

CENTRO UNIVERSITÁRIO CESMAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – FCSA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”
ESPECIALIZAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PAGAMENTO SUBORDINADO À REGULARIDADE FISCAL

Anderson Cardoso Silva

Maceió / AL
2012

Anderson Cardoso Silva

PAGAMENTO SUBORDINADO À REGULARIDADE FISCAL

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Administração Pública, do Centro de Estudos Superiores de Maceió (Cesmac), da Fundação Educacional Jayme de Altavila (Fejal), orientado pelo Prof. Me. Artur Lamenha.

Maceió / AL
2012

Anderson Cardoso Silva

PAGAMENTO SUBORDINADO À REGULARIDADE FISCAL

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Administração Pública, do Centro de Estudos Superiores de Maceió (Cesmac), da Fundação Educacional Jayme de Altavila (Fejal), orientado pelo Prof. Me. Artur Lamenha.

Maceió, 30 de outubro de 2012

orientador

Maceió / AL
2012

Dedicatória

A todos os que sabem ouvir e respeitar os entendimentos divergentes com humildade e aceitam o debate como produtor de conhecimento e aperfeiçoamento, pois mesmo errando temos o aprendizado.

Agradecimento

Aos meus pais que procuraram me ensinar a temer a Deus e a sentir a convicção do que é certo para não ser levado pelas correntes.

Epígrafe

O sábio ouvirá e crescerá em conhecimento, e o entendido adquirirá sábios conselhos;

Salomão (Provérbios 1:5)

RESUMO

A crescente preocupação com o uso eficiente dos recursos públicos tem resultado em iniciativas voltadas para o controle das despesas com compras e contratações. Foi nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988 trouxe no inciso XXI do art. 37 a previsão legal que obriga que as obras, serviços, compras e alienações públicas sejam feitas através de processo licitatório, sendo esse o meio pelo qual a instituição abre uma sessão pública com data e hora previamente marcadas por meio de um chamamento publicado com a finalidade de atingir o maior número de empresas interessadas e dentre elas identificar a proposta mais vantajosa de um fornecedor idôneo assegurando dessa forma a igualdade de condições a todos os concorrentes. A previsão constitucional foi regulamentada pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pelas Leis nº 8.883, de 8 de junho de 1994, 9.648, de 27 de maio de 1998 e pela Lei 9.854, de 27 de outubro de 1999. É a lei geral de Licitações e Contratos Administrativos. Demonstra-se que não basta assinar um contrato com a administração pública e executar o objeto contratado à rigor. É necessário também manter todas as condições iniciais da contratação, ou seja, todas as condições de habilitação da empresa na licitação. Caso a empresa não satisfaça mais as condições iniciais do contrato, a administração deverá promover a aplicação das sanções legais mesmo que a contratada esteja executando o objeto do contrato corretamente. Mesmo não estando no rol das sanções legais previstas no art. 87 da LCC constatamos a recorrente aplicabilidade da chamada retenção do pagamento do fornecedor em caso de falta de certidão negativa de regularidade fiscal. Entendemos que a falta de pagamento por bem entregue ou serviço prestado caracteriza enriquecimento sem causa da administração, conforme arts. 884, 481 e 594 do CC c/c art. 173, §1º, II da Constituição Federal, assim como, no tão presente senso comum de nosso povo baseado na fonte de Direito dos *usos e costumes* ferindo ainda os princípios da legalidade, impessoalidade, proporcionalidade e moralidade.

Palavras Chaves: regularidade fiscal; contratos públicos; licitação.

ABSTRACT

The growing concern with the efficient use of public resources has resulted in initiatives aimed at controlling spending on procurement and contracting. It was in this sense that the Federal Constitution of 1988 brought the XXI art. 37 a legal provision requiring that the works, services, purchases and sales are made through public bidding process, which is the means by which the institution opens a public session with date and time previously marked by a summons issued for the purpose to reach as many interested companies and among them identify the most advantageous proposal from a reputable supplier thus ensuring an equal level playing field for all competitors. The constitutional provision was regulated by Federal Law No. 8666 of June 21, 1993, updated by Law No. 8883 of June 8, 1994, 9648, to May 27, 1998 and Law 9854 of October 27, 1999 . It is the general law of Bids and Administrative Contracts. We demonstrate that it is not enough to sign a contract with the government and execute rigorously its object. You must also keep all the original terms of the contract, ie, all the conditions which enabled the company's bid. If the company does not keep all initial conditions of the contract, the administration should promote the application of legal sanctions even if the contractor is running under the contract correctly. Even not being in the list of legal sanctions provided for in art. 87 LCC we observe the constant applicability of what it is called supplier retention payment in case of lack of regular tax clearance certificate. We believe that the lack of payment for goods delivered or services rendered characterizes unfair enrichment of the administration based on arts. 884, 481 and 594 of the Civilian Code plus art. 173, § 1, II of the Federal Constitution, as such, in the so present common sense of our people based on the *uses and customs* source of law also hurting the principles of legality, impartiality, proportionality and morality.

Keywords: regular tax clearance certificate; government procurement; bidding.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
Objetivos gerais	11
Objetivos específicos	11
Procedimentos metodológicos	12
Justificativa	12
1. LICITAÇÃO	13
1.1 Histórico da Política de Compras da Administração Pública Brasileira	13
1.2 Conceito, finalidade e modalidades de Licitação	14
1.3 Condições de habilitação na licitação	15
1.4 A comissão permanente de licitação.....	15
1.5 Os Princípios que regem a licitação.....	16
2. CONTRATOS PÚBLICOS.....	18
2.1 Condições da manutenção contratual.....	18
2.2 Sanções legais por inadimplemento contratual	19
3. AS NORMAS PARA RETER O PAGAMENTO	21
3.1 Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)	21
3.2 Fundamentação legal das normas do TCU sobre o tema	29
3.3 Alegação de outros diplomas legais	30
4. CONTRA-RAZÕES E FUNDAMENTOS PARA NÃO RETER O PAGAMENTO ..	33
4.1 A configuração do quadro com os motivos de fato.....	33
4.2 Motivos de direito	34
4.2.1 Diplomas legais	36
4.2.2 Fundamentação nos Princípios	39
4.2.3 Fundamentação nos padrões contábeis e comerciais	43
4.2.4 Doutrina	44
4.2.5 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	46
CONCLUSÕES.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

O tema deste estudo é o pagamento da despesa pública subordinado a regularidade fiscal, tema da monografia, é derivado de normas do Tribunal de Contas da União que constituem um problema que nos faz exercitar a interpretação jurídica e doutrinária em busca da verdade real e justiça visto que nesta seara é travada uma guerra de opiniões, princípios constitucionais, jurisprudência e doutrina.

Entre outros deveres da administração pública está a obrigação de ser imparcial nas decisões que toma revestindo-se de isenção de ânimo com base no Princípio da Impessoalidade. Todavia, decidir sem interferência do nosso próprio “eu” é um problema tão difícil que, mesmo sem perceber, quando se julga só pelo que se acredita ser o certo, correm-se sérios riscos de infringir princípios de direito e atingir bens jurídicos relevantes de terceiros.

É preciso discernir que nem tudo o que é justo é legal e vice-versa considerando que a lei é dura, mas é lei (*dura lex sed lex*). Desta feita, é importante afastar o arbítrio, caracterizado por intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões de forma incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito e fazer o que manda a lei.

Assim, em que se pese que todas as razões têm amparo no Princípio da Razoabilidade assim como tudo que parece justo e razoável, a aplicação isolada deste princípio sem pesquisar amparo na sistemática da lei pode acabar sendo catastrófico.

No caso em tela parece razoável, justo e moral que não se pague quem deve impostos ao governo, mas não é bem assim. Na verdade, o que não se deve é contratar com tal empresa. Estando a empresa qualificada para contratação e num determinado momento estiver inadimplente com os impostos, mas adimplente com o que foi contratado é outra situação. Não se pode deixar de pagar aquilo que foi legalmente contratado.

Para contratar com a administração pública é preciso participar de uma licitação que é o meio pelo qual a instituição abre uma sessão pública com data e hora previamente marcadas por meio de um chamamento publicado com a finalidade de atingir o maior número de empresas interessadas e dentre elas identificar a proposta mais vantajosa de um fornecedor

idôneo, *i.e.*, qualificada juridicamente; tecnicamente; com capacidade econômica-financeira e detentora de regularidade fiscal (quites com todos os impostos).

Quando um fornecedor idôneo é contratado, foi porque tinha a melhor proposta e atendeu todos os pré-requisitos de habilitação. Então, por exemplo, ele assina uma ordem de compra, envia o material com a Nota Fiscal que será recebido e atestado por um gestor e um fiscal nomeados pela administração e, então, espera ser pago em até 30 (trinta) dias. Acontece que no final desse período, após ter cumprido fielmente sua parte no contrato, se não for possível constatar sua regularidade fiscal (que está pagando todos os seus impostos em dia) neste momento posterior, o pagamento não será efetuado devido a uma norma da empresa que tem como base um acórdão do Tribunal de Contas da União. Destarte, quando isso acontece a instituição pública usufrui o objeto, mas o fornecedor fica no prejuízo com o pagamento suspenso e, sem receber o dinheiro pelo que foi contratado, termina com piores condições ainda de pagar seus impostos, ou seja, neste caso o governo compra, não paga e força uma condição para nunca pagar.

É importante salientar que não há consenso nem mesmo entre os renomados doutrinadores de nosso país sobre o tema, pois nos treinamentos de capacitação e reciclagem que o servidor público participa, alguns daqueles defendem e outros atacam este acórdão do Tribunal de Contas da União que orienta a retenção do pagamento, o que torna o nosso trabalho ainda mais desafiador.

Objetivos gerais

Dissecar os vários pontos de vista relacionados ao assunto com argumentos e contra-razões, efeitos e conseqüências, criticando construtivamente o problema com formulação de proposta de decisão.

Objetivos específicos

Apresentar os princípios constitucionais, normas, diplomas legais, pareceres, decisões administrativas e judiciais para analisá-los sistematicamente com foco no tema. Então, demonstrar que ao aprofundar-se no assunto é possível ser cada vez mais imparcial e afastar cada vez mais o arbítrio, tornando mais claro porque não é justo suspender o pagamento do fornecedor.

Procedimentos metodológicos

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, o objetivo geral do presente trabalho é melhorar a capacidade do empregado público de interpretação sistêmica das leis conjugando-as com as técnicas e princípios basilares de direito para que haja atuação correta sem reflexos que firam direitos de terceiros.

Justificativa

É raríssimo um empregado público se prestar a criticar a norma da empresa ou dos órgãos de controle. Primeiro, porque não é problema dele, está apenas seguindo a norma; segundo, por agir de forma temerária de sanção pelo Tribunal de Contas da União ou, talvez, porque ele ou seus colegas não possuem embasamento técnico suficiente para se posicionar corretamente e conquistar seguidores para a questão ganhar força e ser levada ao debate e, quiçá, à revisão da norma.

Para se ter um país justo, é preciso analisar se não está ocorrendo o cumprimento de ordem manifestamente ilegal. É preciso ter iniciativa e assumir responsabilidades com fundamentos de fato e de direito para impulsionar a máquina com dignidade sabendo o porquê da decisão estar sendo tomada. Não é questão de rebeldia, mas atitudes justificadas e legais.

