não teria se o fizesse após o recebimento definitivo. Outrossim, os dispositivos legais previstos para evitar os referidos riscos, punir os seus causadores, e indenizar os danos sofridos pela Administração, são funcionais quando utiliza-se o entendimento de que o termo inicial da data final do período de inadimplemento é aquele previsto como o termo final para o real cumprimento da obrigação por parte do contratado.

A Administração Pública não pode presumir a má-fé do contratado. Esse, em regra, não quer lesar a Administração. Ele está comercializando seus bens e serviços e tem o interesse de continuar a fazê-lo, sempre respeitando as normas, do contrário configura-se crime.

Desse modo, se o pagamento ocorrer antes do recebimento definitivo, e houver alguma irregularidade, a Administração deve diligenciar de modo a responsabilizar, civil, administrativa e penalmente, todos aqueles que tenham agido de modo contrário às normas legais.

## **1.5 O Atestado de Qualidade Oficial**

Embora o entendimento deste estudo seja que o pagamento deve ser efetuado na data contratualmente prevista como o termo final para o contratado adimplir sua obrigação – desde que o contratado tenha cumprido com o objeto do contrato – nada obsta, a título de alternativa, que ele, em querendo, e arcando com os custos, contrate pessoa física ou jurídica, oficialmente reconhecida pelo Estado,

---

<sup>23</sup> MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 6ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 171.

<sup>24</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. re. e ampl. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 560.

<sup>25</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar; 2009. p. 748-759 e 767-768.

para que seja atestada a qualidade do bem ou serviço, e quando entregue ou prestado o objeto do contrato, o seja com o atestado anexo.

Desse modo, a Administração não precisaria preocupar-se com o dispêndio temporal, o gerenciamento e a e disponibilização de recursos humanos, e com os custos do recebimento definitivo, haja vista existir atestado oficialmente reconhecido pelo Estado, que garante a qualidade do bem ou do serviço; e o contratado também seria beneficiado, porque receberia o seu pagamento em prazo muito mais curto, quer seja em até trinta dias da data final para o cumprimento de sua obrigação.

Marçal Justen Filho entende cabível avaliação conjunta entre a Administração e o contratado, muito embora não tenha se pronunciado acerca de um atestado de qualidade oficial, reconhecido pelo Estado; e de ter sido claro em defender incabível a ausência de verificação feita pela Administração, mesmo que o particular efetue avaliação própria.<sup>26</sup>

Mas este estudo entende cabível, caso o contratado assim deseje, haja vista existirem custos para o fornecimento de um atestado de qualidade oficial, reconhecido pelo Estado, que ele o faça e entregue à Administração. Outrossim, entende-se que o referido atestado deve servir à Administração como comprobatório do adimplemento da obrigação do contratado, assim como seja considerado para o início do termo disposto na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93. Obviamente que posterior verificação realizada pela Administração, ou terceiro – cuja competência tenha sido delegada –, que ateste qualidade ou quantidade inadequada com a contratualmente prevista, tem o condão de dar início a procedimento administrativo, civil e penal, com ampla defesa e contraditório, para decidir acerca do cumprimento ou não do objeto contratado, assim como dos possíveis ressarcimentos e das legais sanções previstas.

---

<sup>26</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.121-122.

## 2 A DATA FINAL DO PERÍODO DE ADIMPLEMENTO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO

Este estudo entende de modo diverso do que foi apresentado nos itens 1.1 e 1.2 acima. O tema abordado envolve um entendimento doutrinário e jurisprudencial que este estudo busca mostrar inconstitucional. Desse modo, não há doutrina e jurisprudência no mesmo sentido. No entanto, a interpretação constitucional e integrativa do dispositivo em análise, utilizando de princípios constitucionais, do próprio texto legal em discussão, e da relação do texto legal com os conceitos dos princípios licitatórios e constitucionais, buscam comprovar a inconstitucionalidade do atual entendimento doutrinário e jurisprudencial.

O desenvolvimento da análise possui como pilares a conceituação jurídica, dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da eficiência, da igualdade, do equilíbrio econômico-financeiro; bem como a definição da correta e constitucional interpretação da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 – “data final do período de adimplemento”.

E antes de analisar minuciosamente esses princípios, traz-se o conceito de licitação como sendo “o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes”<sup>27</sup>. Este conceito cumpre fielmente a norma originada do inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, mas é incompleto quando o acumulado com o seu *caput*, e o artigo 3º da Lei nº 8.666/93. Abaixo a completa transcrição dos dois:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Constituição Federal de 1988)

---

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 357.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Lei nº 8.666/93)

Portanto, um conceito mais justo ao instituto licitatório parece ser aquele em que a licitação é o ato administrativo utilizado pela Administração Pública para garantir que os seus contratos sejam processados e julgados observando a devida publicidade da oferta de contratação, e de todos os seus demais atos – respeitando os seus prazos, e aqueles atos que sejam confidenciais –; a igualdade de condições de todos os interessados em com ela contratar; a proibição de exigências dispensáveis ao cumprimento das suas necessidades; a seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público; o desenvolvimento nacional sustentável; e os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, isonomia, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e julgamento objetivo.

Dito isso, passa à demonstração de qual deve ser o termo inicial para a contagem do prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, para que ele se enquadre no conceito exposto acima.

## **2.1 Princípio do Equilíbrio Econômico-financeiro**

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro, embora não esteja previsto de forma expressa, com essa terminologia, na Constituição Federal de 1988, não é um caso de Panprincipiologismo<sup>28</sup> – nomenclatura utilizada por Lenio Luiz Streck, por causa da banal e excessiva criação de princípios.

O equilíbrio econômico-financeiro é um princípio originário do direito francês; posteriormente reconhecido pela jurisprudência dos Estados Unidos; e no que tange aos direitos dos concessionários, implicitamente presente nas Constituições brasileiras de 1934 (artigo 137), 1937 (artigo 147) e 1946 (artigo 151), e explicitamente prevista na Constituição de 1967 (artigo 160) e na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969; e na Constituição Federal de 1988, a

---

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso : constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517-541.

doutrina majoritária entende que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro encontra-se em seu artigo 37, inciso XXI, quando diz “mantidas as condições efetivas da proposta”; portanto, sua aplicação foi expandida a todos os contratos com a Administração Pública e não apenas às concessões.<sup>29</sup>

O equilíbrio econômico-financeiro se subdivide em equação econômica e financeira. A equação econômica corresponde ao lucro que o contratado auferir na relação com a Administração Pública; e a financeira é a gestão financeira do contratado, na forma e no tempo previstos no contrato.<sup>30</sup>

Portanto, o contrato administrativo deve respeitar a ordem jurídica brasileira e os termos do negócio jurídico realizado, sendo que o contratado ainda tem o direito de auferir lucro.

Hely Lopes Meirelles, quando escreveu acerca do direito da Administração Pública alterar, unilateralmente, cláusulas dos contratos administrativos, dispôs que “a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro”.<sup>31</sup>

Embora Hely Lopes Meirelles estivesse expondo sobre a alteração unilateral do contrato pela Administração, o texto legal apresentado na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, interpretado de modo integrado à assertiva dela, acarreta entendimento em que independente do momento da relação entre Administração e contratado, não podem ser violados os direitos desse último, devendo operar os reajustes necessários à manutenção do equilíbrio financeiro.

