

PARECER SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE MANUTENÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA DURANTE A VIGÊNCIA DO PERÍODO CONTRATUAL SOB PENA DE RESCISÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO POR FALTA DE PREVISÃO NA LEI DE LICITAÇÕES

Por: Denise Maria Vilela

Procuradora do Município de Curitiba, Bacharel em Direito (Fundação Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - Jacarezinho), Pós-graduada em Administração Pública (UFPR), Direito Administrativo (IBEJ), Direito Processual Civil (Instituto Bacellar), Licitações e Contratos Administrativos (UNIBRASIL).

Ementa: Constitucional. Administrativo. Regularidade Fiscal do Contratado. Obrigatoriedade de manutenção da regularidade fiscal e trabalhista durante a vigência do período contratual sob pena de rescisão. Impossibilidade de retenção de pagamento por falta de previsão na lei de licitações. Inteligência da jurisprudência e doutrina dominante. Considerações.

Primeiramente devemos destacar que as certidões negativas de débitos, e aqui também temos de lembrar da possibilidade das certidões positivas com efeitos de negativas, são de obrigatória apresentação nos certames licitatórios conforme prevê expressamente a Lei 8.666/93¹.

Sabido é também, que o contratado tem obrigação contratual, prevista expressamente na lei de licitações, de manter as condições de habilitação.

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.

Desta forma pode-se concluir que a exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal e trabalhista é lícita à Administração, não só à época do pagamento, mas, a qualquer tempo, enquanto perdurar a vigência do contrato, posto que, é obrigação do contratado que mantenha todas as suas condições de habilitação.

Na hipótese de não apresentação de tais certidões negativas ou apresentá-las com efeitos positivos, não poderá a Administração reter o pagamento devido ao fornecedor, porém tal fato poderá ensejar a rescisão do seu contrato senão vejamos:

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado conforme vemos a seguir:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.

¹ Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.
2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "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".
3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.
4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.
5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia 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.
6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.

(RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.953 – Relator Min. Castro Meira – j. 04/03/2008)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE FATURAS. ILEGALIDADE DA PORTARIA 227/95, QUE CONDICIONA O PAGAMENTO À COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL DA EMPRESA CONTRATADA. MATÉRIA PACIFICADA.

1. Discute-se nos presentes autos a legalidade da Portaria n. 227/95, que prevê a retenção de pagamento de valores referentes a parcela executada de contrato administrativo, na hipótese em que não comprovada a regularidade fiscal da contratada.
2. A pretensão recursal destoa da jurisprudência dominante nesta Corte no sentido da ilegalidade da retenção ao pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco, por extrapolar as normas previstas nos arts. 55 e 87 da Lei 8.666/93. Precedentes: REsp 633432 / MG, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/6/2005; AgRg no REsp 1048984 / DF, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/9/2009; RMS 24953 / CE, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008.
3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.313.659 – RR – Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES – j. 23/10/2012) (grife)

O Tribunal de Justiça do Paraná, no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. IMPETRANTE QUE FIRMOU CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA CONSTRUÇÃO DE UMA ESCOLA INFANTIL E APARELHAGEM DA REDE ESCOLAR PÚBLICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL. NÃO APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS POR PARTE DA IMPETRANTE, ORA APELADA. RETENÇÃO DE PAGAMENTO DOS SERVIÇOS JÁ PRESTADOS POR IRREGULARIDADE FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO MODIFICO PARCIALMENTE A SENTENÇA APENAS PARA ADEQUAR A PARTE DISPOSITIVA DA MESMA AO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL. Ainda que o artigo 27 da Lei 8.666/93 exija a comprovação da regularidade fiscal pelos interessados em participar da licitação, tal exigência abrange apenas a fase de habilitação no certame, uma vez que visa assegurar a idoneidade fiscal daquele que pode vir a ser contratado com a

Administração Pública. Em observância da Lei 8.666/93, não há dentre as sanções administrativas previstas nos artigos 86, 87 e 88 a suspensão de pagamento de serviço já prestado em decorrência de posterior irregularidade fiscal, dessa forma, diante do Princípio da Legalidade, é legítima a exigência da comprovação da regularidade fiscal apenas na fase de habilitação no processo licitatório, não se afigurando legal a retenção do pagamento após a efetivação do contrato e dos serviços prestados tendo em vista a inexistência de previsão legal nesse sentido. (TJPR - 5ª Cívica - ACR 939384-4 - Paraíso do Norte - Rel.: Luiz Mateus de Lima - Unânime - J. 04.12.2012)

Temos ainda, finalmente, um acórdão do Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

ACÓRDÃO nº 1356/08 – Pleno

PROCESSO N.º: 25735-0/08

ENTIDADE: SECRETARIA DE ESTADO DO TRABALHO, EMPREGO E
PROMOÇÃO SOCIAL

INTERESSADO: NELSON GARCIA

ASSUNTO: CONSULTA

RELATOR: CONSELHEIRO FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Consulta. No caso de contratações realizadas com dispensa de licitação, inexistindo "dificuldades especiais" (v.g. Custo elevado), deverão ser exigidas certidões de regularidade fiscal referentes às fazendas federal, estadual e municipal. Havendo "dificuldades especiais" deverão ser exigidas a certidão federal e também a certidão relativa à fazenda da esfera política contratante, restando dispensada a certidão estadual para municípios e a municipal para órgãos do Estado. Os comprovantes de regularidade fiscal, a princípio, devem ser exigidos apenas quando da contratação. Novas apresentações podem ser efetuadas, mas deve haver motivo lógico para a exigência. **É possível que seja rescindido contrato em virtude da não manutenção da regularidade fiscal durante a execução do contrato. Porém, a administração deve buscar adotar sempre a providência menos onerosa para si. Nunca pode ser retido pagamento em virtude desse tipo de ocorrência.**