Desta feita, é preciso apresentar formalmente todas as idéias para serem analisadas e avaliadas com a mente aberta, mesmo que sejam contrárias à norma vigente, para que se tenha possibilidade de consertar algo que possa estar errado e evoluir o entendimento quebrando paradigmas. Contudo, é sabido que tendo o Tribunal de Contas da União determinado as normas, só nos tribunais judiciais é que se pode libertar o melhor juízo. Portanto, o estudo é meramente didático e mesmo conquistando o convencimento do leitor não poderá ser utilizado para fundamentar ato contrário a orientação vigente pelo empregado público, salvo pelas empresas que estiverem sendo prejudicadas e quiserem contestar judicialmente a questão.

1. LICITAÇÃO

Necessário se faz tratar sobre os aspectos históricos, finalidade e princípios regentes do processo licitatório uma vez que por meio deste é que precede a contratação na administração pública sendo este o procedimento pelo qual o governo busca a melhor proposta para contratar.

1.1 Histórico da Política de Compras da Administração Pública Brasileira

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro pelo Decreto nº. 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Outras legislações vieram e até trataram das licitações de forma singela. E pela publicação do Código de Contabilidade Pública da União, pelo Decreto nº. 4.536 de 28 de Janeiro de 1922, que tratou do procedimento concorrential.

Desde o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório veio evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado através do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67 (arts. 125 a 144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, e estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, pelos Decretos-lei 2.348 e 2.360, instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

A crescente preocupação com o uso eficiente dos recursos públicos tem resultado em iniciativas voltadas para o controle das despesas com compras e contratações. Embora essas despesas representem uma parcela menor no orçamento relativamente às despesas com pessoal, o bom gerenciamento dos recursos aplicados em custeio constitui uma alternativa complementar para o aumento da eficiência na utilização dos gastos públicos e para melhorar o desempenho das organizações governamentais.

Devido ao reconhecimento da importância do uso eficiente dos recursos públicos, a Constituição Federal de 1988 trouxe no inciso XXI do art. 37 a previsão legal que obriga que as obras, serviços, compras e alienações públicas sejam feitas através de processo

licitatório, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes e cláusulas que estabeleçam obrigação de pagamento como se pode observar no texto legal a seguir.

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 obrigação 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.

A previsão constitucional foi regulamentada pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pelas Leis nº 8.883, de 8 de junho de 1994, 9.648, de 27 de maio de 1998 e pela Lei 9.854, de 27 de outubro de 1999. É a lei geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Apesar de ter sido sancionada sobre o período de influência da política gerencial, 1993, a lei que normatiza os processos de compras da administração pública no Brasil, é caracterizada pela sua rigidez e elevado controle burocrático. Entretanto, tem-se que considerar que se vinha de um processo de *impeachment* do Presidente da República, exatamente por suspeitas de favorecimentos em contratações no governo federal, sendo que estes acontecimentos influenciaram para o engessamento da previsão legal que estava por vir.

1.2 Conceito, finalidade e modalidades de Licitação

Segundo Justen Filho (2000), a licitação consiste em um procedimento administrativo, composto de atos seqüenciais, ordenados e independentes, mediante os quais a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, devendo ser conduzida em estrita conformidade com os princípios constitucionais e aqueles que lhes são correlatos.

Por meio da licitação existe a divulgação do objeto que a administração precisa contratar especificando local, data e hora para reunião com os interessados onde qualquer pessoa poderá assistir e acompanhar, pois se trata de uma sessão pública para garantir a lisura e transparência de todos os atos à sociedade.

A Lei 8.666/93 estabeleceu cinco modalidades de licitação: Concorrência; Tomada de Preços; Convite; Concurso; Leilão. Estabeleceu também duas modalidades de contratação direta em casos excepcionais: Dispensa de Licitação e Inexigibilidade de

Licitação. Entretanto, a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu a sexta modalidade de licitação denominada Pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

A licitação visa gerar economicidade, igualdade entre os participantes e moralidade nas contratações públicas.

1.3 Condições de habilitação na licitação

Para contratar com a administração pública, a empresa precisa de experiência comprovada no mercado para conseguir sua **Qualificação Técnica**; estar com seus impostos pagos em dia e sem reclamações trabalhistas na justiça para obter Certidões Negativas de Débito para comprovar sua **Regularidade Fiscal**; ter Capital de Giro e saúde financeira para garantir a execução do objeto e prerrogativas da contratante para sua **Qualificação Econômico-Financeira** e Declaração que não emprega menor de idade como mandamento ético Constitucional.

Toda a documentação de habilitação é exclusivamente especificada na lei e lacrada em envelope específico para participar da licitação.

Além da análise dos documentos apresentados, a comissão permanente de licitação deverá verificar pela Internet se as empresas não estão inseridas no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), pois estaria inabilitada sumariamente.

Como pode-se constatar, só as empresas idôneas conseguem se habilitar para participar da licitação e dentre elas será contratada a que apresentar a proposta mais vantajosa para a administração.

1.4 A comissão permanente de licitação

A Comissão Permanente de Licitação (CPL) é formada por empregados da administração designados por meio de uma resolução da autoridade competente com a finalidade de receber, examinar e julgar os documentos apresentados na licitação observando os procedimentos estabelecidos no ato convocatório.

A CPL é geralmente formada por pessoas treinadas em licitação e pessoas de cada setor da administração detentoras de capacidade técnica para julgar se o objeto atende as especificações solicitadas.

A autoridade competente nomeia pelo menos 3 (três) membros da CPL para constituir a Comissão Especial de Licitação que vai atuar especialmente na condução de uma determinada sessão pública de licitação. Esta deve ser presidida por alguém treinado em licitação com o apoio técnico dos demais membros da Comissão Especial para atestar que as propostas apresentadas atendem todas as solicitações especificadas. Portanto, os membros de apoio técnico normalmente devem ser empregados lotados no setor interessado na licitação que nasceu a demanda para não haver dúvidas quanto ao objeto contratado.

1.5 Os Princípios que regem a licitação

Para trabalhar com licitação é imprescindível conhecer bem os Princípios porque o complexo ordenamento jurídico da licitação não foi bem elaborado e não está em perfeita harmonia, ou seja, muitas vezes se encontram regulamentos e normas contradizendo a lei e, por outras vezes, suscita uma lei contradizendo outra lei, o que deixa o empregado público confuso sem saber exatamente o que ele deve fazer no final das contas.

Estes diplomas infralegais competem apenas a normatizar, orientar e estabelecer procedimentos para o fiel cumprimento da lei sem jamais ter o condão de inová-la. No entanto, elas vêm tentando corrigir as falhas da lei assim mesmo sem ter poder para isso, enquanto que, o correto seria a alteração da própria lei. A Lei Maior diz no inciso IV do art. 83 que:

Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos **para sua fiel execução**; (grifos nossos)

Constata-se que a Constituição deixa claro qual é a finalidade dos decretos e diplomas infralegais. Portanto, os únicos regulamentos válidos são os regulamentos executivos ou regulamentos de execução, isto é, aqueles que têm a função de prover a fiel execução da lei, conforme estabelece a Lei Maior.

Desta feita, enquanto a lei estabelece a obrigação de fazer ou deixar de fazer, o regulamento estabelece os pormenores de ordem técnica para dar operatividade à lei. Assim, os regulamentos subordinam-se inteiramente a lei, sem criar, aumentar ou subtrair o seu teor.

Para ilustrar um pouco a confusão, pode-se citar que o §8º, art. 22, da lei 8.666/93 veda a criação de outras modalidades de licitação enquanto que a Lei 10.520/02 cria a nova modalidade Pregão para a aquisição de bens e serviços comuns; mais contradição no art. 5º do

Decreto 3.555/00 que regulamenta o Pregão que diz que essa modalidade não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, mas esta obrigação em “deixar de fazer” deveria estar na lei 10.520/02 e não está; a lei 8666 trata de reajuste de contrato admitindo-se índices específicos ou setoriais, enquanto que, a Instrução Normativa SLTI-MP 02/08 cria o instituto da “repactuação” que determina que deve ser feita a análise efetiva da variação dos custos e proibido a aplicação de índices para evitar a inflação. Existem muitos outros conflitos legais nesta seara jurídica.

Para estabelecer um pouco de ordem na confusão, é preciso conhecer os princípios da licitação estabelecidos na Lei 8.666/93 em seu Art. 3º:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos. (grifos nossos).

Estas confusões chamam-se antinomias jurídicas. Diversos autores buscam criar doutrinas para definição de critérios para resolução delas, mas raramente há consenso absoluto da comunidade jurídica.

2. CONTRATOS PÚBLICOS

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam, especialmente os arts. 40 e 55 da lei 8.666/93 e supletivamente os princípios da Teoria Geral dos Contratos, a Lei 8.078/90 (Defesa do Consumidor), a Lei 10.406/02 (Código Civil) e as demais disposições de direito privado aplicáveis com arrimo do art. 54 da lei nº 8.666/93 e no melhor interesse da administração.

2.1 Condições da manutenção contratual

Não basta assinar um contrato com a administração pública e executar o objeto contratado à rigor. É necessário manter todas as condições iniciais da contratação, ou seja, todas as condições de habilitação da empresa na licitação.

A administração nomeia um fiscal e um gestor para acompanhar a execução do contrato. O fiscal verifica se a execução do objeto está de acordo com as especificações solicitadas pela administração no contrato, enquanto que, o gestor verifica se a contratada mantém todas as condições iniciais da contratação a cada pagamento assim como o saldo e vigência contratual, pois também não pode haver despesa sem recurso orçamentário e sem contrato.

Os documentos que comprovam essas condições têm prazo de validade. São obtidas por meio de acesso à Internet devendo ter atesto de veracidade por meio da assinatura de quem acessou a certidão e imprimiu. Se a data de validade da certidão expirou, é necessário entrar novamente na Internet para tirar uma nova certidão com a sua vigência renovada. A certidão só é emitida se a consulta ao banco de dados do governo feita pela Internet retornar a informação de que o contribuinte (empresa) está em dia com as suas Obrigações Principais e Acessórias que consistem no pagamento do tributo e prestação das informações sobre ele, respectivamente.

O Balanço Patrimonial é anual, mas tem prazo até 30 de abril ou 30 de junho dependendo do enquadramento tributário federal de cada empresa; A certidão negativa de Falência ou Concordata varia normalmente de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias; as certidões

negativas que comprovam a regularidade fiscal têm prazo de validade variada, ou seja, a Certidão Negativa do INSS, Tributos Federais e Dívida Ativa assim como a certidão negativa de Débitos Trabalhistas têm vigência semestral, enquanto que, a certidão negativa do FGTS é mensal. Todas as certidões contêm a data de validade de cada uma impressa nela mesma.

Caso a empresa não satisfaça mais as condições iniciais do contrato, a administração deverá promover a aplicação das sanções legais nela mesmo que esteja executando o contrato corretamente.

2.2 Sanções legais por inadimplemento contratual

Caso a empresa não satisfaça mais as condições iniciais do contrato, a administração deverá promover a aplicação das sanções legais mesmo que a contratada esteja executando o objeto do contrato corretamente.