Logo, quando o contratado fornece o bem ou o serviço previsto em contrato, ele teve de fazê-lo, com capital próprio, emprestado, ou por subcontratação – caso previsto no edital e no contrato, nos moldes do inciso VI do artigo 78 da Lei nº

---

<sup>29</sup> WALD, Arnaldo, GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 877, p. 21-22, nov. de 2008.

<sup>30</sup> WALD, Arnaldo, GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 877, p. 23, nov. de 2008.

<sup>31</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, FILHO, José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 221.

8.666/93 –; e a imprevisibilidade do momento em que receberá a pecúnia devida, para compras; ou a previsibilidade de que isso ocorrerá em no máximo 120 (cento e vinte) dias, para obras e serviços – conforme disposto no § 3º do artigo 73 combinado com a alínea “a” do inciso XIV da Lei nº 8.666/93 e na ausência de dispositivo semelhante para os casos de compras – impossibilita a gestão financeira do contratado, e diminui o rol de possíveis interessados.

Quando a Administração Pública expande muito o período entre a entrega – ou a prestação – do objeto contratado, e o seu recebimento definitivo, gera dois possíveis problemas:

- obriga os interessados a fazerem propostas com valores exorbitantes, para compensar o período que ficam descapitalizados – o que não é do interesse público; ou

- restringe os interessados em contratar com ela, porque somente aqueles que tiverem vultoso poder financeiro poderão participar, haja vista terem que adimplir com o contrato sabendo que poderão receber muito tempo depois – salvo exceções, em média 120 (cento e vinte) dias para obras e serviços; e o tempo necessário para verificação de qualidade e quantidade quando tratar-se de compras.

Diógenes Gasparini conceitua a equação econômico-financeira como sendo “a relação de igualdade entre os encargos do contratante particular e a correspondente remuneração a que faz jus, fixada no contrato administrativo para a justa compensação do pactuado”.<sup>32</sup> Utilizando desse conceito, percebe-se que a justa compensação do pactuado somente será alcançada se os interessados em contratar com a Administração Pública embutirem em suas propostas o correspondente pecuniário referente à demora no pagamento, o que não é do interesse público.

Ainda analisando o preço das propostas, que são aumentados na medida em que a variável do espaço de tempo para o pagamento do contrato faz parte de sua composição, vejamos o que Marçal Justen Filho expõe quando comenta acerca da empreitada por preço global, e dos riscos assumidos pelo particular, *in verbis*:

---

<sup>32</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 807.

[...] a contratação, ainda quando pactuada por empreitada por preço global, não transfere para o contratado os riscos por eventos desconhecidos ou imprevisíveis, não cogitados nem mesmo pela própria Administração.

A alteração dessa partilha de riscos somente poderia ser admitida mediante explícita determinação no corpo do edital. E desaguaria em uma de duas alternativas. **A primeira seria todos os licitantes incluírem em suas propostas verbas destinadas a fazer face a essas eventualidades. Logo, todas as propostas teriam valor mais elevado. Por resultado, se nenhum evento inesperado viesse a ocorrer, a Administração teria pago valor superior ao necessário.** Outra alternativa seria todos ou alguns licitantes resolverem correr o risco e formularem proposta não comportando imprevistos. Se viessem a ocorrer tais eventos imprevistos, a execução do objeto tornar-se-ia inviável ou o particular acabaria por adotar execução de péssima qualidade.

[...]

O contrato administrativo não é um jogo, no qual as partes entram sem noção acerca do resultado. Ambas as partes têm de conhecer previamente os riscos e encargos assumidos.<sup>33</sup>

(grifo nosso)

Como visto acima, Marçal Justen filho comenta assunto diverso deste estudo, mas a sua ideia é muito boa e serve para o caso analisado neste trabalho, de modo analógico. Ele alega que o contratado, ao arcar com os riscos de eventualidades, nas contratações por empreitada por preço global, tem duas alternativas, agregar ao valor da proposta os possíveis riscos, ou não fazê-lo. Se o fizer e existirem as eventualidades, ele estará seguro; mas se não ocorrerem os fatos imprevistos ele terá um lucro maior do que o devido, gerando a Administração um gasto desnecessário. Caso ele não inclua em sua proposta os possíveis imprevistos, e eles não ocorrerem, não há problemas, no entanto, se houverem as eventualidades, ele executará sua obrigação com qualidade inferior à desejada – ou pior, à qualidade segura –, ou poderá não conseguir executá-la.

Fazendo a analogia, a incerteza de quando a Administração efetuará o pagamento, quando adimplida a obrigação, ou em até 120 (cento e vinte) dias após o contratado ter adimplido com o objeto do contrato, faz com que os interessados em contratar com a Administração formulem propostas em que os preços são elevados por causa da imprevisão do recebimento, o que gera descapitalização do contratado; e, isso ocorrendo, acarreta à Administração, o pagamento de valor acima do necessário, única e exclusivamente porque ela é incapaz de pagar de modo eficiente e rápido. Quando o interessado inclui em sua proposta o cálculo prevendo a demora

---

<sup>33</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.137.

no pagamento, e a Administração cumpre sua obrigação em curto espaço de tempo, ela pagou mais sem necessidade. Muitas são as variáveis para esse caso, excluindo o caso já informado, quer seja o interessado que não participa da contratação porque não tem condições de aguardar muito tempo para receber o pagamento – o que diminui a competitividade e indiretamente a oferta mais vantajosa para a Administração –; ainda existe a possibilidade do interessado sem as referidas condições, mas que se arrisca mesmo assim, na esperança de que o pagamento será efetuado em curto espaço de tempo, e que se descapitaliza, ou realiza empréstimo, este caso pode terminar com a falência do interessado, caso a Administração demore ao pagamento contratado.

Outrossim, o desequilíbrio da equação econômico-financeira nas licitações, nos moldes do exposto neste estudo, ainda fere de modo indireto o princípio da impessoalidade – para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o desrespeito da impessoalidade atinge a própria finalidade pública<sup>34</sup> –; e da competitividade, porque restringe os possíveis interessados ao rol daqueles que tem capital para fornecer bem ou serviço e receber em até cento e vinte dias – quando tratar-se de obras e serviços –, ou por prazo indeterminado – nos casos de compras ou locação de equipamentos. A contratação pública torna-se pessoal, ela fica direcionada apenas àqueles que tem capacidade financeira de cumprir a obrigação e receber após longo período; e as garantias e a capacidade financeira exigida no artigo 31 da Lei nº 8.666/93 é para garantir a boa situação financeira da empresa e garantir o fiel adimplemento do objeto do contrato; e não para separar àqueles que podem cumprir a obrigação, mas não podem demorar a receber o que lhe é de direito, daqueles que podem adimplir o contrato têm capacidade para receber com excessiva demora. Outrossim, essa prática também não atende ao artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que destina à licitação a garantia da promoção do desenvolvimento nacional, porque prioriza os grandes empresários em detrimento dos menores.

Ademais, o *caput* do artigo 5º da Lei nº 8.666/93, dispõe que a Administração é obrigada a realizar os pagamentos de suas obrigações contratadas conforme a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades; e Marçal

---

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68.