Salientamos aqui o final do voto:

"...no sentido de não ser possível a retenção do pagamento de serviço prestado (ou produto fornecido) nos casos em que o contratado venha a se tornar inadimplente perante o fisco no curso do contrato, ante a ausência de previsão legal, restando à Administração Pública a hipótese de rescisão de contrato, pelo descumprimento de cláusula contratual, observados os procedimentos previstos em lei."

Do exposto temos algumas considerações importantes:

Para a rescisão do contrato terá a Administração de aplicar muito mais do que a lei. Terá de exercitar a aplicação dos princípios jurídicos.

As decisões transcritas citam os princípios da legalidade, do devido processo legal, da razoabilidade, da moralidade...

Cabe aqui tecer algumas considerações sobre os princípios jurídicos.

Os princípios são normas genéricas e preeminentes. Constituem a estrutura do sistema, sua parte mais importante. Já as regras são as normas que conferem dinamismo ao sistema. Pode-se afirmar que é o conhecimento dos princípios que permite a adequada interpretação das normas de todo o ordenamento².

² No dizer acertado de Josef Esser: "Los principios son el punto de partida del razonamiento jurídico: no como simples instrumentos del pensamiento heurístico, sino como expresión primaria de una decisión valorativa de carácter positivo, que es

Assim, quanto aos princípios pode-se dizer que conferem fundamento às regras que compõem o sistema jurídico. É inadequada a interpretação da regra que dela deriva contradição com os princípios. Equivoca-se o administrador que imagina dever obediência somente às leis. A lei, apenas, faz parte do ordenamento jurídico³.

Os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e o da eficiência são de obediência obrigatória pela Administração Pública por força do artigo 37 da Constituição Federal. São princípios constitucionais expressos sendo que o dispositivo constitucional é taxativo e auto-aplicável, pois que não existe condição de expedição de lei infraconstitucional para a aplicação⁴.

A Constituição Federal elevou à categoria de princípio constitucional a moralidade administrativa, pressuposto de validade de toda a atuação estatal, informante dos demais princípios irmãos constantes do artigo 37, e matriz de outros princípios secundários ou elementares decorrentes da moralidade, como a razoabilidade.

Finalmente como noção de princípio jurídico cabe citar a feliz expressão de Francesco Carnelutti⁵: “Vuol dire che i principi sono le leggi delle leggi”.

Assim, será necessária a análise de caso a caso. Deverá a Administração dar prazo para que o contratado regularize a situação e apresente a certidão negativa ou positiva com efeitos negativos. Este prazo deverá ser “razoável” e dependerá do tipo de contrato, serviço prestado e da certidão.

Na hipótese do não cumprimento do prazo, deverá ser aberto um processo administrativo para que seja garantido o devido processo legal, com o direito de defesa e posterior rescisão do contrato.

São as considerações.

Denise Maria Vilela
Procurador
OAB/PR 11.784

esto que confiere su legitimación a la regla que debe ser aplicada.” (ESSER, Josef. Principio y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Barcelona: Bosch, 1961.)

³ Ensina Dromi: “No vivimos com uma herencia moral, sino con la suma de varias morales integradas. No podemos ingenuamente pensar que el derecho es “sólo un conjunto normativo”. El derecho no se agota en la normocracia. No es solamente la ley. La idea “normocrática” no sintetiza al derecho ni al Estado. La ley es apenas un derecho institucionalizado, detenido en la forma, pero no todo el derecho. La generalizada identificación entre derecho y norma jurídica, a modo de igualación unívoca (derecho=ley) propuesta por el formalismo jurídico no es compartida por el realismo jurídico.

Santo Tomás de Aquino distingue explícitamente el derecho de la ley, por eso dice que la ley no es el derecho mismo, sino “cierta razón del derecho” (Suma Teológica, II a c.q. 57, a 1, ad.1, t. VIII, p. 233)

El derecho no es un valor puro, ni es una mera norma, ni es un simple hecho social. El derecho es una obra humana, de forma normativa encaminada a la realización de los valores”. DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 5.ª ed., 1996., p.21.

⁴ Raquel Denize Stumm considera: “Os princípios não escritos devem ter a sua validade aceita pelo sistema. Daí a constatação de Cardozo de constituírem os princípios jurídicos gerais “normas decisórias diretamente aplicáveis”, mas que apenas adquirem este caráter “quando se concretizam”, sendo “missão da ciência e da jurisprudência concretar esses princípios jurídicos convertendo-os em normas decisórias, estejam elas expressas ou não na Constituição ou na lei” (apud Cappelletti, 1974, p. 402). A importância dos princípios está em que eles fundamentam as regras. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.40.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. IX.