Ninguém pode aplicar uma sanção sem a expressa previsão legal do ato merecedor da reprimenda, ou seja, não há pena sem prévia cominação legal, então não existe aplicação de sanção sem que esteja estabelecido o fato que se enquadra perfeitamente na descrição legal do ato ilícito. Esse é o Princípio da Legalidade da Pena que está tipificado no art. 5º, XXXIX, da Lei Maior: *Não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

O art. 87 da lei 8.666 tipifica a “inexecução total ou parcial do contrato” como fatos que cominariam as sanções de advertência; multa; proibição de contratar com a própria instituição em até 2 (dois) anos e, por último, proibição de contratar com o governo em até 2 (dois) anos ou até perdurar o fato da punição.

O art. 7º da lei 10.520 (Pregão), por sua vez, estabelece vários fatos e a pena de não contratar com o governo pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e demais cominações legais.

Eis o desafio. A rigor deveria existir um fato para cada pena, mas ao invés disso foi feita toda essa confusão deixando na mão da administração para resolver o problema. Esta restaria tentar utilizar os princípios legais como única ferramenta para por ordem nas coisas, notadamente os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade para tipificar os fatos reprováveis e para definir as sanções aplicáveis e a sua intensidade, respectivamente.

Assim, o bom senso diz que deve-se aplicar as sanções gradativamente, ou seja, primeiro advertindo, depois multando e então proibindo de contratar, salvo em caso de faltas graves quando se pode acumular advertência com multa ou gravíssimas com multa e proibição de contratar. Todavia, multar em que valor? Proibir por quanto tempo?... Tudo está vago e entregue ao arbítrio da Administração, portanto, demonstra uma sensibilidade a abusos por parte do gestor facilmente questionado nos tribunais judiciais se a pena não estiver bem justificada.

Desta forma, as sanções vinculadas aos fatos, ao invés de estarem estabelecidas na lei pelo legislador, estariam estabelecidas dentro do edital ou contrato pela Administração que, por sua vez, deverá observar os Princípios Constitucionais como fontes primárias de sua legitimação sem violar nenhum direito garantido ao contratado por outras leis, notadamente o Código Civil que incorporou e substituiu o Código Comercial, sob pena de nulidade.

Para uma maior clareza, o rol das sanções previstas no art. 87 da LCC é o seguinte:

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.

Como pode-se constatar, mesmo sem especificação detalhada e vinculada dos fatos e sanções, estando tudo com sentido tão amplo, os limites de punir foram dados. Não se pode estendê-los. Não se pode fazer outra coisa senão advertir; multar ou proibir de contratar.

3. AS NORMAS PARA RETER O PAGAMENTO

É preciso colocar na mesa as normas que fazem alusão à retenção do pagamento do fornecedor em caso de falta de certidão negativa de regularidade fiscal, organizar as determinações do Tribunal de Contas da União (TCU) e detalhar em seguida a fundamentação legal que elas foram embasadas para entender como o problema foi originado.

3.1 Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)

Preliminarmente é preciso advertir que as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) devem ser acatadas por todos os órgãos da administração pública, conforme a Súmula 222, *in verbis*:

As decisões do Tribunal de Contas da união, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esta Súmula 222 se coaduna com o art. 3º da lei 8.443/92 – Lei orgânica do TCU – que determina:

Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Para salientar esse cuidado é preciso notar o art. 58 desta lei que prevê uma multa pesada a quem desrespeitar as decisões do Tribunal, notadamente no §1º:

O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

[...]

§ 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

O valor atual da multa consta na Portaria TCU nº 34, de 3 de fevereiro de 2012, que fixa seu valor máximo R\$ 41.528,52 (quarenta e um mil quinhentos e vinte e oito reais e cinquenta e dois centavos) para o exercício de 2012. Percebe-se que multas de R\$ 8.000,00

(oito mil reais) costumam ser as mais aplicadas ao consultar as atas de reuniões daquele órgão.

Isto posto, espera-se ter deixado claro que as normas do TCU são regras e o risco de desobedecer a suas decisões pode custar caro, salvo motivo justificado.

No entanto, o tema é justamente tentar entender melhor as normas criadas pelo TCU sobre a subordinação do pagamento à regularidade fiscal da empresa. Destarte, é preciso aguçar o entendimento sobre este tema de forma cirúrgica para que não se cometa mais equívocos ainda nesta seara, mas finalmente acertar.

Doravante, eis as normas pertinentes ao nosso tema por ordem cronológica.

A primeira tem origem numa representação dirigida ao TCU pela empresa RELUMI Material Elétrico Ltda alegando estar inconformada de perder licitações, notadamente na modalidade Convite, para empresas inadimplentes com o governo pela permissiva irregular do §1º do art. 32 da lei 8.666/93: *A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.* Assim, aqueles que não pagavam os impostos sempre conseguiam preços menores concorrendo deslealmente com quem estava regular.

Desta feita, ela veio requerer que lhe fosse fornecido *um parecer do TCU* com base no qual pudesse argumentar com as comissões de licitação no sentido de reverem suas posições quanto a não exigência da regularidade fiscal nas licitações da modalidade *convite*.

Assim nasceu a Decisão nº 705/94 – Plenário(P) que firmou o entendimento favorável à empresa na alínea “a”, mas também gerou “a polêmica” de todo o nosso trabalho na alínea “d”:

[...]

a) por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal - que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8666/93 -, a documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social, prevista no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8666/93 e, mais discriminadamente, no art. 27-a da Lei nº 8036/90, no art. 47-I-a da Lei nº 8212/91, no art. 2º-a da IN nº 93/93-SRF e no item 4-I-a da Ordem de Serviço INSS/DARF nº 052/92 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

[...]

d) nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da

seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior. (grifei)

Esta decisão está correta, pois a contratada precisa manter todas as condições de habilitação da licitação nos contratos de execução continuada ou parcelada durante toda a sua execução sob pena de resolução contratual ou *culpa in vigilando* do seu gestor nomeado pela administração. Esta verificação pode ser feita a qualquer momento, mas ao determinar que seja feito a cada pagamento dessa forma, insinua que a fatura não deverá ser paga neste caso.

Esta tal *insinuação* acabou gerando uma *determinação implícita* que começou a ser seguida por alguns órgãos, notadamente a Caixa Econômica Federal (CEF) que foi objeto da Decisão nº 621/01-P.

A Decisão nº 621/01-P aponta irregularidades no edital da Tomada de Preços nº 16/99 da Caixa Econômica Federal cujo objeto era um “armário deslizante para acondicionar microfilmes” e, portanto, nem sequer se tratava de contrato de execução continuada ou parcelada, *ipsis literis*:

Relatório do Ministro Relator

[...]

10. Mostraram, portanto, alguma impropriedade os seguintes aspectos do Edital

[...]

c) ilegalidade caracterizada pela previsão de sustação do pagamento de faturas, objeto do subitem 15.10 do Edital (situação analisada no item 39 de fl. 140 dos presentes autos), por falta de amparo legal (lembrando que o princípio da legalidade ao agente público impõe somente fazer o que a lei determina) para a retenção como punição em si mesma, desvinculada da rescisão contratual, motivo pelo qual releva apresentar proposta de determinação para a CEF, no sentido de abster-se de incluir, desde já, em seus editais de licitação, em geral, cláusula semelhante à de número 15.4 (mesma referência nas versões original e final), relativa à sustação do pagamento de faturas, do Edital relativo à Tomada de Preços nº 16/99, por falta de amparo legal (vis-à-vis o princípio da legalidade).

[...]

12. Em decorrência, propõe-se:

[...]

c) em todas as espécies de processos licitatórios, abster-se de inserir cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como punição em si mesma, tendo em vista que as disposições da Lei nº 8.666/93 não tratam tal providência como modalidade autônoma de apenação.

[...]

Decisão

[...]

8.2. determinar à CEF que não inclua nos editais de certames licitatórios, por falta de amparo legal:

[...]

8.2.2. cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como sanção administrativa; (sem grifos no original).

Segundo o Excelentíssimo Senhor Ministro do TCU Benjamin Zymler, subordinar o pagamento à regularidade fiscal da empresa é ilegal e se trata de enriquecimento ilícito da Administração; ele ainda não sabe porque existe gestor fazendo isso e que acreditava que o TCU já tinha posto um ponto final nessa questão com a Decisão 621/01-P (informação verbal)¹.

Em que se pese as observações do ex-presidente do TCU, o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler, até a elaboração deste trabalho ainda existe, em diversos órgãos públicos, a norma de não pagar sem as certidões negativas devido às normas seguintes que não acompanharam o mesmo raciocínio.

No histórico das normas do TCU, até esta última norma está correto e não tem culpa das interpretações equivocadas dos órgãos públicos que lhe estão sujeitos. No entanto, pode-se observar justamente o contrário no item 9.3.15 do Acórdão nº 740/2004 – Plenário decorrente da Tomada de Contas ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT) 1ª Região no exercício de 2002 que acorda:

Incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, em observância ao §3º do art. 195 da Constituição Federal.

A partir deste Acórdão nº 740/2004-P o TCU deixou explícito que era possível reter os pagamentos da contratada a *contrario sensu* dos fundamentos da Decisão nº 621/01 que tinha decidido que havia falta de amparo legal para isso.

O item 9.3.15 do Acórdão nº 740/2004-P tem relação ao contrato que tinha por objeto a *prestação de serviços de instalação e fornecimento de material para cabeamento estruturado no prédio sede do TRT/1ª Região e nos prédios das varas do trabalho do interior listadas no projeto básico*. Portanto, teria relação apenas com a Decisão nº 705/94 – Plenário que trata de contratos de execução continuada ou parcelada. Tanto é que, um pouco antes, no item 9.3.1 deste mesmo acórdão, é feita menção expressa a isso: [...] 9.3.1. *efetuar pagamentos decorrentes de obrigações assumidas mediante a verificação da situação da regularidade fiscal do credor, em observância à Decisão nº 705/94 - Plenário (Ata nº 54/94)*;

¹ Resposta do palestrante Benjamin Zymler às perguntas do participante Anderson Cardoso Silva durante a apresentação do item 5.2 *Sanções Administrativas Imputáveis ao Contratado* do Seminário Especial realizado em Recife/PE no período de 24 a 27 de agosto de 2009 com o tema *Revisando e consolidando temas selecionados de licitações e contratos* promovido pela empresa *Treide – Apoio Empresarial Ltda*. A Decisão 621/01-P consta na página nº 206 da apostila dele.

Em que se pese que o TCU já tinha decidido que não existe amparo legal na retenção do pagamento, agora se pensa que há fundamento no §3º do art. 195 da Constituição Federal. Todavia, o fundamento não tem nexos, pois distorce o sentido da Lei Maior.

Mais recentemente constata-se novos fundamentos no Acórdão 837/2008 TCU – Plenário sobre um contrato de serviços de comunicação e publicidade contraído pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO):

[...] 9.3 firmar o entendimento, aplicável a todos os órgãos/entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/95 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. (grifei)

Desta feita, pode-se notar uma certa surpresa na evolução decisória do TCU porque não há consistência no entendimento.

Para alguns, o Acórdão nº 740/2004-P revogou a Decisão 621/01-P porque ela é mais recente, segundo o critério cronológico da antinomia² com base no brocardo *lex posterior derogat legi priori* (norma posterior revoga anterior). Porém, aquela toma como base a Decisão 705/94-P que é mais antiga do que esta que estaria sendo revogada.