Justen Filho defende que essa regra integra a tutela à equação econômico-financeira, conforme entendimento abaixo:

O prazo de liquidação da obrigação por parte da Administração integra, sem qualquer dúvida, a equação econômico-financeira do contrato administrativo. **Quando o particular formula sua proposta, toma em vista a dilação de tempo necessária à obtenção do pagamento.** Com efeito, é relevante para o particular não apenas o prazo em que sua obrigação é exigível, o que envolve encargo para ele, mas também a determinação do prazo previsto na lei, no ato convocatório ou no contrato para que a Administração satisfaça própria obrigação.<sup>35</sup>

(grifo nosso)

Isso é paralelo ao que vem sendo defendido aqui, quer seja a defesa de que o tamanho do período entre a entrega do objeto e o seu pagamento influi na oferta dos interessados e no preço que a Administração paga, porque esse espaço de tempo integra as variáveis que compõem a equação econômico-financeira. Logo, o desequilíbrio dessa equação, por causa do atual entendimento brasileiro acerca da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, aumenta os custos da Administração.

Desse modo, a Administração Pública desequilibra a equação econômico-financeira, aumentando os seus próprios custos, o que significa ofensa ao princípio do interesse público sobre o interesse privado; e restringe o rol de interessados capazes de adimplir o contrato e aguardar por volta de 120 (cento e vinte) dias – quando tratar-se de obras e serviços –; e o prazo necessário para a realização dos exames e providências adequadas à verificação do objeto contratado –, quando for o caso de compra –; para receber, o que acaba gerando uma ofensa ao princípio da igualdade, impessoalidade e competitividade. E essas ofensas ocorrem única e exclusivamente porque a Administração Pública não é capaz de seguir o princípio da eficiência.

## 2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado

Primeiramente cabe lembrar que na interpretação do Direito Administrativo é preciso considerar a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados – a Administração Pública deve respeitar o equilíbrio entre a supremacia do

---

<sup>35</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.111.

interesse público e os direitos dos administrados –; depois advertir que o fim da Administração é, seguindo as normas, o bem comum dos administrados como um todo; que o administrador é investido para atingir o bem social; e que qualquer ato ou contrato administrativo diverso do interesse público acarreta em desvio da finalidade pública.<sup>36</sup>

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não significa os interesses da Administração Pública, pois são três interesses distintos, que podem coincidir, ou não. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao dizer que “na pessoa estatal podem se encarnar, também, interesses que não possuam feição indicada como própria dos interesses públicos”<sup>37</sup>, e de Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, *in verbis*:

Entendendo o interesse público como aquele resultante da parcela coincidente dos interesses individuais de determinada sociedade, externado pela dimensão coletiva desses interesses e fixado pelo próprio Direito positivo cuja ontologia é constitucional – tal como defendem Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Peitro e Romeu Felipe Bacellar Filho – não há qualquer perigo de confundi-lo com o interesse secundário, relativo aos anseios da máquina estatal ou da pessoa física do administrador público [...].<sup>38</sup>

Portanto, a Administração Pública tem interesses que são próprias dela, e que podem, ou não, coincidir com o interesse público; assim como existem – embora não devessem existir – interesses que são pessoais do administrador público, que também podem ser coincidentes com os da Administração e com o interesse público. No entanto, acima dos interesses da Administração Pública e do administrador, encontra-se o interesse público; motivo pelo qual a Administração não pode contratar conforme os seus interesses, ou os interesses pessoais do administrador público, mas sim os de interesse público.

---

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. atualizada por AZEVEDO, Euríco de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, FILHO, José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 49-51, 86-88, 105-106 e 115-116.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 62.

<sup>38</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 60-61.

Seguindo esse *iter*, vê-se o que segue adiante. Os recursos orçamentários para as contratações com a Administração Pública devem ser verificados previamente, e essa é a regra geral, que se encontra disposta no inciso III do § 2º do artigo 7ª e o *caput* do artigo 14, os dois da Lei nº 8.666/93.

Conforme foi visto no item 2.1, os interessados nas contratações com a Administração Pública, para manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação, repassam o prejuízo temporal para o valor da proposta – o que não é de interesse público –, haja vista estarem cientes de que pagamento será efetuado após o recebimento definitivo; e que a Administração Pública pode não ser eficiente ao verificar se as especificações contratuais do objeto contratado foram cumpridas pelo contratado.

No entanto, a Administração Pública, previamente à contratação, já tinha conhecimento dos recursos orçamentários, conforme disposto acima. Não parece razoável; e muito menos de interesse público que por culpa da ineficiência da Administração – ineficiência ao averiguar a compatibilidade entre o bem ou serviço prestado pelo contratado e o previsto em contrato, tema que será abordado em tópico específico, no item 2.4 –, os preços pagos aos interessados sejam maiores do que deveriam. Enquanto isso, o recurso orçamentário previsto encontra-se à disposição da Administração, apenas aguardando que ela emita o recebimento definitivo.

Os efeitos dessa conduta da Administração Pública prejudicam os interesses privados daqueles que estão empenhados na contratação; e não é do interesse público, porque onera a Administração e reflexamente os contribuintes, cujos interesses individuais – privados de cada cidadão – consistem em uma parte do interesse público; e não é interesse público, ou dos contribuintes, pagar valor acima do necessário, que não corresponda à melhor oferta, única e exclusivamente por causa da ineficiência da Administração.

Ademais, a Administração Pública, em sua função administrativa, não pode separar ou contrapor o interesse público aos interesses privados, porque o interesse

público é formado em parte pelo privado.<sup>39</sup> A supremacia do interesse público não pode ser uma regra de prevalência sobre o interesse privado, mas um princípio que perceba a diversidade de interesses e os pondere, de modo a encontrar a melhor solução para realizar, ao máximo, os interesses de todos.<sup>40</sup>

Desse modo, o entendimento de que o termo inicial do prazo de pagamento coincide com o recebimento definitivo é um desvio da finalidade da Administração Pública, e inconstitucional. Diógenes Gasparini é categórico – ele chega a indicar a finalidade como princípio – quando afirma que à Administração impõe-se a obrigação de praticar apenas atos voltados para o interesse público, porque, do contrário resta configurado o desvio de finalidade<sup>41</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz à luz o caso do uso de sepultura, cuja utilidade pública é usufruída pelo particular, mas o interesse de que os mortos sejam sepultados de modo adequado é interesse público.<sup>42</sup> Com isso, percebe-se que o interesse público pode estar presente indiretamente, o necessário é que o ato administrativo seja justificado. Ela ainda defende que o desvio de poder – finalidade – torna o ato administrativo ilegal<sup>43</sup>.

Com relação ao início do prazo de trinta dias para a Administração pagar os seus contratados, não há interesse público direto ou indireto no pagamento após o recebimento definitivo disposto na legislação pátria, configurando-se, assim, o desvio de poder, o que torna ilegal essa conduta administrativa. Há ofensa à legalidade, porque o princípio da finalidade é inerente ao da legalidade, quanto à relação destes dois princípios, segue o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

Em rigor o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois

---

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto . Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro /outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>.

Acesso em: 26 de agosto de 2012. 19:23.

<sup>40</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 80.

<sup>41</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68-69.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 265.

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67.

corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tornar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade” – são *nulos*. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*.<sup>44</sup>

Nesse sentido, qual é a razão de ser, o objetivo em vista da qual a Lei nº 8.666/93 foi editada?

