FGV DIREITO SP

MESTRADO PROFISSIONAL

Fluxo de caixa neutro em contratos de obra pública

Jorge Sotto Mayor Fernandes Neto

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP

Versão de 24.10.2023

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação do escopo

O trabalho tratará de aspectos jurídicos relativos a como viabilizar a neutralidade entre entradas e saídas de caixa para a contratada em contratos de obra pública.

Atualmente, o modelo tradicional de contratação de obra pública pressupõe a execução de etapa do serviço pela contratada para que seja posteriormente realizado o pagamento. Essa situação faz com que as empresas construtoras tenham capacidade financeira suficiente para "adiantar" as despesas relativas àquela etapa do contrato em favor do seu cliente.

Essa capacidade financeira pode significar tanto que a empresa construtora possui capacidade "de caixa" para suportar o período após a execução das despesas até receber o pagamento devido, ou que a empresa possui capacidade de endividamento para contratar serviços financeiros para prover o capital de giro necessário.

Em qualquer dos casos, há um encarecimento de custos e redução de competitividade em licitações de obras públicas pela redução de capacidade das empresas em executar múltiplas obras, por razões financeiras, e pelo aumento do custo financeiro.

Logo, o trabalho visa a estudar a utilização de pagamentos antecipados realizados pelo Poder Público contratante em favor das empreiteiras de modo a viabilizar um fluxo

de caixa neutro nesses projetos, gerando contratações mais competitivas e econômicas para a Administração.

O trabalho insere-se em um contexto em que as empresas de construção ainda buscam a recuperação dos efeitos da crise enfrentada a partir de 2015, marcada pela redução de investimentos públicos de 179,8 bilhões de reais para 78,4 bilhões de reais ao ano, de 2011 a 2022 e pela desestruturação do sistema de financiamento a obras no exterior, fatores que levaram a redução da receita em 90% em apenas 5 anos[1].

Ao mesmo tempo, o Governo Federal estrutura um novo programa de investimentos em infraestrutura, voltado à alavancagem da execução de obras estruturantes de infraestrutura, por meio de contratações de obras públicas, concessões e parcerias público-privadas, o que exigirá capacidade financeira das empresas do setor para execução dessas obras.

Soma-se a isso a iminência da revogação da Lei n. 8.666/1993, com obrigatoriedade de adoção da Lei n. 14.133/2021 para contratações e licitações públicas, normativo que trouxe disciplina legal própria para pagamentos antecipados, natureza jurídica do pagamento a título de verba de mobilização.

Nesse contexto, desejo tratar também das causas para a não utilização de pagamentos antecipados em obras públicas, como remediar eventuais causas identificadas, quais as possíveis soluções e como propor uma forma de ação juridicamente embasada para o uso desse mecanismo de pagamento em contratos de obras públicas.

Também abordarei a temática sob a ótica do direito comparado, buscando identificar se há a adoção desse formato de pagamentos, quais os formatos adotados, os problemas enfrentados e as cautelas no seu uso em outras jurisdições.

Logo, o trabalho adotará de forma predominante o modelo de resolução de problemas, objetivando também à indicação de formatos possíveis para o pagamento de verba de mobilização, as fragilidades e vantagens de cada um dos formatos, práticas e cautelas necessárias à sua.

---

[1] Fonte: Sinicon, SIGA Brasil, Petrobras e Eletrobras. Disponível em: https://www.poder360.com.br/governo/investimento-e-pouco-ate-para-manter-infraestrutura/ Acesso em: 01/07/2023.
Disponível em: https://www.poder360.com.br/poderespecial/brasilafrente/construtoras-mudam-para-se-reerguer/ Acesso em: 01/07/2023.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Contextualização fática

O que é pagamento antecipado em contratos públicos?

- Doutrina, revisão bibliográfica; e
- Conhecimento prático de profissionais do setor de obras públicas, entrevistas.

Pagamentos antecipados são utilizados em obras privadas? Para qual finalidade e quais são as formas de uso?

- Doutrina, revisão bibliográfica; e
- Conhecimento prático de profissionais do setor de obras públicas, entrevistas.

A verba de mobilização é utilizada em outras jurisdições? Se sim, quais são os modelos adotados?

- Doutrina, revisão bibliográfica; e
- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

Referencial teórico-normativo

O que estabelece a legislação sobre pagamentos antecipados?