Destarte, de forma ligeiramente sagaz para não dizer que errou feio, o TCU deixou a entender muito implicitamente que existiria dois casos distintos: o contrato de *entrega de coisa certa (compra de material)* e o *contrato de execução continuada ou parcelada*. Esta é a única conclusão razoável a qual se pode chegar.

Sem embargo, uma norma não pode mudar sem que o seu embasamento também mude. Já dizia um dos juristas mais importantes e influentes do século XX, o austro-americano Hans Kelsen (1998, p. 16): *A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.* (grifo nosso).

Como o embasamento da Decisão 621/01-P não mudou até hoje, não se pode ter uma nova norma, como o Acórdão 740/04-P, tratando a mesma questão com normativo diferente. Destarte, de um jeito ou de outro parece que fica demonstrado que o TCU comprometeu o princípio da segurança jurídica.

² Antinomia é uma técnica de solução de conflito normativo entre duas normas válidas.

Não pode-se aplicar uma interpretação retroativa de um mesmo tema a não ser que o ato tenha sido praticado com inobservância da lei (que não foi o caso da Decisão 621/01-P, muito pelo contrário). Pode-se ver a boa lição que ensina Di Pietro (2009, p. 84) sobre segurança jurídica:

Como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa idéia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe, entre os critérios a serem observados, “*interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação*”.

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

O princípio tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos.

A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois via a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. [...] Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo. (grifo nosso)

Parece até que Di Pietro escreveu para este tema por encomenda.

Segundo Fernandes (2008, p. 577), *esse é um princípio que guarda estreita relação com o princípio da legalidade e possui a importante eficácia de dar aos cidadãos a convicção de que determinadas relações ou situações jurídicas não serão modificadas por motivos circunstanciais*.

Por isso mesmo é preciso se ater a esticar um pouco mais a citação da Decisão 621/01-P para explicitar os fundamentos do Relatório do Ministro Relator que embasaram a decisão final do Plenário propositadamente para expor esta certa incompatibilidade da evolução de um mesmo assunto. Os princípios da legalidade e proporcionalidade serão tratados nas contra-razões mais adiante.

Pode-se ver como o TCU vem se posicionando sobre o assunto com a leitura da Ata nº 26 de 21 de julho de 2004 do TCU, descobre-se que o entendimento deles é que o *espírito da lei* da Carta Magna quer dizer mais do que o exteriorizado textualmente nela e que não se deve prender-se apenas no momento da contratação, mas durante toda a execução do contrato: empenho, assinatura do contrato, pagamentos, Termos Aditivos etc. Na sessão em que esta ata foi lavrada tratou-se do Processo TC nº 007.931/1999-9 (Tomada de Contas do TCU) contra alguns empregados do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER que deixou registrado o seguinte:

10. Entre os dispositivos infringidos está o art. 195, I, § 3º, da CF, que prevê recursos para a combalida previdência pública e não deve passar sem a atenção dos gestores públicos. A recorrente tenta interpretar este artigo como se ele restringisse apenas o ato inicial da contratação. Ocorre que na contratação continuada ou parcelada, para se obedecer ao mandamento constitucional, é necessário que seja mantida a exigência, ao longo do período de serviço ou da contratação. A interpretação deve visar ao espírito da lei, que liberta, enquanto a simples letra aprisiona. Não poderia ser intenção do legislador que a empresa contratada estivesse quite com a previdência apenas no momento pontual da contratação, ou da simples assinatura do papel; não tendo a preocupação de aferir a regularidade ao longo do período contratual. Assim, a Decisão TCU nº 705/94-P não inova sobre o texto constitucional, apenas esclarece. (grifo nosso)

É importante salientar que esta situação foi justamente de empregados públicos que pagaram faturas sem certidão negativa. Pode-se perceber que a interpretação isolada deste parágrafo extraído é perfeita e está correta. No entanto, ao juntar as peças percebe-se que uma coisa atropela a outra, pois dizer que a empregada (neste caso) não deve pagar a fatura de uma obra só porque a empresa ficou irregular com os tributos seria um tremendo abuso do poder de império. Veja que o DNER não quis rescindir o contrato da obra; o TCU queria que ela fosse realizada de graça? Culpado é quem não rescindiu o contrato ou pagou a medição da obra realizada?

Veja como a defesa da tesoureira foi atropelada pela análise do TCU citada no item 10 visto anteriormente:

4. Continua, dizendo que desconhecia a Decisão TCU nº 705/94-P, mas alega que a Constituição Federal, no art. 195, faz exigência diferente, referindo-se apenas à contratação e não à execução do contrato. Argumenta que se não fossem realizados os pagamentos, haveria paralização dos serviços. Alega que, se os serviços foram executados, não haveria outra alternativa senão pagá-los. Exemplifica dizendo que se o contratado vier a se tornar inadimplente após a contratação, no decorrer da execução, resta à Administração pagar pelos serviços e, imediatamente, adotar medidas de rescisão contratual, uma vez que o contratado deixou de deter o estado que apresentara em sua habilitação, conforme art. 59 da Lei nº 8.666/93. Diz ser esse o entendimento contido no doc. 3 que é um parecer da procuradoria

geral do DNER, referente a sugestão da Associação Brasileira de Consultores de Engenharia (ABCE) que transcreve a orientação do Sr. secretário de controle interno do MEC interpretando a IN MARE nº 05/95-SICAF, anexo ao recurso.

Veja como foi cabal a defesa da tesoureira, pois ela se justificou na lei com os argumentos certos. No entanto, o TCU ignorou e insistiu:

22.Quanto a dizer que o interesse da sociedade é o da entrega da obra, isso não faz sentido, por não ser tão simplista assim o assunto. Quando se trata de coisa pública, há que verificar os meios e não somente o fim. Nessa direção, a lei deve ser cumprida à risca, sob pena de sanção. Não se pode praticar ilegalidades com o propósito de concluir a obra, por exemplo. Baseado nesta análise, não consideramos elididas as irregularidades praticadas pelo recorrente.

Desta feita, com todo o respeito, mas parece que o TCU está *escrevendo torto por linhas certas* e se mantém firme em dizer que pagar uma medição de obra realizada é ilegal se a empresa estiver irregular com os tributos. No entanto, é por bem acreditar que para entender o *espírito da lei* deve-se interpretar a coisa de forma sistêmica conjugando-a com outras leis e princípios e procurar um denominador comum *por não ser tão simplista assim o assunto*, assim como está sendo demonstrado neste trabalho.

Aliás, as normas gerais de licitação da Lei 8.666/93 que regulamenta o *espírito da lei* da Carta Magna não previram a retenção de pagamento como sanção. Portanto, como poderia o TCU falar em ilegalidade neste caso? É de bom alvitre que o *Imposto sobre grandes fortunas* previsto na Constituição de 88 até hoje nunca foi cobrado no Brasil porque jamais foi regulamentado. Neste caso, com o merecido respeito, demonstra-se que o TCU parece estar bem equivocado.

Precisa ficar bem claro aqui que a regulamentação da licitação (Lei 8.666/93) compreendeu perfeitamente o *espírito da lei* da Carta Magna e proibiu a Administração de manter contrato com empresas que não mantivessem as mesmas condições de habilitação da licitação, culminando em advertência; multa; rescisão do contrato; suspensão de até dois anos com a Administração e declaração de inidoneidade de até cinco anos com a Administração Pública. Não previu que a Administração deveria deixar de pagar o que compra jamais. Não é possível conseguir entender o conceito de legalidade do TCU neste caso.

Vale salientar que *incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos* ou a *possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal*

concederia de forma inexorável um poder discricionário extraordinário e indevido ao empregado público, pois o que impediria dele se utilizar disto de forma inescrupulosa? O que o impediria dele vestir outras coisas ilícitas com a roupa da legalidade; *impor dificuldades para cobrar facilidades*; sair criando condições sem previsão legal, da mesma forma, dentro dos editais e contratos? É de acreditar que esta atitude de *dourar a pílula*³ representa um risco severo ao interesse público.

3.2 Fundamentação legal das normas do TCU sobre o tema

É preciso observar os fundamentos que o TCU está utilizando para estudá-los melhor e tentar enxergar mais de perto a situação. Portanto, este tópico estará registrando os diplomas legais sobre a exigência da regularidade fiscal.

O art. 195, §3º, da Constituição Federal citado na Decisão nº 705/94 e no Acórdão nº 740/04 diz o seguinte:

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. (grifo nosso).

Alguns exemplos de benefício são encontrados na LC nº 123/06 que dá preferência de contratação às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte: empate ficto; dispensa de Balanço Patrimonial para compras e comprovação de regularidade fiscal postergada. Incentivo Fiscal: SIMPLES NACIONAL; Lei Kandir (LC nº 87/96). Creditício: Microcrédito para atender a pequenos empreendimentos etc.

Tem que ficar claro aqui que benefício, incentivo fiscal ou creditício não tem relação nenhuma com pagamentos de gastos públicos oriundos da Lei de Licitação e Contratação.

No Acórdão nº 837/2008 TCU – Plenário, é destacado como fundamento o art. 2º da Lei nº 9.012/95 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, então observa-se o seguinte:

Art. 2º As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública. (sem grifos no original).

³ Apresentar algo difícil ou desagradável como coisa fácil de aceitar.

Antes de prosseguir, é mister registrar que a ementa desta lei nº 9.012/95 se dirige às Instituições Oficiais de Crédito. Notadamente, o Banco do Brasil S/A e demais instituições financeiras credenciadas pelo Banco Central do Brasil (BACEN) nos termos da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), conforme o decreto nº 94.444/87 (TESOURO Nacional, 2010). Isto é, tem relação a incentivo creditício para fomento da economia.

Em seguida aparece o inciso III e IV do art. 29 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações, Compras e Contratos – LCC) que reza os pré-requisitos de habilitação da empresa relativos à regularidade fiscal que devem ser analisados na sessão pública de julgamento da idoneidade dos fornecedores. Registre-se que este é o momento da contratação, enquanto que, nosso tema repousa no momento após a contratação.

Só depois que é contratado, o fornecedor tem o dever de executar o objeto e o direito de receber o pagamento em sucessão. No entanto, este artigo é conjugado com o inciso XIII do art. 55, *in verbis*: 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. (grifo nosso). Por esta análise sistêmica pode-se concluir apenas que não é possível manter um contrato com a administração sem a manutenção das condições de habilitação, pois culminará na resolução contratual.

Até este momento pode-se concluir que o embasamento da norma vigente do TCU deixa textualmente clara a proibição de contratar com o Poder Público, mas esta fase é um momento anterior à nossa discussão, pois só depois de contratado é que o fornecedor vai cumprir a sua parte e esperar que seja pago. Destarte, é mister ressaltar que nossa discussão reside no momento do pagamento, mas o embasamento do TCU se fixa no momento da contratação, portanto há um certo desencontro entre os motivos de fato e de direito do Acórdão nº 837/2008 TCU – Plenário.

3.3 Alegação de outros diplomas legais

Comumente se vê citações de outros diplomas legais tentando fundamentar a retenção do pagamento, como a lei nº 8.036/90 e a lei nº 8.212/91 sobre a regularidade fiscal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), respectivamente. Mas, será que a interpretação está correta?