Toshio Mukai já defendia que a finalidade da licitação é permitir ao Poder Público a obtenção da proposta mais vantajosa, sem que se ofenda os princípios insculpidos no artigo 3º da Lei nº. 8.666/93<sup>45</sup> – no mesmo sentido é o entendimento de Lucas Rocha Furtado<sup>46</sup>; Jessé Torres Pereira Junior<sup>47</sup> –, cuja redação atual é a seguinte:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da **proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do **desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impessoalidade**, da **moralidade**, da **igualdade**, da **publicidade**, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos.  
(grifo nosso)

Ou seja, se a proposta mais vantajosa depende da competição, e só participa da licitação aqueles que tenham capacidade para fornecer o objeto contratado, e aguardar largo período para receber; significa que a competição está restrita, e a obtenção da proposta mais vantajosa encontra-se em risco. Ademais, não há isonomia, por que interessados capazes de adimplir o contrato, mas com pouco capital não conseguirão aguardar o pagamento; cria-se pessoalidade, por que beneficia quem tem mais capital, o que é imoral, desigual, e ímprobo; e ainda não desenvolve as atividades comerciais brasileiras, porque os detentores do capital estão sendo beneficiados.

---

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 106.

<sup>45</sup> MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 6ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26.

<sup>46</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. re. e ampl. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 30-31.

<sup>47</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar; 2009. p. 60-61.

Desse modo, resta evidenciado o desvio de finalidade; e a razão de ser, o objetivo pelo qual a lei foi editada, não encontra guarida no atual entendimento de que o os trinta dias informados na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 tem início apenas após o recebimento definitivo emitido pela Administração Pública.

Ainda analisando a razão de ser, o objetivo em vista da qual a Lei nº 8.666/93 foi editada, e a finalidade das licitações e contratações públicas, é preciso discorrer um pouco da história do texto legal atualmente disposto na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 dessa lei, até para que seja entendida a vontade do legislador.

O Projeto de Lei nº 1.491, de 1991, de autoria do senhor Luis Roberto Ponte, Deputado Federal à época dos fatos, foi transformado na Lei nº 8.666/93. A primeira redação do dispositivo que atualmente encontra-se na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 dessa lei, encontrava-se na alínea “a” do inciso XVI do artigo 39 do referido Projeto de Lei; e era conforme transcrito abaixo:

Art. 39 - 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 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:

[...]

XVI - **condições de pagamento**, prevendo:

a) prazo de pagamento em relação à data final de cada **período de aferição**, e que não poderá ser superior a 30 (trinta) dias;<sup>48</sup>  
(grifo nosso)

Essa redação teve algumas pequenas modificações, e a Lei nº 8.666/93 entrou em vigor tendo renumerado o dispositivo para ser a alínea “a” do inciso XIV do artigo 40, e a referida alínea passou a ter a seguinte redação: “prazo de pagamento em relação à data final a cada **período de aferição** não superior a 30 (trinta) dias”<sup>49</sup> (grifo nosso).

---

<sup>48</sup> <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192797>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013. 10:03.

<sup>49</sup> <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06MAI1993SUP.pdf#page=1>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013. 10:30.

Essa redação foi vigente até a entrada em vigor da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, que modificou o dispositivo, conforme a seguinte transcrição: “prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da **data final do período de adimplemento** de cada parcela” (grifo nosso).

Durante aproximadamente um ano, o dispositivo tinha uma redação na qual o termo inicial da contagem do prazo não superior a 30 dias para a Administração pagar o contratado era após o período de aferição. No entanto, a Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, modificou a redação da alínea “a”, e conseqüentemente a norma que se extrai dela. Se fosse da vontade do legislador que o termo inicial não superior a 30 (trinta dias) para a Administração adimplir suas obrigações em face dos contratados fosse após o período de aferição, ele não teria modificado o texto. Mas o que aconteceu foi a mudança. E a frase “período de aferição” foi substituída por “data final do período de adimplemento”. E a data final do período de adimplemento é o termo final, previsto em edital e contrato, para que o contratado cumpra sua obrigação, sem que esteja em atraso; e não após a Administração ter aferido se a obrigação foi cumprida nos moldes previstos na licitação e no contrato.

Quase duas décadas passaram e a doutrina e a jurisprudência continuam aplicando uma norma que foi modificada, dando ao texto uma interpretação que corresponde a uma redação que não está mais em vigor. Nesse caso há mais do que um desvio de finalidade, há o desvio da própria norma, está sendo aplicada uma redação que não está mais em vigor, em detrimento da que vige. É preciso dar aplicabilidade ao texto que passou a vigorar com a Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; e ter como termo inicial para a contagem do prazo de pagamento não superior a trinta dias, àquele previsto na licitação e no contrato como sendo o prazo limite para o contratado cumprir sua obrigação sem que esteja em mora.

O legislador em um primeiro momento quis que o pagamento ocorresse em no máximo 30 (trinta) dias após o período de aferição, mas quase que imediatamente depois, ele mudou sua posição, alterando, assim, o texto da lei, entendendo que o pagamento deve ser efetuado após a data final do período de adimplemento; – e não pode haver dúvida, período de adimplemento não se confunde com o de aferição, o adimplemento ocorre quando o contratado cumpre

sua obrigação, e a data final para ele cumpri-la é aquela prevista em edital e contrato como termo final para ele não estar em mora.

E conforme Miguel Reale defende, a vontade do legislador é uma das formas de interpretação da norma, abaixo encontra-se trecho de sua obra, *in verbis*:

O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional. A lei é uma declaração de vontade do legislador e, portanto, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Para isto, muitas vezes é necessário indagar o sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático.

A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto.<sup>50</sup>

Desse modo, o primeiro dever, o primeiro caminho, do interprete da norma, é buscar o exato sentido que o legislador quis dar ao texto escrito. E o sentido da norma era um quando o texto dispunha a expressão “período de aferição”, e agora é outro, quando está disposto período de adimplemento. O legislador mudou o texto porque queria mudar a norma, no entanto, os aplicadores e interpretes da lei continuam presos à norma referente ao texto anterior.

Outrossim, as normas licitatórias brasileiras muitas vezes são interpretadas e aplicadas de modo quase ritualístico, ou seja, com um excesso de formalismo desnecessário e que acaba por desviar o procedimento de sua finalidade, como é o caso em análise. Marçal Justen Filho, consoante a teleologia das normas licitatórias, esclarece o que segue abaixo:

A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, **é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica.**<sup>51</sup>  
(grifo nosso)

Logo, o exacerbado procedimentalismo da Administração tem ignorado a natureza teleológica da edição das normas licitatórias, quer seja a maior

<sup>50</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 281.

<sup>51</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.58.

vantajosidade possível para a Administração; o que não é alcançado quando o pagamento ocorre após a emissão do recebimento definitivo. Isso porque, conforme exposto neste estudo, essa interpretação diminui a competitividade; o que acarreta risco na possibilidade de interessados capazes em fornecer o objeto contratado não o fazerem, haja vista a ausência de capital suficiente para aguardar a demora da Administração em efetuar o pagamento de suas obrigações. Desviando, assim, uma das principais finalidades pela qual as normas de contratação pública foram editadas; ofendendo, desse modo, a supremacia do interesse público.

Não pode ser outro o entendimento, havendo o desvio de finalidade, resta afastado o interesse público, motivo pelo qual a supremacia do interesse público é ofendida quando o termo inicial para o pagamento dos contratos administrativos depende do recebimento definitivo da Administração.

