



NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2012

TEMÁTICA: Esclarecimentos acerca dos procedimentos a serem adotados pela Administração Pública nas situações de não comprovação de regularidade fiscal pelas empresas contratadas durante a execução do contrato.

A matéria é regida pelas disposições contidas na Lei Federal nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos na Administração Pública, bem como na jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça.

2. A Lei Federal nº 8.666/93, ao tratar das condições que devem ser preenchidas pelos licitantes nos certames promovidos pela Administração Pública, estipula em seu art. 27 o seguinte:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I – habilitação jurídica;
- II – qualificação técnica;
- III – qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

3. Com o intuito de assegurar também maior lisura e controle, o mesmo diploma legal estipula a necessidade da manutenção das condições de habilitação e qualificação durante toda a execução do contrato, conforme pode ser extraído da redação de seu art. 55, Inciso XIII, a seguir transcrito:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.”

4. Como se vê, a referida lei atribui à manutenção das condições de habilitação e qualificação “*status*” de cláusula obrigatória nos contratos administrativos, dispondo ainda que seu descumprimento pode gerar a rescisão do vínculo com base na inexecução do contrato, conforme pode ser observado com a leitura do art. 77 e art. 78, incisos I e II da Lei:

“Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.



Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;”

5. A rescisão por inexecução, inclusive, submete o contratado às sanções estipuladas no art. 87 da Lei de Licitações e Contratos:

“Art. 87. Pela **inexecução total ou parcial do contrato** a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao **contratado** as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.” (grifamos)

6. Como se vê, é obrigação do contratado manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação que ensejaram a sua contratação, sejam elas as condições diretas (relativas ao objeto), sejam as indiretas, que são os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais.

7. No entanto, não é idônea a prática da Administração Pública de, ao verificar a ausência de tais comprovações, realizar a retenção do pagamento ao contratado pelos serviços regularmente pactuados e devidamente prestados. Tal conduta não possui amparo legal, e pode resultar em enriquecimento ilícito da Administração.

8. Quando instado a se pronunciar sobre o tema, especificamente sobre a comprovação de regularidade fiscal, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou neste sentido, ressaltando ainda que a retenção de pagamentos viola o princípio da legalidade, vez que neste caso sanção não prevista em Lei estaria sendo aplicada ao contratado. Neste viés, os seguintes acórdãos:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL.



**RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS.
IMPOSSIBILIDADE.**

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a **Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.**

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

(...)

5. Recurso especial a que se nega provimento." (RESP 633432/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20/06/2005, p. 141).

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE "QUENTINHAS". SERVIÇOS PRESTADOS AO DISTRITO FEDERAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA NÃO-COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE.

Não se afigura legítima a retenção do pagamento do serviço prestado, após a efetivação do contrato e a prestação dos serviços contratados, pelo fato de a empresa contratada não comprovar sua regularidade fiscal.

(...)

Recebida a prestação executada pelo contratado, **não pode a Administração se locupletar indevidamente, e, ao argumento da não-comprovação da quitação dos débitos perante a Fazenda Pública, reter os valores devidos por serviços já prestados**, o que configura violação ao princípio da moralidade administrativa. Precedentes. (...) *Recurso especial improvido.*" (RESP 730800/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 21/03/2006, p. 115)." (grifamos)

9. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, recentemente firmou o mesmo entendimento, conforme pode ser observado pela leitura de seu Acórdão nº 964/2012, transcrito a seguir:



“CONSULTA. EXECUÇÃO CONTRATUAL. PAGAMENTO A FORNECEDORES EM DÉBITO COM O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL QUE CONSTEM DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES. CONHECIMENTO. RESPOSTA À CONSULTA.

Verificada, no entanto, a situação de irregularidade fiscal da empresa, incluindo a seguridade social, não pode a Administração Pública simplesmente reter o pagamento, na hipótese de regular execução do contrato pela empresa, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

A não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento.

Não há fundamento legal para que o pagamento dos serviços contratuais fique condicionado à comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social.

A retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna (Superior Tribunal de Justiça, RMS 24953/CE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicação: DJe 17/3/2008).

O contratado deve ser remunerado pelos serviços que efetivamente executou, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração, vedado pelo ordenamento jurídico.

10. Destarte, orientamos aos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual que, nos casos de descumprimento pelas empresas contratadas da cláusula obrigatória de manutenção das condições de habilitação e qualificação durante toda a execução do contrato, atenham-se à aplicação unicamente das sanções previstas na legislação vigente.

11. Neste viés, importante se faz a ressalva de que ao constatar as irregularidades mencionadas, deverá a Administração advertir e orientar as empresas no sentido de que regularizem tais pendências em tempo hábil, sob pena de rescisão contratual, execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidas à Administração, bem como a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93.

12. Assim procedendo, restará plenamente respeitado o direito a ampla defesa das contratadas, que ao negociar com a Fazenda Pública, poderão inclusive obter certidão positiva com efeitos de negativa, mantendo-se assim habilitadas, conforme preceitua o art. 206 do Código Tributário Nacional.

13. Por fim, salientamos que a retenção de pagamento de serviços contratados e devidamente prestados, quando realizada em virtude da situação em exame, configura ato abusivo, haja vista não poder a Administração se locupletar



indevidamente sob o argumento da não comprovação das condições de regularidade, conforme entendimento pacificado e recente da jurisprudência.

14. Nas situações elencadas, caso as empresas contratadas não providenciem sua regularização e a rescisão contratual for necessária para o pleno atendimento das disposições já referidas da Lei de Licitações e Contratos, deverá o Poder Público proceder com o efetivo rompimento do contrato e em seguida efetuar os pagamentos devidos.

15. Frise-se, por sua importância, que a análise quanto à satisfação das condições de habilitação não se esgota na data de realização do certame licitatório, de modo que deve a Administração verificar sua manutenção (sobretudo junto ao INSS, FGTS, Fazenda Pública e Justiça Trabalhista), exigindo a apresentação dos comprovantes de recolhimento e de quitação em momento anterior ao pagamento.

DIRETORIA DE ACOMPANHAMENTO DE NORMAS E PROCEDIMENTOS, aos 11 dias do mês de julho de 2012.


ROGÉRIO RODRIGO FERREIRA MOTA

Diretor de Acompanhamento de Normas e Procedimentos - Substituto

I – De acordo;

II – Considerando a importância do cumprimento pela Administração Pública dos ditames da legalidade e moralidade, sugere-se o encaminhamento a todos os órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual, para conhecimento acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos aos contratados por ausência de comprovação da regularidade fiscal, bem como das medidas legais a serem adotadas pelas Unidades Gestoras envolvidas.


JUVENAL GOMES DOS SANTOS
Subsecretário

I – De acordo;

II – Encaminhe-se a todos os Órgãos do Poder Executivo Estadual, na forma sugerida, cumprindo-se os preceitos legais e éticos.


JOSÉ PEDRO DIAS LEITE
Secretário-Chefe