Em nosso caso, para fazer a elucidação necessária, não há nada melhor do que citar as próprias leis, portanto, para começar, é preciso observar em que termos se dão à

exigência da regularidade fiscal do FGTS conforme a Lei Federal 8.036, de 11 de maio de 1990, que trata a matéria:

Art. 27 A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações:

a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município;

É de uma clareza solar que esta lei determina uma regra específica para o momento da contratação, ou seja, na sessão pública de licitação para julgamento da habilitação dos interessados, o que afasta a possibilidade de ter qualquer relação com o nosso tema que está fixado no momento pós-contratação, mais especificamente após o adimplemento do objeto contratual do contratado.

Na seqüência, pode-se observar a exigência da regularidade fiscal do INSS conforme a Lei Federal 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o objeto:

Art. 47 É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

I - da empresa:

a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele;

Aqui existem as mesmas condições do regramento anterior e, portanto, as mesmas contra-razões devem ser consideradas, exceto no que tange a vedação a benefícios ou incentivo fiscal ou crédito que são atos de liberalidade e não tem nenhuma relação com um contrato bilateral oneroso, pois são vantagens concedidas por lei pelo governo como instrumentos de desenvolvimento microeconômico. Ilustra-se a situação a seguir.

Como incentivo fiscal tem-se a Lei Complementar nº 123/2006 (LC 123/06) - Estatuto da Micro Empresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP) e a Lei Complementar 87/1996 – Lei Kandir, por exemplo. A primeira institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (Simples) para as MEs e EPPs que consiste num único e reduzido imposto, enquanto que, a segunda, desonera o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para estimular os setores produtivos voltados à exportação e favorecer o saldo da balança comercial.

Como incentivo crédito tem-se os programas de fomento da agricultura e agro-indústria que estão contidas nas operações oficiais de crédito já explicadas anteriormente. Tem-se também o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO) concedido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) por meio

do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) com o objetivo de incentivar a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares, instituído pela Lei nº 11.110/2005.

Como benefício, tem-se a preferência de desempate das MEs e EPPs em relação aos demais fornecedores, assim como, a comprovação da regularidade fiscal apenas para efeito da assinatura do contrato nas licitações públicas, instituídos pela LC 123/06 entre os arts. 42 e 49. Curiosamente, em nenhum momento deste diploma legal é exigida a comprovação de regularidade fiscal com o INSS para garantir acesso a tais benefícios em respeito ao §3º do art. 195 da CF c/c art. 47 da lei 8.212/91. Aliás, cria-se um conflito porque estas empresas não poderiam comprovar a regularidade fiscal do INSS também no momento da assinatura do contrato, pois tal requisito seria condição *sine qua non* ao acesso a este benefício. Desta feita, só a comprovação da regularidade fiscal dos Tributos Federais e Dívida Ativa da União e do FGTS poderia ser dada na oportunidade da assinatura do contrato.

4. CONTRA-RAZÕES E FUNDAMENTOS PARA NÃO RETER O PAGAMENTO

As contra-razões serão divididas em 2 (duas) partes: os motivos de fato e os de direito. Esta será subdividida em leis, princípios, padrões contábeis e comerciais, doutrina e jurisprudência.

4.1 A configuração do quadro com os motivos de fato

Para ilustrar didaticamente a situação, observa-se o seguinte quadro: no momento da contratação a empresa atendia todas as condições de habilitação e a proposta foi a mais vantajosa para a administração estando de acordo com as especificações do Termo de Referência e dentro dos preços praticados no mercado. Desta feita, o objeto é adjudicado ao vencedor do certame e o processo de licitação homologado e publicado no Diário Oficial da União. Destarte, celebra-se um contrato entre as partes classificado como Bilateral, Oneroso e Real e cada uma se obriga reciprocamente a dar ou fazer alguma coisa, quando ambas as partes transferem direitos. Daí materializa-se um ato jurídico perfeito. Então, há a tradição da coisa, o Bem é entregue ou o serviço prestado, todas as especificações solicitadas do objeto contratual são atendidas e atestadas pelo Gestor e Fiscal nomeados pela instituição. A contratada adimpliu a sua parte e espera, na boa-fé, que é um dever de conduta dos contratantes, que o contratante adimplirá a sua, pois sabe também que nenhum dos contratantes haverá de participar do contrato para dele obter enriquecimento ilícito. Neste momento e nestas condições é possível a outra parte invocar um pretexto para não pagar a quem está devendo? Isto é o que a administração está fazendo quando não paga o fornecedor porque no momento do pagamento ele não detém as Certidões Negativas de Débito (CND) de Tributos Federais e Dívida Ativa da União; a CND do INSS e a Certidão de Regularidade do FGTS.

Na prática, a administração mantém o contrato com o fornecedor inidôneo deixando de pagar as prestações até que aquele regularize sua situação, tornando-se inidônea também, pois a ela é proibido manter este contrato, mas enquanto a contratada estiver prestando o serviço adequadamente ela terá o direito em lei da devida contra-prestação, portanto a Administração acaba usufruindo o contrato com má-fé sob o velho pretexto de que não pode *sofrer solução de continuidade*.

Isto acontece porque rescindir um contrato dá muito trabalho e transtorno para a administração, pois normalmente implica em um processo administrativo para rescisão e punição da contratada e deflagração de um novo processo licitatório.

O devido processo legal para rescindir um contrato e punir a empresa implica em garantir o direito do contraditório e ampla defesa da contratada que antes disso tem que ter sido advertida e multada sem sucesso para só então culminar nesta sanção, tornando-se num procedimento trabalhoso e lento, pois cada ação precisa conceder um prazo razoável para ser correspondida.

Já o processo licitatório é mais penoso ainda porque constitui-se num longo rito processual que sempre trava na pesquisa de mercado porque as empresas simplesmente não colaboram adequadamente. Alguns órgãos determinam que o processo licitatório deva começar com 150 (cento e cinquenta) dias de antecedência, mas na prática pode demorar até mais.

Por outro lado, está certo a administração pagar uma contratada que está devendo impostos? Por que o fornecedor não parcela as suas dívidas para obter uma certidão positiva com efeitos de negativa e atender esta condição para receber o pagamento? Estes pensamentos costumam defender a retenção, mas não passam de opinião particular e, portanto, fere o princípio da impessoalidade.

Todavia, não há o que a administração se preocupar com o dinheiro dos impostos, pois todos eles podem e devem ser retidos na fonte e liquidados em conjunto com o principal. Este sim é o meio adequado para se atingir este fim: a retenção dos impostos.

4.2 Motivos de direito

É preciso pensar sistematicamente com todo o ordenamento jurídico e princípios basilares de direito para tomar uma decisão justa, não se pode simplesmente entender a norma com nossa opinião pessoal.

Conforme determina o art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, Decreto-lei nº 4.657/42: “São fontes de direito: as Leis, a analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito”.

Segundo Gasparini⁴ (2009, p. 27) fonte do Direito Administrativo é o conjunto de modos pelos quais esse sub-ramo do Direito Público é formalizado. Ensina ainda que fonte é o lugar de onde brota, através da terra, a água [...] é o ponto de partida para alguma coisa [...] é a exteriorização do Direito ou a sua formalização.

Gasparini (2009, p. 27) ensina que as fontes de Direito separam-se na espécie escrita e não escrita. As escritas são os diplomas legais (Constituição, Lei, Decreto etc.), enquanto que, as não escritas são a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais de direito.

Porém, Gasparini (2009, p. 27-28) alerta que não há entendimento unânime entre os autores, pois uns incluem, outros não, a *doutrina* como forma de exteriorização do Direito, isto é, como fonte. Aduz ainda que *alguns entendem que a Administração Pública, em razão do princípio da legalidade, não pode fundamentar seus atos na jurisprudência, nos costumes ou na doutrina. Para estes só há uma fonte do Direito Administrativo: a lei.* Então, para alguns autores nosso tema fica bem simplificado, pois se não está previsto em lei condicionar o pagamento à regularidade fiscal, isto então é ilegal e proibido, ponto final.

No entanto, a própria lei estabelece que seria extremo demais o gestor se ater apenas nas espécies *escritas* ao exarar o dever de obediência às espécies *não escritas*, conforme pode-se observar no art. 2º da Lei 9.784/99:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (grifos nossos)

A própria Lei 8.666/93, no art. 3º, também ensina obediência às espécies *não escritas*:

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.

Nesta esteira, negar as espécies *não escritas* é negar a análise de cada caso concreto e o exercício da interpretação das normas. É negar o exercício da função de confiança (ou cargo) que o povo, mais que a Instituição Pública em si, concedeu ao agente público para fazer justiça na medida certa que cada caso merece. Com o devido respeito

⁴ Advogado. Mestre e doutor pela PUCSP. Larga experiência na Administração Pública direta e indireta e no

merecido para o caso, pode-se acreditar que sem as espécies *não escritas* estaria sendo criado um berço para quem não sabe ou não quer trabalhar. Inadmissível.

Assim constata-se que a própria lei cita obediência aos princípios e dos que lhe são correlatos. Ora, os Tribunais Judiciais, em contradição de *jurisprudência*, estão acima dos Tribunais Administrativos (TCU, CGU etc.), portanto seria demasiada irreverência e estupidez do gestor ignorá-las também, visto que o primeiro tem competência de anular o ato do segundo se estiver eivado de vício; ou seja, não adianta fazer pela metade (aplicando a lei sem interpretar a situação) e ferir direitos de terceiros, pois será em vão.

Desta feita, demonstra-se claramente que é imperioso aceitar as espécies de fonte *não escrita* de Direito na Administração Pública. Destarte, também em respeito ao princípio da eventualidade (na possibilidade da contradição), pode-se valer de toda exteriorização do Direito para atacar o tema, seja na espécie *escrita* ou *não escrita*.

4.2.1 Diplomas legais

Pode-se advertir que o novo Código Civil (CC) substituiu o antigo Código Comercial e, como trata-se de transações comerciais entre o governo e o particular, várias menções serão feitas a ele.

Segundo o art. 105 do CC, a administração não pode invocar pretexto para não pagar a quem está devendo. É o que pode-se perceber claramente em seu texto legal:

A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum. (grifei)

Seguindo a fundamentação, a negativa de invocar pretexto para descumprimento contratual também se coaduna com o art. 422 do CC, pois o instrumento contratual é presumido de probidade e boa-fé, textualmente: *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

Tome-se por hipótese um contrato cujo regime de execução fosse “fornecimento integral”, situação em que o contratado deve entregar o material dentro de 30 (trinta) dias, então não resta alternativa senão pagar o que a administração já recebeu como se percebe do texto, conforme se vê, no art. 481 do CC: “Pelo contrato de compra e venda, um dos

contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro". (grifos nossos).

Desta feita, está claro como o sol que se o fornecedor entregou e a administração atestou o recebimento, esta terá que honrar sua contrapartida. É o Direito Comutativo, recíproco.