### 2.3 Princípio da Igualdade

Consoante o princípio da isonomia, ou da igualdade, como disse Rui Barbosa, significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de modo desigual, cada um na medida de sua desigualdade.<sup>52</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que existem critérios para a identificação do desrespeito ao princípio da isonomia e que as desigualdades necessárias para alcançar a isonomia devem seguir três pontos, do contrário viola o princípio, ele esclarece melhor, conforme exposto abaixo, *in verbis*:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente, é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda harmonia ou não com eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exigi-se, ainda, haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.

---

<sup>52</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Faculdade de Direito de São Paulo. *Obras Completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1921. v.48, t.2.

Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise concreta do problema. Isto é: a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em qualquer deles. Não basta, pois reconhecer-se que uma regra de direito é ajustada ao princípio da igualdade no que pertine ao primeiro aspecto. Cumpre que o seja, também, com relação ao segundo e ao terceiro. É claro que a ofensa a requisitos do primeiro é suficiente para desqualificá-la.<sup>53</sup>

Desse modo, o critério de equiparação do recebimento definitivo com a data final do período de adimplemento, disposto na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, pode ser racionalmente justificável? É fundamento lógico o critério que desiguala os que têm condições de receber em até 120 (cento e vinte) dias – quando obras e serviços –, e daqueles que ficam à margem do período necessário à Administração para ter avaliar o bem contratado – nos casos de compras –, daqueles que não suportam essa circunstância? Esse entendimento guarda harmonia com os valores defendidos pela Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.666/93?

Este estudo defende que ao entender pelo recebimento definitivo como a data final do período de adimplemento, cria-se condição em que a competitividade será reduzida, haja vista ser menor a quantidade de interessados em contratar com a Administração Pública para receber em até 120 (cento e vinte) dias quando tratar-se de obras e serviços, e quando a Administração verificar a quantidade e qualidade do objeto quanto for o caso de compra. Esse entendimento fere o *caput do* artigo 3º da Lei nº 8.666/93, na medida em que coloca em risco a seleção da proposta mais vantajosa para a administração; conseqüentemente fere o princípio da supremacia do interesse público, porque não é do interesse público pagar mais caro por bem ou serviço que poderia ter tido proposta viável com menos custo; e o princípio da isonomia, porque impede que interessados em contratar com a administração, o façam, devido a não terem condições de fornecer bem ou serviço e receber em até 120 (cento e vinte) dias, ou ficar na dependência do prazo necessário para a Administração verificar a qualidade e quantidade do objeto comprado.

Ademais, conforme exposto no decorrer deste trabalho, aquele entendimento ainda frustra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro e da

---

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-22.

eficiência. Portanto, aquele entendimento não tem justificativa racional, ou fundamento lógico, e não guarda harmonia com o sistema normativo brasileiro.

No que concerne aos contratos administrativos, o princípio da igualdade incide na relação da Administração com o contratado; e na relação entre os contratados.

Na relação entre contratante e contratado, há uma grande desigualdade entre a Administração e o contratado, tendo a contratante a prerrogativa de modificar e rescindir unilateralmente os contratos administrativos, assim como fiscalizar e aplicar sanções, conforme preceitua os incisos do artigo 58 da Lei nº 8.666/93.

Mas a desigualdade acima destacada, quando interpretada conforme os ensinamentos de Rui Barbosa; e de forma integrada ao sistema jurídico como um todo se mostra não como desigual, mas igual, haja vista as diferenças das partes. Entendimento semelhante é o de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando defende “que a alegada desigualdade entre as partes nos contratos administrativos é compensada pela aplicação da teoria do equilíbrio econômico-financeiro. Essa teoria, na realidade, “equilibra” a posição das partes nos contratos administrativos.”<sup>54</sup>

Portanto, a desigualdade existente entre a Administração e o contratado, quando aplicado o equilíbrio econômico-financeiro, os torna iguais – não uma igualdade absoluta, haja vista sua impossibilidade, mas relativa, no sentido de equilíbrio.

No entanto, a desigualdade, que o equilíbrio econômico-financeiro equilibrou, se desequilibra, e ofende o princípio da isonomia no momento em que é dada interpretação de que o prazo de pagamento tem seu termo inicial com o recebimento definitivo dado pela Administração – conforme já explicado no item 2.1 deste capítulo – quando a interpretação constitucional correta é a de que o termo inicial para a Administração Pública pagar o contratado inicia-se com a data final do

---

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda Existem os Chamados Contratos Administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 409.

período de adimplemento previsto no contrato, ou seja, o dia seguinte ao último dia em que o bem ou serviço deveria ter sido fornecido.

Já no que diz respeito à igualdade entre os interessados em contratar com a Administração, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 é claro quando dispõe que “compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”; e que serão “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

A concorrência é menor quando o termo inicial para o prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 coincide com o recebimento definitivo dado pela Administração, isso porque as empresas que tenham as qualificações técnicas e econômicas – qualificação econômica é para o fornecimento do bem ou serviço, e não para fornecê-lo com a incerteza de quando o pagamento será efetuado –, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, mas não possam ficar descapitalizadas por até 120 (cento e vinte) dias – quando tratar-se de obras e serviços –, ou ficar na incerteza de qual é o período necessário para a Administração verificar a quantidade e qualidade do bem comprado, não participaram do processo licitatório e das contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade.

E quando ocorre restrição na concorrência ofende-se o princípio da igualdade e da impessoalidade porque os interessados em participar da licitação e da contratação serão apenas aqueles que tiverem capital de reserva para fornecer o bem ou o serviço e receber até 120 (cento e vinte) dias após o fornecimento – para os casos de obras e serviços –; e quando tratar-se de compras, só participam àqueles que têm capital de reserva suficiente para não precisar se preocupar com o tempo necessário que a Administração despense ao verificar a quantidade e qualidade do objeto contratado.

A restrição da competição ofende o princípio da isonomia, subtraindo o direito dos interessados em participar das contratações públicas; e prejudica a Administração, que arrisca não obter as propostas mais vantajosas. Embora tratando

de temas diversos ao disposto nesse estudo, o Tribunal de Contas da União - TCU, em relação à restrição da competição, entende do mesmo modo – conforme pode ser observado nos Acórdãos 2003 de 2011 - Plenário<sup>55</sup>; 2528 de 2011 - Plenário<sup>56</sup>; e 2853 de 2011 – Plenário<sup>57</sup> –, de que todo e qualquer fato que restrinja a competição, subtrai direitos dos interessados e coloca em risco os interesses da administração, que pode não dispor das propostas mais vantajosas. E isso ocorrendo, ainda é ofendido o princípio da supremacia do interesse público, porque a diminuição da concorrência coloca em risco a obtenção da proposta mais vantajosa, o que não é no interesse público.

Desse modo, quando a Administração Pública realiza o pagamento dos contratos em prazo muito longo, impede que empresas com menor poder aquisitivo – mas que preenchem todos os demais requisitos para cumprir o exigido pela Administração, e pela legislação – participem das contratações; e esse tratamento igual de interessados desiguais ofende o princípio da isonomia, disposto no *caput* do artigo 5º e no inciso XXI do artigo 37, todos da Constituição; e restringe o rol de possíveis contratados.