- Legislação, revisão de legislação.

O que estabelece a jurisprudência atual do Tribunal de Contas da União acerca de pagamentos antecipados em contratos de obra pública?

- Jurisprudência, revisão de julgados.

Qual a origem do tratamento de pagamentos antecipados na Lei 14.133/2021?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.

O que caracteriza a "condição indispensável" para a contratação mencionada pelo § 1º do artigo 145 da Lei 14.133/2021 como requisito para pagamento antecipado?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.

O que caracteriza a "sensível economia de recursos" na contratação mencionada pelo § 1º do artigo 145 da Lei 14.133/2021 como requisito para pagamento antecipado?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.

Abordagem analítica

Por que pagamentos antecipados não são utilizados em contratos de obra pública no Brasil?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.
- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

Quais os desafios jurídicos na utilização de pagamentos antecipados em contratos de obra pública?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.
- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

Como a utilização de verba de mobilização poderia alterar a realidade de contratação de obras públicas no Brasil?

- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

Qual o impacto econômico que o uso de pagamentos antecipados pode resultar para a Administração?

- Avaliação de caso real de contratação pública e estimativa de economia possível com a utilização de pagamento antecipado.

Quais os requisitos necessários para a utilização de pagamentos antecipados em contratos de obra pública?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.

- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

Quais os formatos possíveis para a utilização de pagamentos antecipados em obras públicas? Quais as suas vantagens e desvantagens?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.
- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

É possível regulamentar o uso de pagamentos antecipados pela via contratual?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.
- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

Recomendações finais

Quais cautelas adotar no uso de pagamentos antecipados?

- Legislação, revisão de legislação.
- Jurisprudência, revisão de julgados.
- Doutrina, revisão bibliográfica.
- Conhecimento de profissionais do setor de obras públicas, órgãos de controle e administração pública, entrevistas.

Elaboração de produto: modelo de cláusulas contratuais para a utilização de pagamento antecipado em contratos de obra pública.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O trabalho é voltado para a comunidade profissional relacionada ao setor de obras públicas, sendo útil a profissionais de empresas do setor de construção, administradores públicos responsáveis pela estruturação, contratação e fiscalização

de obras públicas, órgãos jurídicos da Administração Pública, órgãos de controle e a membros do Poder Judiciário.

Sua relevância consiste na possibilidade de propositura de uso de pagamentos natecipados em contratações públicas em adequação com o ordenamento jurídico e com a jurisprudência de órgãos de controle, possibilitando maior eficiência em contratações públicas.

Para tanto, o que destaca a inovação da pesquisa que proponho, objetivo analisar a problemática para além do que consta na doutrina, legislação e jurisprudência, analisando a realidade prática dos profissionais relacionados ao tema por meio de entrevistas.

Assim, buscarei apresentar modelos de uso de verba de mobilização em obras públicas, bem como proposta de cláusulas contratuais para adoção do instrumento e das cautelas necessárias.

Por fim, ressalto que a medida pode levar a contratações públicas mais eficientes na medida em que, se mais amplamente utilizada pela administração pública, poderá reduzir as exigências práticas de caráter econômico-financeiro para que as empresas do setor de construção possam executar obras públicas, permitindo uma ampliação da competitividade em licitações.

4. Familiaridade com o objeto de pesquisa

A familiaridade com o objeto da pesquisa proposta decorre da minha experiência profissional na advocacia privada assessorando empresas do setor de construção em matérias de contratos de obras públicas e financiamento e, especialmente, na estruturação jurídica de proposta de fundo garantidor público federal para capital de giro para obras públicas e obras vinculadas a projetos de parceria público-privada e concessões. Ressalto também a atuação no mesmo contexto perante órgãos de controle, na defesa de empresas e gestores públicos em matéria de contratações públicas.

Importante notar que a experiência acima propicia vieses na condução das atividades da pesquisa proposta, considerando que minha visão inicial sobre a problemática

decorre da avaliação dessa a partir da realidade de empresas interessadas na utilização de pagamentos antecipados como medida para facilitar a execução de obras públicas.

Esse viés será objeto de atenção ao longo das atividades a serem realizadas no curso da pesquisa, bem como pretendo inserir outras visões sobre a temática a partir de entrevistas com profissionais de órgãos de controle e da administração pública.