A propósito, a única coisa que a administração pode deixar de pagar é aquilo que a empresa não cumpriu, conforme o brocardo *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), fundamentado nos arts. 476 e 477 do CC, *in verbis*, respectivamente:

Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Neste raciocínio, se o fornecedor entregou 1.000 (mil) cadeiras, mas 100 (cem) delas estavam danificadas, então a administração deverá glosar o valor das 100 (cem) cadeiras no processo de pagamento, pagar apenas as 900 (novecentas) e devolver as defeituosas. Se o fornecedor se comprometer a trazer outras 100 (cem) cadeiras sem defeito, após tê-las entregues e recebidas sem reclamação, deverão ser pagas naturalmente. Qualquer coisa fora disso está além do acordo das vontades e em desacordo com a lei.

Toda licitação gera um contrato. Mesmo quando a compra é dispensada, inexigível ou verbal (regime de adiantamento, suprimento de fundos ou cartão corporativo), pois existe um contrato tácito, um negócio jurídico implícito, e a administração passa, inclusive, a ser proprietária do Bem que recebeu, conforme o art. 1.267 do CC, *ipsis literis*: *A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição*.

Desta feita, fica bem lúcido que após adimplir a sua parte, o fornecedor pode exigir o implemento da administração, pois inclusive já transferiu sua propriedade dos Bens àquela pela tradição da coisa e não resta mais nenhuma obrigação futura da contratada a ser executada, ou seja, a parte do contrato que incumbe a empresa acaba aí.

Nos contratos de serviços continuados, obras e fornecimento contínuo (entregas parceladas) é que a norma do TCU tem um certo sentido, pois neste caso é preciso monitorar a manutenção das condições de habilitação da contratada para manter o contrato, conforme o inciso XIII do art. 55 da LCC supra, ou seja, se a administração não pode manter um contrato

com um fornecedor que não mais detém certidões de regularidade fiscal, deve rescindir este contrato.

Com a falta da manutenção das condições da contratação, a rescisão deve ser aplicada só após a empresa ter sido advertida e multada, conforme o rol das sanções previstas no art. 87 da LCC conjugada com o princípio da proporcionalidade como já foi visto em outro capítulo.

Veja que neste rol não há qualquer previsão legal de reter o pagamento por qualquer motivo, portanto este ato fere o princípio da legalidade porque ele não está previsto na Lei de Contratações e Compras do governo. Aliás, em lei nenhuma.

O fundamento do art. 173, §1º da CF, bem como o inciso II do dispositivo mencionado, é crucial para as empresas do governo que exploram atividade econômica, pois se pode perceber que elas devem ser tratadas como empresas comuns.

§1º, CF - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (o grifo não consta no original)

É notória nesta passagem a força que ganha os fundamentos deste trabalho com base no Código Civil⁵ sobre o tema, especificamente nos casos das empresas públicas, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, pois determina que estas se sujeitem ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, colocando-as em pé de igualdade entre as empresas contratadas na relação comercial, notadamente para evitar que as prerrogativas que o governo goza deflagre uma concorrência desleal no mercado.

Restou apenas o *espírito da lei* para o caso em comento. Segundo Di Pietro (2009, p. 59): [...] *Não deixou qualquer opção à Administração Pública e nem mesmo ao legislador; quando este instituir, por lei, uma entidade para desempenhar atividade econômica, terá que submetê-la ao direito privado*. Desta feita, todas as leis que se aplicam ao direito privado, como as fundamentadas nesse trabalho, alcançam a tal empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica e igualmente estão subordinadas às normas do TCU.

⁵ O novo código civil incorporou o antigo código comercial e o revogou.

Se a administração não pagar o que deve estará se locupletando ilicitamente, conforme art. 884 do CC, *ipsis literis*: *Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*

Em síntese: A falta de pagamento por Bem entregue ou serviço prestado caracteriza enriquecimento sem causa da administração, conforme arts. 884, 481 e 594 do CC c/c art. 173, §1º, II da Constituição Federal, assim como, no tão presente senso comum de nosso povo baseado na fonte de Direito dos *usos e costumes*⁶: *quem compra e não paga é caloteiro, velhaco...* Enfim, *permissa venia*, isso é moral? Este seria o *espírito da lei*?...

4.2.2 Fundamentação nos Princípios

Primeiramente seria interessante avivar a semântica da palavra “princípio” no universo jurídico por meio do Excelentíssimo Senhor Doutor Juíz Jessé Torres Pereira Júnior que ensina:

Princípio é a proposição geral e abstrata que orienta determinado sistema, de modo a compatibilizar as partes que o integram. “Depois de induzidos os princípios, o sistema a que se referem ganha em clareza e unidade, qualidades imprescindíveis para as tarefas de interpretação e aplicação das normas por ele informadas” (MOREIRA NETO, 1989, p.69 apud PEREIRA JÚNIOR, 1995, p. 33).

Princípio também é uma fonte oficial de direito coroada pelo art. 4º da LICC.

Pode-se citar alguns princípios que cortam o tema como o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, proporcionalidade, supremacia do interesse público sobre o privado etc.

Assim, se reter o pagamento é uma “sanção” que não está prevista em lei, então ela fere o princípio da legalidade, pois o agente público só pode fazer o que está previsto em lei. Segundo Silva (2003, 1º de março), o *princípio da legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa*. Destarte, tampouco seria daquele que fiscaliza, como o TCU.

Este princípio está fundamentado de forma textual em nosso sistema jurídico, fixado no mais alto escalão, no inciso II do art. 5º, *ipsis literis*: *II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

⁶ Os *usos e costumes* é uma fonte de direito consagrada pelo art. 4º da LICC.

Desta feita, se a administração só pode fazer o que a lei determina, não poderia subordinar o pagamento à regularidade fiscal, pois tal norma teria sua validade abalada pela teoria da nulidade desde o início, conforme Gomes (2010, 8 de março):

A *teoria da nulidade* assevera que o ato normativo inconstitucional tem sua validade abalada *ab initio*, sendo ato que já nasceu viciado e, portanto, insuscetível de gerar qualquer efeito válido, sendo que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter meramente declaratório, certificando a incompatibilidade vertical entre o ato fiscalizado e a Constituição e, por corolário, gerando efeitos *ex tunc* (efeitos retroativos).

Além disso, o art. 54 da Lei de Licitações e Contratos reza que se aplicam supletivamente a teoria geral dos contratos e disposições de direito privado, vinculando o brocardo *pacta sunt servanda* (cumpram-se os contratos) ao princípio da legalidade, ou seja, tanto a Administração quanto a empresa contratada são obrigados a cumprir fielmente o objeto pactuado, conforme Pereira Júnior (1995, p. 332):

[...] Vincula-se ao princípio da legalidade porque não afasta, antes confirma, que também os contratos celebráveis pela Administração seguem o axioma, inscrito na teoria geral dos contratos, do *pacta sunt servanda*, que tanto obrigará o particular contratado quanto o ente ou a entidade contratante à fiel observância do pactuado, como se lei fora entre os contraentes.

Percebe-se que o objeto é a tônica do contrato e a alma do negócio porque lá está estabelecida a vontade dos contratantes acordada. A forma como se dá o contrato, segundo Costa (2004, p. 22), *se entende como a figura exterior sobre a qual se manifesta a vontade*. Destarte, pode-se entender que jamais uma *figura exterior sobre a qual se manifesta a vontade* poderia ser mais importante do que a própria vontade. Portanto, se foi saciada a vontade de uma parte, então teria que saciar a contraparte.

No entanto, *data venia*, vem o distinto TCU orientar que se coloque cláusula nos contratos subordinando o pagamento à regularidade fiscal da contratada para, quiçá, *dourar a pílula* e tentar contornar a ordem da lei. Mas, segundo Pereira Júnior (1995, p. 332-333) tal coisa não pode prosperar porque fere o princípio da impessoalidade visto que as cláusulas do contrato devem decorrer de comando legal e não de ato administrativo que, aliás, seria proibido com toda razão, confira:

[...] Vincula-se ao princípio da impessoalidade porque aquelas cláusulas e condições, de presença necessária em todo contrato da Administração, decorrem de comando legal, e, não, de ato administrativo; vale dizer que decorrem de norma geral, abstrata e impessoal, como soem ser todas as disposições de lei, defeso à administração instituir normas regulamentares ou contratuais que contornem a ordem da lei, ou que, pior, favoreçam interesses particulares ou atendam a circunstâncias personalizadas. (grifos nossos)

Assim, na *opinio iuris doctorum*⁷ do Excelentíssimo Jessé Torres Pereira Júnior, pode-se sintetizar que colocar cláusula ilegal em contrato não teria jamais o condão de validá-lo, sendo nulo de pleno direito. Na mesma esteira do princípio da moralidade Gasparini (2009, p. 10) concorda que [...] *veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e boa-fé.*

Todavia, há quem diga que é imoral uma empresa do governo pagar um fornecedor que está devendo impostos. Será? O princípio da moralidade reza que a administração tem que atuar na conformidade de princípios éticos e violá-los implica violação ao próprio Direito. Compreendem-se nele os princípios da lealdade e boa-fé. Está fundamentado nos arts. 37, caput e §4º, 85, V e 5º, LXXIII da Constituição Federal.

Assim, a grosso modo, imoral é tudo aquilo que não se espera que alguém faça. Então, conforme fundamentos de direito constantes no CC já explicados neste trabalho, a empresa espera ser paga pela vontade saciada do acordo, pois acredita que a administração vai atuar na conformidade dos princípios éticos baseados na lealdade e boa-fé, pagando a despesa incorrida. Portanto, seria imoral alegar pretexto para não cumprir a sua parte do acordo, conforme diz Costa (2004, p. 24):

[...] boa-fé é um dever de conduta dos contratantes, de acordo com o art. 422 do Código Civil, significando com isso que nenhum dos contratantes haverá de participar do contrato para dele obter enriquecimento ilícito. A boa-fé é cláusula geral cujo conceito exige preenchimento pelos juízes quando da análise de cada caso que lhes é submetido. (original sem grifos)

Segundo as riquíssimas opiniões de Pereira Júnior (1995, p. 333) a Administração não poderia acolher a orientação do TCU para formular uma exigência violadora de direitos subjetivos do particular porque tal desequilíbrio afrontaria todo o sistema e a moralidade que deve presidir a condução dos negócios públicos, *in verbis*:

[...] Vincula-se ao princípio da moralidade porque, ao inserir os contratos da Administração no sistema jurídico brasileiro (tanto que se refere a “preceitos de direito público”, a “princípios da teoria geral dos contratos” e a “disposições de direito privado”), o artigo condena, expressa e formalmente, qualquer situação de desequilíbrio na relação contratual que venha a desatender ao interesse público ou a formular exigências violadoras de direitos subjetivos do particular. Um tal desequilíbrio afrontaria todo o sistema e a moralidade que deve presidir a condução dos negócios públicos.

Mas, ainda assim, por isso mesmo, restam pessoas alegando que *não se espera* que a Administração vá pagar uma empresa que está devendo impostos. Pergunte a ela por quê? Ela vai te responder apenas o que acha e, talvez, até calcada em alguns fatos, mas sem

⁷ “Opinião jurídica dos doutores”.

nenhuma base jurídica, sem nenhuma impessoalidade. Então, que seja anátema todos e quaisquer *achismos* sem pressuposto jurídico por via de justiça!

Subordinar o pagamento à regularidade fiscal não guarda uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar. Segundo Di Pietro (2009, p. 80):

O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre os meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); [...] (grifo nosso)

Atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.