O procedimento licitatório é um dos mais importantes instrumentos da Administração para viabilizar o princípio da igualdade<sup>58</sup>, e a confusão do recebimento definitivo como termo inicial para a contagem do prazo insculpido na alienação do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 significa ofender o princípio da isonomia em um dos últimos procedimentos, quer seja o pagamento.

Outrossim, e conforme já estudado aqui, o *caput* do artigo 5º da Lei nº 8.666/93, dispõe que a Administração é obrigada a realizar os pagamentos de suas obrigações contratadas conforme a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades; e vale destacar que a referida norma visa inibir possíveis benefícios

---

<sup>55</sup> Tribunal de Contas da União. Processo de Tomada de Contas Simplificada nº 008.284/2005-9. Rel. Min. VALMIR CAMPELO. Recurso de Revisão. Acórdão nº 2003/2011. Rel. Min. AUGUSTO NARDES. PLENÁRIO. Ata nº 31/2011. Publicado no Diário Oficial da União em 8 de agosto de 2011.

<sup>56</sup> Tribunal de Contas da União. Processo de Relatório de Levantamentos nº 010.428/2009-0. Rel. Min. JOSÉ JORGE. Acórdão nº 2528/2011. Rel. Min. JOSÉ JORGE. Ata nº 39/2011. Publicado no Diário Oficial da União em 21 de setembro de 2011.

<sup>57</sup> Tribunal de Contas da União. Processo de Representação nº 003.857/2011-5. Rel. Min. MARCOS BEMQUERER. Acórdão nº 2853/2011. Rel. Min. MARCOS BEM QUERER. Ata nº 44/2011. Publicado no Diário Oficial da União em 25 de outubro de 2011.

<sup>58</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

realizados por gestores públicos que poderiam escolher quais dos contratados seriam os primeiros contemplados com o pagamento, interpretação também defendida por Marçal Justen Filho; e ele ainda acrescenta que a obrigação só pode ser incluída na ordem cronológica quando se torna exigível, quer seja com o recebimento definitivo da prestação<sup>59</sup> – segundo entendimento dele, porque este estudo defende que o pagamento se torna exigível; e começa o prazo da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, no dia seguinte ao termo final, previsto na licitação e no contrato, para o cumprimento da obrigação pelo contratado.

No entanto, a regra é quase que inútil quando é entendido que o prazo disposto na alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 tem seu termo inicial após o recebimento definitivo do bem ou serviço contratado. Isso porque embora o Administrador Público fique obrigado ao cumprimento da ordem cronológica para adimplir as obrigações da Administração, ele pode beneficiar um contratado com a emissão do termo circunstanciado comprobatório do recebimento definitivo em detrimento de outro contratado, cujo termo ele pode emitir no final do prazo legal constituído para sua emissão. Desse modo, preterindo um em face de outro, conforme as suas razões, o Administrador ainda ofende o *caput* do artigo 5º da Lei nº 8.666/93, sem discriminar as inúmeras normas legais e princípios constitucionais ofendidos, a exemplo dos citados no parágrafo abaixo.

Após análise acerca do equilíbrio econômico-financeiro; e dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; e da igualdade, passa-se à análise da ofensa ao princípio da eficiência.

## **2.4 Princípio da Eficiência**

Para Diógenes Gasparini, o princípio da eficiência imputa à Administração Pública que execute seus atos de maneira perfeita – a melhor execução possível, evitando repetição e reclamação –; com celeridade – satisfazendo a coletividade em geral e evitando a protelação –; e rendimento – resultados positivos e satisfatórios à

---

<sup>59</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.111-124.

sociedade, considerando também o custo-benefício –; e ele ainda defende que certas situações não devem ser mantidas se o contrariarem.<sup>60</sup>

Em outras palavras, a Administração Pública precisa ter rendimento e ser rápida e perfeita em seus atos. Os procedimentos necessários para a emissão do recebimento definitivo devem ser céleres, satisfazer a coletividade, evitar a procrastinação, ser executado da melhor forma possível, com um bom custo-benefício, e obter resultados positivos; e as incorrências desses critérios contrariam o princípio da eficiência, gerando circunstância que não deve ser mantida.

Fazendo relação do princípio com a tese em questão, o prazo para o pagamento não pode ser superior a 30 (trinta) dias da data final prevista contratualmente para o período de adimplemento – sem considerar o recebimento definitivo. Isso porque a Administração Pública deve agir com celeridade, perfeição e rendimento. Ademais, conforme já demonstrado em tópico anterior, o pagamento não exime o contratado de cumprir o artigo 69 e o § 2º do artigo 73, os dois da Lei nº 8.666/93.

Portanto, entre o prazo final para o adimplemento da obrigação do contratado – se o contratado adimplir sua obrigação antes do prazo final para o adimplemento da obrigação, fixado no contrato, será considerada liberalidade dele – e o recebimento definitivo, dado pela Administração Pública, pode-se perceber a inadequação do objeto e exigir do contratado a devida adequação, ou a devolução do pagamento, podendo, nos dois casos, o contratado ser responsabilizado civil, administrativa, e criminalmente, pela inadequação.

Não pode esquecer-se que a busca pela eficiência – rapidez, perfeição e rendimento funcional – é originária de um princípio constitucional que deve respeitar os demais princípios. A administração Pública não pode ofender outros princípios com a simples fundamentação de que busca a eficiência dos seus atos.<sup>61</sup>

Conforme Hely Lopes Meirelles, o desempenho ineficiente do funcionário público pode levá-lo à perda do cargo público – inciso III do § 1º do artigo 41 da

---

<sup>60</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76-77.

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 84.

Constituição Federal de 1988 –; o grau de eficiência dos juízes e dos membros do Ministério Público pode ajudar ou impedir sua promoção – alíneas “c” e “e” do inciso II do artigo 93 e § 4º do artigo 129 da Carta Magna –; a eficiência dos atos e processos administrativos e judiciais é assegurada a todos – inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Cidadã –; e aquele que não cumprir o dever e o princípio da eficiência deve ser responsabilizado.<sup>62</sup>

Diante do exposto no parágrafo anterior, se o funcionário público pode perder o cargo ao ser ineficiente; juízes e membros do Ministério Público podem ser promovidos ou impedidos de promoção por serem eficientes ou ineficientes; e que quem não for eficiente em seus atos administrativos deve ser responsabilizado; não pode ser outra a alternativa para a eficiência da Administração Pública em observar se o bem ou serviço fornecido pelo contratado é àquele proposto no edital e no contrato, o entendimento deve ser o exposto neste estudo.

Marçal Justen Filho, em seus comentários sobre o § 6º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, defende que “a Administração não pode gerir mal os recursos públicos”; que “a eliminação de incertezas propicia aos particulares segurança quanto à extensão dos encargos contratuais que assumirão, o que propiciará a ampliação do universo de licitantes e a redução dos preços ofertados”, e ainda afirma que a “licitação bem planejada é requisito para a redução dos preços ofertados pelos interessados”.<sup>63</sup>

O autor ao comentar acerca das consequências do descumprimento das vedações legais foi muito claro, a má gestão, a falta de planejamento e as incertezas geram insegurança e aumentam os preços ofertados. A má gestão, a falta de planejamento e as incertezas são exemplos típicos de ineficiência.