5. Bibliografia preliminar

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. SARAIVA, Leonardo (coord.). *Obras Públicas e Serviços de Engenharia na Nova Lei de Licitações e Contratos.* Lumen Juris: 2021.

BITTENCOURT, Sidney. "A questão do pagamento antecipado." *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 12, n. 139, p. 62-64, jul. 2013. *Revista Zênite: ILC: informativo de licitações e contratos*, v. 20, n. 236, p. 992-994, out. 2013. *Revista Síntese licitações, contratos e convênios*, v. 3, n. 16, p. 230-232, ago./set. 2013.

CASTROVIEJO, Gabriela Gomes Acioli. "Compras públicas e o sandbox regulatório trazido pela Medida Provisória n° 961/2020." *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 19, n. 223, p. 37-43, jul. 2020.

DIOGENES, Gasparini. "Pagamento antecipado*". Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, v. 8, n. 10, p. 41-48, set. 1991

DRUMMOND, Olavo. "Pagamento antecipado: legalidade". *Boletim de licitações e contratos*: BLC, v. 6, n. 6, p. 216-217, jun. 1993.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. "A possibilidade de antecipação de pagamentos em contratos administrativos sob as disciplinas da Lei 8.666/93 e da Medida provisória 961/2020". In: *Direito em tempos de crise:* COVID-19. São Paulo: Quartier Latin, 2020, v. 4, p. 93-101.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2023.

KUHN, André. *Contratos de obras públicas*: uma visão gerencial. 1ª edição. Fórum: Belo Horizonte, 2022.

LEITÃO, Antônio Jorge. *Obras públicas*: artimanhas & conluios. 5ª edição. Leud: São Paulo, 2014.

LIMA, Edcarlos Alves. "A questão do pagamento antecipado no âmbito das contratações públicas, sobretudo as destinadas ao enfrentamento do COVID-19." *Revista JML de licitações e contratos:* RJML, v. 14, n. 55, p. 45-50, abr./jun. 2020.

MARÇAL, Thaís. "Por um regime temporário de direito público democrático no período de COVID-19." In: *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 209-216.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Obra pública a custo zero: instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero." *Revista Trimestral de Direito Público: RTDP*, Belo Horizonte, n. 62, p. 189-198, jul./set. 2015

NEVES, Marcelo José das. "Limites instrumentais da Medida Provisória nº 961/2020, convertida na Lei nº 14.065/2020: relativização de sua aplicação por órgãos dos poderes Judiciário e Legislativo." *Direito provisório: ESPIN - COVID-19: soluções para temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 89-107.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. "Fast track licitatório e pandemia: a Lei n° 13.979/2020, a MP n° 961/2020 e a EC n° 106/2020." *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 19, n. 222, p. 60-65, jun. 2020.

PANKO, Larissa. "É possível a realização de pagamento antecipado por parte da administração contratante, ou seja, antes do recebimento do bem ou da efetiva prestação do serviço?" *O pregoeiro,* v. 11, n. 124, p. 41-42, mar. 2015.

PÉRCIO, Gabriela. "MPV 961, antecipação de pagamento e cautelas (extras) necessárias" *O pregoeiro*, v. 16, n. 185, p. 9-12, maio 2020. *O pregoeiro*, v. 16, n. 187, p. 42-46, jul. 2020.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. "Análise jurídica da Medida Provisória n° 961, de 6 de maio de 2020." *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 19, n. 222, p. 42-53, jun. 2020.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. "Pagamento antecipado de contrato. Viabilidade. Estado de calamidade." *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 19, n. 226, p. 16-

22, out. 2020. *Revista brasileira de infraestrutura*: RBINF, v. 9, n. 18, p. 90-104, jul./dez. 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. 2ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. "Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?" *Revista de Contratos Públicos: RCP*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 177-186, set./fev. 2012.

SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. "A possibilidade de pagamento antecipado nas contratações de emergência em razão da pandemia de coronavírus" In: *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 259-268.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. 1ª edição. Malheiros: São Paulo, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. Malheiros: 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª edição. Malheiros: São Paulo, 2017.

6. Cronograma de execução

	2024					
Atividade	1	2	3	4	5	Horas
Revisão bibliográfica						35h
Avaliação de julgados						20h
Avaliação de legislação						10h
Preparação de entrevistas						10h
Realização de entrevistas						10h
Redação						20h