A regularidade fiscal dos tributos federais e do INSS são de competência da Receita Federal do Brasil, enquanto que, o FGTS do Conselho Curador do FGTS. Estes são aqueles que devem propugnar pela execução das dívidas das empresas inadimplentes com seus tributos tomando as medidas que se fizerem necessárias.

Até se pode defender a idéia de que seria um pouco mais razoável fazer o pagamento em juízo para que a instituição cumpra o acordado, as dívidas tributárias sejam pagas e a contratada receba a diferença (se houver ainda diferença). Mas, o que acontece é que ninguém paga nada a ninguém; todo mundo continua devendo a todo mundo; e, no final, tudo fica por isso mesmo. Pasmem!

Outro meio para garantir os tributos seria retê-los na fonte, pois isso é um meio legal para garantir os fins. As dívidas tributárias anteriores dele continuariam – é verdade-, mas vale lembrar que impediriam uma nova contratação com a Administração até que fossem sanadas.

Existe ainda o princípio de que ninguém pode se valer da própria torpeza que se configura quando a administração deve rescindir o contrato e não o faz, usufruindo dele sem pagar sob o pretexto da regularidade fiscal. Esta situação quase sempre acaba ricocheteando de volta na própria instituição por meio de causas *in litisconsorti* de empregados da contratada com a contratante, conforme manchete na Folha de S. Paulo (*apud* Congresso em foco, 2009): *governo federal é réu em cerca de 10 mil ações de cobrança de dívidas trabalhistas de*

empresas terceirizadas que depois quebraram ou desapareceram, deixando a dívida para a União.

É de bom alvitre que quando um ato gera prejuízo ao erário, torna-se uma improbidade administrativa cuja responsabilidade deve ser apurada.

Não se pode esquecer do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois a menudo é utilizado indevidamente.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular reza que sempre que houver conflito entre os interesses, há de prevalecer o coletivo. É sempre resultado de um ato unilateral, mas uma contratação pública é um ato bilateral. Portanto, incompatível de ser aplicado no caso em comento.

Dentro deste tema, princípio da supremacia, é conveniente salientar que sempre que há sacrifício do Direito de alguém é responsabilidade pública nivelar os prejuízos, isto é, esta prerrogativa do Estado é compensada com a indenização do particular. Jamais, poderia o Estado, ser incoseqüente. Desta feita, com base na supremacia a Administração pode rescindir o contrato unilateralmente, mas terá que indenizar a contraparte pelas prestações cumpridas do objeto contratual até então. Isto seria o correto.

4.2.3 Fundamentação nos padrões contábeis e comerciais

Não se pode olvidar os velhos conceitos básicos do objeto da Contabilidade, o Patrimônio: Bens, Direitos e Obrigações. Tais conceitos são fundamentais para entendermos uma relação comercial.

Numa relação comercial, motivo transacional da demanda por moeda, há duas situações: a venda à vista ou a prazo. No primeiro há uma simples troca de Bens: dinheiro por mercadoria, enquanto que, no segundo caso, o vendedor contrai um Direito a Receber (Ativo) e o comprador, uma Obrigaçã o a Pagar (Passivo). Fabretti⁸ (2001, p.34) ensina o que é “Obrigaçã o” de direito privado, suas causas e conseqüências:

Se a entidade compra mercadorias a prazo, forma-se uma relação jurídica (Obrigaçã o) em que o credor é o fornecedor, o devedor é a entidade, o objeto é o pagamento do preço da compra da mercadoria no prazo ajustado e a causa é a vontade das partes que livremente fizeram este negócio.

Se a entidade não pagar o fornecedor, sofrerá açã o dele, que poderá protestar o título, promover a cobrança judicial e até pedir a falência da entidade.

⁸ LÁUDIO CAMARGO FABRETTI é contador (PUC-SP); advogado (USP); professor da PUC-SP; consultor jurídico-contábil; escritor; vencedor de medalha de honra ao mérito contábil pelo CRC-SP e é membro honorário do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT).

É de bom alvitre que as empresas públicas que exploram atividade econômica terão regime jurídico de **direito privado**, conforme o espírito da lei previsto no inciso II do §1º do art. 173 da CF.

A contabilidade é obrigatória a todas as empresas, conforme o art. 1.179 do CC, *in verbis*:

O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Se uma empresa vende para o governo, debitará sua Conta *Contas a Receber* do Ativo Circulante do lado esquerdo do Balanço Patrimonial (BP) onde figuram seus Direitos.

O governo também é obrigado a seguir um sistema de contabilidade, conforme arts. 83 a 89 da Lei nº 4.320/64, que ora realiza por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) implantado em 1987 pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) em conjunto com o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO). Naturalmente, nele existem Contas do Ativo e do Passivo.

Se o governo compra, creditará sua Conta *2.9.2.4.1.01.01 Empenhos a Liquidar* do Passivo Circulante que figura do lado direito do BP onde figuram suas Obrigações.

Na liquidação, que ocorre mediante a Nota Fiscal da entrega do material ou da prestação do serviço devidamente atestada por um gestor e fiscal do contrato nomeado pela Administração, haverá lançamento contábil para outra Conta do Passivo classificada no grupo *2.1.2.1.0.00.00 Obrigações a Pagar*. Este valor estará lá nesta Conta até o terceiro estágio da despesa pública que é o pagamento.

É de bom alvitre que as despesas legalmente empenhadas pertencem ao exercício financeiro e, caso ultrapassado, ficam inscritas em Restos a Pagar para o exercício seguinte e serão canceladas pelo SIAFI se não forem pagas nele. Desta forma, o Balanço poderá demonstrar um falso Superávit do governo; pois, todavia permanece o direito do credor que poderá buscar os seus direitos na justiça e, tendo o recurso sido cancelado, forma-se outra confusão, pois como iria pagar?

4.2.4 Doutrina

Segundo Justen Filho (2000, p. 621), não deve existir discricionariedade para imposição das sanções porque tanto ela como a “hipótese de incidência” dela devem estar

dispostas em lei. Assim, critica até as sanções previstas no art. 87 da LCC porque ele não determina quando aplicá-las e, portanto, estaria ofendendo o Princípio da Legalidade, pois tanto a sanção quanto seus pressupostos de imposição precisam verificar-se por meio de lei, conforme pode-se perceber a seguir:

Inexiste discricionariedade para imposição de sanções, inclusive quando se tratar de responsabilidade administrativa. A ausência de discricionariedade se refere, especialmente, aos pressupostos de imposição da sanção. Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da “hipótese de incidência” da sanção. A expressão, usualmente utilizada no campo tributário, indica o aspecto da norma que define o pressuposto de aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se em lei.

Ocorre, porém, que o art. 87 restringiu-se a arrolar um elenco das sanções administrativas cabíveis em virtude da “inexecução total ou parcial” do contrato. A lei silenciou acerca dos pressupostos de aplicação de cada sanção. É impossível definir os casos de aplicação das diversas sanções. Quando muito, o inc. II remete ao regramento estabelecido no ato convocatório, o que é insuficiente e ofende o princípio da legalidade. (grifei)

É mister salientar que, segundo este renomado doutrinador, colocar as *hipóteses de incidência* no edital ou contrato não resolve. Destarte, imagine aplicarmos uma sanção e uma hipótese de incidência onde nem uma nem outra sequer foram previstas na lei como é o caso de reter os pagamentos na falta da regularidade fiscal do contratado.

O rol das sanções administrativas previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 é *numerus clausus*, ou seja, é taxativo, exaustivo. Quem governa ou fiscaliza não pode ampliá-la ao sabor da paixão. Não se pode colocar o *dever de obediência* (figura externa ao acordo de vontades) na frente do objeto da contratação. A imposição de sanções deve ter a única finalidade de garantir nada a mais ou nada a menos do que a execução do contrato. Uma importante colocação nesse sentido é feita por Pereira Júnior (2009, p. 858):

O elenco de sanções posto à consideração da autoridade administrativa é reduzido: advertência, multa, suspensão por até dois anos do direito de participar de licitações e contratar com a Administração, e declaração de inidoneidade. Poderia o contrato ampliar ou diversificar tal elenco? Não, porque o poder de punir há de ter fundamento legal; só a lei pode estabelecer as sanções que a Administração estará autorizada a aplicar. Mormente em se tratando de penalização decorrente de contrato, em que ao dever de obediência, típico do regime disciplinar estatutário ou laboral, sucede o acordo de vontades para a execução de objeto de interesse público.

[...]

Mas ambos, hierarquia e obediência, servem ao fim de estimular e garantir a execução do contrato. Só tal finalidade legitima a imposição de sanções, a um só tempo dissuasórias e repressivas. (grifei o original)

Desta feita, a boa doutrina deixa, numa clareza solar, que não se deve condicionar a contrapartida do acordo de vontades a qualquer elemento externo a elas. Se o contratado entregou o material, prestou o serviço ou realizou a obra que a Administração necessitava (vontade de uma), então compele a esta pagar o que foi pactuado com aquela (vontade da outra).

4.2.5 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O STJ - muito acima de qualquer Tribunal Administrativo - decidiu no Recurso Especial nº 730.800 - DF (2005/0037193-2) que a retenção do pagamento do serviço prestado com o pretexto da falta de regularidade fiscal viola os princípios da moralidade administrativa e legalidade mesmo que o contrato fosse nulo. É muito importante destacar os pontos mais relevantes da fundamentação do supremo para a evolução de nossas conclusões, senão vejamos:

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.

[...]

Na lição de Marçal Justen Filho, a Administração não está autorizada a "reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou com outras instituições" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed. São Paulo: 2002, Dialética, p. 549).

[...]

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator):

Cinge-se à controvérsia ao direito do recorrente de reter o pagamento devido pela prestação de serviços pelo recorrido, em razão da não-comprovação da quitação dos seus débitos perante a Fazenda Pública do Distrito Federal.

Afigura-se legítima a exigência, para contratação com o Poder Público, da comprovação de regularidade fiscal do contratado para com a Fazenda Pública, regularidade que deve ser comprovada no momento da habilitação, nos termos do artigo 29 da Lei n. 8.666/93.

Não se afigura legítima, todavia, 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.

O que o recorrente pretende é condicionar o pagamento por um serviço já prestado à comprovação da regularidade fiscal do recorrido, que, quando muito, ensejaria providências tendentes a romper o vínculo contratual, mas não impedir a empresa que prestou o serviço de por ele receber, ocasionando

indevido enriquecimento do recorrente, não tolerado pelo ordenamento jurídico.

A par das normas internas de cada órgão da Administração Pública, a nenhum deles é permitido o enriquecimento indevido, consubstanciado na prestação de serviços sem a contraprestação pecuniária por parte da contratante.

Recebida a prestação executada pelo contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, e ao argumento de 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.

Essa é a lição de Marçal Justen Filho:

'Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preenchia ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante o período de execução do contrato.

[...]

Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Isso não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou com outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência do crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas.' ('Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed. São Paulo: 2002, Dialética, p. 549).

[...] Nessa linha de raciocínio, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte: "RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO DO CONTRATO EM VIRTUDE DE FALSIDADE DOCUMENTAL. ARTS.39 E 49 DO DECRETO-LEI N. 2.800/86. PRETENSÃO DA UNIÃO DE DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA PELA OBRA EXECUTADA. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTES.