Utilizando da essência da interpretação acima, para interpretar o espaço temporal no qual a Administração tem para pagar os seus contratos, parece claro que quanto maior for o período de incerteza, pela falta de planejamento e gestão dos

---

<sup>62</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, FILHO, José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 98-99 e 108-110.

<sup>63</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.181.

Administradores Públicos, maior será a insegurança dos interessados em contratar com a Administração, elevando, assim, os preços ofertados.

Logo, o que se depreende é a inconstitucionalidade provocada pela ineficiência da Administração em pagar suas obrigações após 30 dias da data final do período de adimplemento, que não pode se confundir com o recebimento definitivo, nem exigir-se do contratado que aguarde até 120 (cento e vinte) dias para receber pela obra ou serviço, ou o tempo necessário para a Administração verificar a qualidade e quantidade do objeto comprado, por única e exclusiva ineficiência da Contratante, que demora em fazê-lo.

Outrossim, a Administração deve criar mecanismos para cumprir suas obrigações após 30 dias da data final prevista para o adimplemento. Ela deve ser eficiente para dar o recebimento definitivo e efetuar o pagamento dentro desses 30 dias; ou utilizar de outro método, como o exposto a título exemplificativo no item 1.5 desta obra, quer seja aceitar um atestado de qualidade oficialmente reconhecido e a cargo dos contratados; ou efetuar o pagamento antes do recebimento definitivo, garantindo-se das normas que lhe asseguram ressarcimento e punição aos culpados em caso de descumprimento dos termos contratuais e licitatórios; ou ainda pagar após o recebimento definitivo, mas com correção monetária, juros de mora, e multa contratual, conforme será exposto no próximo capítulo.

### 3 AS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após o período final previsto para o adimplemento, que é o prazo final previsto no edital licitatório e no contrato, e não o recebimento definitivo, a Administração tem 30 dias para efetuar o pagamento.

Para obras e serviços o atual entendimento é o de que a data final do período de adimplemento é após o recebimento definitivo, cuja Administração tem até 90 dias para emitir, salvo exceções justificadas e previstas em edital. Esse entendimento é tido pela interpretação conjunta dos seguintes dispositivos: alínea “a” do inciso XIV do artigo 40; alínea “b” do inciso I do artigo 73; e § 3º do artigo 73 da Lei nº 8.666/93.

No caso de compras, a situação piora, porque o atual entendimento, seguindo a interpretação dada aos dispositivos da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40; alínea “” do inciso II do artigo 73; e pela ausência de dispositivo semelhante ao do § 3º do artigo 73 da Lei nº 8.666/93, é de que o prazo para o recebimento definitivo é aquele necessário à realização dos exames e providências devidas, o que não tem como ser mais discricionário e subjetivo.

Desse modo, o prazo defendido neste estudo, para o pagamento das contratações administrativas, é prazo suficiente para a Administração efetuar as medições que entender necessárias. Prazo superior é abuso, e embora Marçal Justen Filho manifeste entendimento diverso ao aqui exposto, veja-se o que ele entende por abuso:

O contrato pode prever um prazo para a Administração exercitar o controle de qualidade. Dentro desse prazo, os agentes da Administração deverão verificar a compatibilidade do objeto entregue aos padrões de identidade correspondentes às especificações técnicas constantes do contrato. O prazo para os exames não pode ser abusivo. Deverá ser restrito ao necessário para que os exames e verificações sejam efetivados.<sup>64</sup>

Por conseguinte, todo abuso precisa ser punido, e não deve ser diferente quando a Administração é o agente cuja conduta é abusiva. O atraso de pagamento por parte da Administração gera ao contratado o direito à correção monetária,

---

<sup>64</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.816.

conforme previsto no § 1º do artigo 5º, na alínea “c” do inciso XIV do artigo 40, e no inciso III do artigo 55, todos da Lei 8.666/93; e, por ser uma violação contratual, o contratado ainda faz jus à indenização pelos eventuais prejuízos sofridos por consequência da mora, quer sejam os juros de mora, ou compensatórios. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>65</sup>, quando fala do atraso de pagamento por parte do Poder Público – neste estudo defende-se que o atraso tem seu termo inicial após o período final, previsto em edital e contrato, para o contratado adimplir sua obrigação, e não com o recebimento definitivo, diferente do entendimento do autor citado.

No que diz respeito à correção monetária, transcreve-se, abaixo, texto muito elucidativo:

Averbe-se que correção monetária é a simples variação numérica expressiva de um mesmo valor que permanece inalterado e tão-somente passa a ser expresso por números diferentes. Assim: o número tal expressa na data “B” a mesma grandeza que o número qual expressava na data “A”. A grandeza representada é constante, o número que a representa é que varia. Ou seja, na data “A”, a uma dada prestação (x) corresponde uma expressão em moeda, a qual, para persistir exprimindo este mesmo valor, na data “B”, deveria alterar-se. Pode-se figurar a situação da seguinte maneira. Na data “A”  $x=y$ ; na data “B”  $x=y$ ; pois y em “A” é o mesmo y em “B”. Como sua justificativa é impedir que o credor, por força da erosão da moeda, receba menos do que o efetivamente devido e, correlatamente, impedir que o inadimplente se enriqueça indevidamente, beneficiando-se da própria mora, o cabimento dela, em tal caso, independeria de previsão do edital ou do contrato. Deveras, no contrato administrativo o que se convencionou manter em integridade são os valores a serem pagos no instante do vencimento do débito. Assim, mesmo protaída sua solução, nos casos de atraso do devedor, nem por isso diminui o débito real. Vale dizer: o desgaste da moeda não tem porque lhe jogar em favor, que isto significaria, além de violação ao inafastável equilíbrio econômico-financeiro ajustado no contrato, (a) um prêmio ao violador do direito alheio, conquanto seja certo que ninguém se credencia a um tratamento mais benéfico por ser refratário à satisfação de um débito, e (b) um estímulo ao devedor para que continue recalcitrante e persista violando pelo maior tempo possível o direito alheio, pois quanto mais tardasse em satisfazê-lo menos pagaria em termos reais.<sup>66</sup>

Embora Celso Antônio Bandeira de Mello possa não concordar com a tese ora proposta, sua explanação acerca da correção monetária foi genial. Essa correção é mais do que devida, principalmente quando tratar-se de contratações

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 640/642.

<sup>66</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 640/641.

públicas estimadas em milhões, isto porque com o passar do tempo, o dinheiro pode valer mais ou menos, e essa atualização assegura inclusive a Administração, haja vista a possibilidade de deflação.

Conforme cálculo realizado no sítio virtual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal<sup>67</sup>, a correção monetária de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), tendo por data inicial o dia 21/01/2013, e por término 20/02/2013, equivale à R\$ 9.200,00 (nove mil e duzentos reais). Em outro cálculo, levando em consideração a possibilidade do pagamento ocorrer 120 (cento e vinte) dias após o prazo final para o contratado adimplir sua obrigação, a diferença foi de R\$ 29.415,41 (vinte nove mil quatrocentos e quinze reais e quarenta e um centavos).<sup>68</sup> Ou seja, é como se o contratado estivesse recebendo menos do que o acordado.

E isso comprova o que foi defendido neste estudo, o contratado embute esse valor em sua proposta, e a Administração paga a mais quando o faz em curto espaço de tempo; ou ele não o embute, e sofre prejuízo caso venha a receber em largo período.

Lucas Rocha Furtado, também transparece não concordar com a tese aqui proposta, mas traz-se sua posição acerca da obrigatoriedade da Administração corrigir monetariamente os valores devidos aos contratados que adimpliram suas obrigações contratuais, independentemente de previsão em contrato, ou no edital, indicando a referida atualização financeira;<sup>69</sup> e de mesmo modo é o entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior.<sup>70</sup> E não é diferente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da leitura do Acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 917.309/SP, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita e com um grifo:

---

<sup>67</sup>

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?CDNUPERV=&CDDTCINI=21%2F01%2F2013&CDVLAPER=&CDDTCTER=20%2F02%2F2013&ORIGEM=INTER&CDVLMPER=&NXTPGM=tjhtml50&CDVLDEVD=1000000%2C00&form.button.submit=Calcular>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2013. 17:02.

<sup>68</sup>

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml50&ORIGEM=INTER&CDDTCINI=21%2F10%2F2012&CDDTCTER=20%2F02%2F2013&CDVLDEVD=1000000%2C00&CDNUPERV=&CDVLMPER=&CDVLAPER=&COMAND=Calcular>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2013. 17:07.

<sup>69</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. re. e ampl. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 625.

<sup>70</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar; 2009. p. 97-99.

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. INCIDÊNCIA.

1. "A submissão dos contratos administrativos às cláusulas nele estabelecidas, como prevê o art. 44 do Decreto-Lei 2.300/86, **não exige a Administração de pagar com correção monetária as parcelas em atraso, ainda que omisso a respeito o contrato.** O descumprimento da avença, no caso, se deu pelo atraso do pagamento, e não pela incidência da correção monetária, que nada mais é do que a recomposição do valor real da moeda" (REsp 599.851/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 09.05.05).
2. "Pagamento em atraso, feito pelo Poder Público, só o libera quando integralmente pago, incluindo-se na integralidade os consectários legais e a correção monetária" (REsp 202.912/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ acórdão Eliana Calmon, DJU de 12.06.00).
3. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.<sup>71</sup> (grifo nosso)

Portanto, embora a doutrina e a jurisprudência tenham entendimento diverso do proposto neste estudo, consoante o termo inicial do prazo previsto na alínea "a" do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, não há discussão naquilo que concerne ao devido pagamento da correção monetária, mesmo que omissa essa questão no contrato; e ao pagamento de juros de mora e multa contratual.

Assim sendo, e conforme o entendimento deste estudo, a atual prática da Administração em pagar após o recebimento definitivo está gerando para ela uma dívida de proporções muito grandes, o que mais uma vez ofende ao princípio da eficiência – não é eficiente para qualquer pessoa jurídica ou física criar dívidas devido ao atraso no pagamento –; da finalidade – não é a finalidade da Administração pagar valores maiores que o contratado porque atrasaram o pagamento –; e do interesse público, porque os cidadãos, não tem o interesse individual (que em sua coletividade torna-se interesse público) de reverter seus impostos pagos em pagamento de dívidas devidas pela Administração pública por causa da sua mora.

---

<sup>71</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 917.309. Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2007, divulgado no DJe em 15/08/2007.

## CONCLUSÃO

Conforme o exposto neste trabalho, não está a se defender uma fuga do direito administrativo – tendência exposta e criticada, em parte de sua extensão, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>72</sup> – mas defende-se a interpretação da Lei nº 8.666/93, de forma integrada e respeitando os princípios Constitucionais brasileiros.

Este estudo entende que a solução que realize os interesses público, privado, dos interessados na contratação e da Administração, da melhor forma possível, é a do pagamento ser efetuado 30 (trinta) dias após a prevista data final do adimplemento – não é quando o contratado entrega o bem ou o serviço contratado, mas é aquela que o edital e o contrato administrativo preveem como limite para o adimplemento real pela parte contratada –, e não após a data do recebimento definitivo.

Conforme visto até aqui, a Lei nº 8.666/93 prevê – artigo 73 – o recebimento definitivo e o provisório, e dispõe que o pagamento deve ser feito até 30 (trinta) dias após a data final do período de adimplemento de cada parcela – alínea “a” do inciso XIV do artigo 40.

No entanto, o legislador não diz em momento algum que a data final do período de adimplemento de cada parcela necessariamente coincide com o recebimento definitivo. Há o recebimento provisório, quando o contratado cumpre a parte dele no contrato, quando há o recebimento provisório. Existe o prazo final, previsto em contrato, para o contratado cumprir sua obrigação, que é a data final do período de adimplemento. E o recebimento definitivo é após a administração realizar os exames necessários para certificar que o contratado cumpriu sua obrigação.

Ou seja, a Administração sabe antecipadamente qual é o provável prazo em que será cumprida a obrigação pelo contratado, quer seja o termo final previsto no contrato. Caso o contratado cumpra o contrato antes do referido prazo, a Administração Pública não é obrigada ao pagamento antes dos 30 (trinta) dias do previsto contratualmente, mas ela tem a liberalidade de pagar antes, caso cumpra as medições necessárias para o recebimento definitivo; e que isso se dê antes de

---

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 38-39.

completados os 30 (trinta) dias do prazo contratual previsto para o cumprimento do contrato.

Portanto, a obrigação da Administração pagar o contratado “nasce” em seguida ao termo final previsto em contrato para tanto – desde que o contratado tenha cumprido o contrato –; ou com a emissão do recebimento definitivo – feito pela Administração Pública, o que vier primeiro.

Entendimento diverso deste é inconstitucional, e ofende aos princípios do equilíbrio econômico-financeiro, da supremacia do interesse público, da igualdade e da eficiência; assim como os princípios da finalidade e impessoalidade; e os licitatórios, quer sejam da concorrência e da obtenção da proposta mais vantajosa.

A administração agindo dessa maneira torna-se inadimplente, passa a estar em mora. E isso acarreta na necessidade dela indenizar os contratados, pagando-lhes correção monetária, juros de mora e multa contratual, o que não é de interesse público e não atinge a finalidade das licitações e dos contratos administrativos.

Este estudo conclui, pela interpretação constitucional da alínea “a” do inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, que o termo inicial, para a contagem do prazo não superior à 30 (trinta) dias, em que a Administração deve pagar seus débitos com seus contratados tem início no dia útil seguinte ao previsto em edital, ou contrato, para que os contratados tenham cumprido suas obrigações, desde que eles assim tenham procedido e não estejam em mora; não se confundindo com o recebimento provisório ou definitivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto . Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro /outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 26 de agosto de 2012. 19:23.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Faculdade de Direito de São Paulo. *Obras Completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1921. V. 48, t. 2.

BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Almeida*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada, 2ª. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006. 1728p.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 61-94.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda Existem os Chamados Contratos Administrativos? DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 398-411.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, 876p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1868p.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. re. e ampl. Belo Horizonte: Fórum. 2009. 732p.

GABARDO, Emerson;.HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 1-66.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. 1166p.

MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. 1136p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. atualizada por AZEVEDO, Euríco de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, FILHO, José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros. 2011. 896p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. 1119p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. 1128p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. 48p.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 6ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 344p.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar; 2009. 1261p.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2002. 393p.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso : constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 639p.

WALD, Arnoldo, GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 877, p. 11-26, nov. de 2008.