Do exame dos artigos 39 e 49 do Decreto-lei n. 2.800/86, vigente à época, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos *ex tunc*. No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame.

Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa. Precedentes. [...]

Tendo o STJ decidido desta forma, todos os entendimentos contrários dos Tribunais de Justiça (TJ) ficam prejudicados. Vejamos que o TJ de Minas Gerais (TJMG)

segue a mesma linha de entendimento do STJ e, inclusive, cita sua jurisprudência no processo de nº 1.0024.07.384655-2/002(1), *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DE SERVIÇOS PRESTADOS A ENTE PÚBLICO. REGULARIDADE FISCAL. EXIGÊNCIA DE CDN⁹. [Sic] CONDIÇÃO ABUSIVA E ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA.- É ilegal condicionar o pagamento de serviços contratados por regular licitação à prévia demonstração, pela empresa, da certidão negativa de débito. Precedentes do STJ.

[...] É cediço que a regularidade fiscal perante a seguridade social ou a Fazenda Pública é condição para que uma empresa possa participar de licitação (art. 27, IV, da Lei n. 8.666/93). Trata-se de pressuposto para a contratação com ente público, condição esta respaldada na Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei n. 8.212/1991, art. 47, inciso I, 'a') e na própria Carta Magna, em seu art. 195, § 3o, *in verbis*:

"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".

Outrossim, malgrado esta condição - regularidade fiscal - deva ser mantida ao longo de toda a execução do pacto, de acordo com o art. 55, XIII, da Lei n. 8.666/93, a sua comprovação, como condição para o pagamento pelos serviços prestados, não está especificada no art. 40, inciso XIV, do citado diploma legal.

Ademais, a retenção de pagamento pelo ente público não está prevista entre as possíveis sanções administrativas aplicáveis para o caso de descumprimento do contrato firmado, nos arts. 86, 87 e 88 da Lei de Licitação.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao examinar a segunda fase do procedimento da licitação - a habilitação - assim se manifestou sobre a documentação exigida para participar de certame:

"Essa e outras exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição." - (Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 363).

Logo, a exigência de CND junto ao INSS como condição para o pagamento, pelo ente público, de serviços a ela prestados pela impetrante é ilegal e abusiva, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, fazendo jus a impetrante à concessão definitiva da segurança, ante a constatação de seu direito líquido e certo.

Há, de forma inequívoca, coação indireta da autoridade pública para que o impetrante pague os tributos em qualquer esfera tributária, e, na medida em que os serviços contratados foram prestados e disponibilizados à administração, a contraprestação pecuniária não pode ser negada, sob pena de comprometimento do objetivo social da empresa vencedora do certame.

Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrita:

"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. [...]

⁹ O certo seria CND ao invés de CDN, pois a sigla é de Certidão Negativa de Débito.

Pode-se observar que os pontos destacados das jurisprudências citadas são bem claros e se coadunam com os demais entendimentos ora apresentados neste trabalho e subsidiam a formação de nossa convicção conclusiva a seguir.

Antes, vale relembrar que o TCU é um tribunal administrativo, ele está abaixo dos tribunais judiciais.

CONCLUSÕES

A retenção do pagamento não consta no rol de sanções do art. 87 da LCC; fere os princípios da legalidade, impessoalidade, proporcionalidade e moralidade; não tem nenhuma relação com o princípio da supremacia do interesse público e muito menos estaria relacionado com o *espírito da lei* da Constituição Federal. Portanto, essa atitude deve ser rechaçada pelo judiciário.

O fornecedor que deixa de ter regularidade fiscal ao longo do contrato já está sofrendo proibição de participar de novas licitações porque não será habilitado para ser contratado enquanto estiver nesta condição. Mesmo que fosse legal tal absurdo de não pagar o débito, ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, *i.e., non bis in idem*.

É certo que a exigência da regularidade fiscal deve ser feita durante toda a execução do contrato com a finalidade de se verificar a possibilidade de continuar com ele, pois a administração não poderá manter negócio jurídico com empresas sem Regularidade Fiscal, conforme arts. 78, I c/c 55, XIII da LCC, portanto, nestas condições se deve rescindir o contrato aplicando as sanções do art. 87 da LCC gradativamente conforme regras editalícias ou contratuais, visto que a lei não citou as hipóteses de incidência delas.

A inclusão de cláusulas nos editais e contratos prevendo a retenção dos pagamentos devidos em caso de irregularidade fiscal não têm o condão de legalizar este ato, pois fere os princípios basilares de direito. Não adianta *dourar a pílula*.

Concluimos que o governo deve se contentar em garantir o pagamento dos impostos fazendo a retenção deles na fonte ao pagar o principal. E, quiçá num excesso de exação, efetuar o pagamento em juízo que deverá converter às contas da Receita Federal e/ou Curadoria do FGTS uma margem de consignação do preço pactuado para abater as dívidas tributárias e devolver o restante à empresa para que ela possa pagar o que gastou e não sofra solução de continuidade, pois se o problema é a garantia do pagamento dos impostos, não é vantagem matar a galinha para tirar os ovos. Até os escravos recebiam o que comer para trabalhar.

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: 28 out. 2010.

CADENAS, Leandro. **Princípio da Supremacia do Interesse Público. Algo sobre: Direito Administrativo**. Disponível na Internet: <<http://www.algosobre.com.br/direito-administrativo/principio-da-supremacia-do-interesse-publico.html>>. Acesso em: 28 out. 2010.

CAPEL FILHO, Hélio. **Antinomias jurídicas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6014>>. Acessado em: 21 jul. 2010.

COSTA, Wagner Veneziani. **Contratos: Manual prático e teórico / Wagner Veneziani, Gabriel J. P. Junqueira**. São Paulo: Madras, 2004. 286p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência / Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**. 2. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Anderson Ricardo (2010, 8 de março). **Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: relativização da teoria da nulidade do ato contrário à constituição**. *Portal Jurídico Investidura*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/167120-modulacao-dos-efeitos-da-decisao-de-inconstitucionalidade-relativizacao-da-teoria-da-nulidade-do-ato-contrario-a-constituicao.html>>. Acessado em 30 nov. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8a ed. São Paulo: Dialética, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. 440p. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6841877/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-Do-Direito>>. Acessado em 27 out 2010.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho**. 8ª Ed. São Paulo: Dialética, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública / Jessé Torres Pereira Júnior**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 982p.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários a lei das licitações e contratações da administração pública: lei n. 8.666-93, com a redação da lei n. 8.883-94 / Jesse Torres Pereira Junior**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 982p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 8ª ed., 1989.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública / Jessé Torres Pereira Júnior**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 1.261p.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 1.101p.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 314p.

SILVA, Alexandre Rezende da (2003, 1º de março). **Princípio da legalidade**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3816/principio-da-legalidade>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível na internet em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 30 abr. 2010.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 30 abr. 2010.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 30 abr. 2010.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8429.htm>>. Acesso em 29 out. 2010.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em 28 out. 2012.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em 28 out. 2012.

BRASIL. **Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôles dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos

Municípios e do Distrito Federal. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.* Disponível na internet em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em 11 nov. 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 28 out. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em 28 out. 2012.

BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (LICC). *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 28 out. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 28 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 705/94 - Plenário. Representação formulada por empresa privada contra irregularidades na aplicação da Lei nº 8.666/93. Licitação. Obrigatoriedade de apresentação da documentação relativa à quitação com o sistema de seguridade social nas licitações públicas, inclusive sob a modalidade convite. Firmado entendimento em caráter normativo. Relator: Paulo Affonso Martins de Oliveira. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1>>. Acesso em 30 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 740/2004. Tomada de Contas. TRT 1ª Região. Exercício de 2002. Realização de pagamentos sem a comprovação de regularidade fiscal. Utilização indevida de suprimento de fundos. Registros físico-contábeis indevidos. Falhas em procedimentos licitatórios. Ausência de termo de recebimento provisório e/ou definitivo de objeto. Contratação direta sem justificativa de preços. Vigência de contratos superior ao crédito orçamentário. Prorrogação de serviços de execução continuada sem comprovação de preços e condições mais vantajosas para a administração. Supressão de cláusula favorável à administração. Falta de aprovação de projeto básico pela autoridade competente. Acolhimento parcial das justificativas apresentadas. Contas regulares com ressalva. Quitação. Determinação. Relator: Ubiratan Aguiar. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em 30 abr. 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 730.800 - DF (2005/0037193-2)**. 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. RELATOR: MINISTRO FRANCIULLI NETTO. Disponível na internet em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=576272&sReg=200500371932&sData=20060321&formato=PDF>. Acesso em 29 out. 2010.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 1.0024.07.384655-2/002(1)**. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DE SERVIÇOS PRESTADOS A ENTE PÚBLICO. REGULARIDADE FISCAL. EXIGÊNCIA DE CDN. [Sic] CONDIÇÃO ABUSIVA E ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA.- É ilegal condicionar o pagamento de serviços contratados por regular licitação à prévia demonstração, pela empresa, da certidão negativa de débito. Precedentes do STJ. Relator: ALBERTO VILAS BOAS. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=384655&complemento=2>. Acesso em: 29 out. 2010.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Ata nº 26, de 21 de julho de 2004 – Sessão ordinária – Plenário**. Aprovada em 28 de julho de 2004, publicada em 02 de agosto de 2004. Acórdãos nº 978 a 1.013. Presidência do Ministro Valmir Campelo; Repr. do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado; Secretário-Geral das Sessões: Dr. Ricardo de Mello Araújo; Secretária do Plenário: Dra. Elenir Teodoro Gonçalves dos Santos; Com a presença dos Ministros Marcos Vinícios Vilaça, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, dos Ministros-Substitutos Augusto Sherman Cavalcanti (convocado em virtude da aposentadoria do Ministro Humberto Guimarães Souto) e Marcos Bemquerer Costa (convocado para substituir o Ministro Ubiratan Aguiar), bem como do Representante do Ministério Público, Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral, o Presidente, Ministro Valmir Campelo, invocando a proteção de Deus, declarou aberta a Sessão Ordinária do Plenário, às quatorze horas e trinta minutos, havendo registrado as ausências dos Ministros Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler e, ainda, do Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha (convocado em virtude da aposentadoria do Ministro Iram Saraiva), por motivo de férias (Regimento Interno, artigos 92 a 95, 99, 133, incisos I a V, e 28, incisos I e VI, e 55, incisos I, b e III). Disponível na Internet em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/1/2047890.PDF>>. Acesso em 28 out. 2012.

PORTAL SIAFI. **Conheça o SIAFI – A história do SIAFI**. *Ministério da Fazenda, Tesouro Nacional*. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index_conheca_siafi.asp>. Acessado em 10 nov. 2010.

TESOURO NACIONAL. **Operações Oficiais de Crédito**. *Ministério da Fazenda, Tesouro Nacional*. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/servicos/download/operacoesofcredito.pdf>>. Acessado em 27 out. 2010.

Folha de S. Paulo *apud* Congresso em foco. **Manchetes dos jornais: Terceirizadas dão calote e deixam conta para governo.** Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=1&cod_publicacao=27778>. Acessado em 14 nov. 2010.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ENAP. **Texto para Discussão nº47: três exemplos de mudanças na gestão de suprimentos na Administração Pública Federal:** UFSM, GHC e 4º RCC. Brasília. 2002. 30p.