

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: CÂMARA MUNICIPAL DE BARRA DO MENDES**

**PROCESSO Nº 15292e19**

**PARECER Nº 01856-19**

**T.P.B. Nº 63/2019**

CONTRATO ADMINISTRATIVO. PERÍODO DE EXECUÇÃO DO AJUSTE. NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL PELO PARTICULAR CONTRATADO. RETENÇÃO DO PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

No caso de não comprovação da regularidade fiscal pelo particular contratado durante toda a execução do ajuste, não há que se falar na retenção do pagamento devido, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração, que já se beneficiou com o serviço prestado, e violação ao princípio da legalidade, uma vez que tal sanção não faz parte do rol disposto no artigo 87 da Lei nº 8.666/1993. Nesta situação, certificando-se o Gestor de que a Administração Pública foi beneficiada pelo serviço prestado e comprovada a boa-fé do agente, deve ser adimplido o valor devido ao contratado. Mantida a irregularidade fiscal do particular, é cabível a rescisão do contrato, nos termos do artigo 78, I, da Lei nº 8.666/1993, bem como a aplicação das sanções previstas no artigo 87 de tal norma legal.

O Sr. Gilvanir Alves de Sousa, Contador da Câmara de Vereadores do **MUNICÍPIO DE BARRA DO MENDES** (de acordo com informação constante do documento 4 deste Processo), por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 15292e19, questiona-nos:

“(…) sobre a viabilidade de pagamentos pela Câmara Municipal de Barra do Mendes, ao credor habilitado no ato da contratação e posteriormente em parte do período da execução dos serviços, porém, no ato da liquidação havendo pendência em uma das certidões de regularidade fiscal. É permitido tal pagamento?”

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, a princípio, cumpre anotar que os artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993 dispõem sobre a documentação exigida dos licitantes na fase habilitatória do certame, a qual envolve qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Não sendo comprovado pelo licitante, no momento da licitação, o atendimento dos requisitos traçados nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, o mesmo deverá ser afastado do certame por meio da sua inabilitação.

Especificamente quanto à regularidade fiscal, o artigo 29 da Lei nº 8.666/1993 preceitua que:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

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

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

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

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

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

O artigo 32, *caput*, da citada norma legal estabelece que “Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial”, podendo, ainda, tal documentação ser “(...) substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei” (artigo 32, § 3º, da Lei nº 8.666/1993).

Nesse ponto, importante esclarecer que o artigo 32, § 1º, excepciona a regra da apresentação dos documentos necessários à qualificação das licitantes, nos seguintes termos: “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” (grifos aditados).

Observe-se que a apresentação da documentação mencionada acima, incluindo a relacionada à regularidade fiscal, não se limita apenas à fase habilitatória da licitação, devendo abranger toda a execução do contrato firmado entre o Poder Público e o particular, conforme disciplina o artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)” (grifos aditados)

Ou seja, é obrigação do contratado manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, sob pena de rescisão do contrato, nos termos do artigo 78, I, da Lei nº 8.666/1993, bem como aplicação das sanções previstas no artigo 87 de tal norma legal. Confira-se:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

(...)”

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

I – advertência;

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

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

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

(...)”

Nesse mesmo sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Processo RMS 24953/CE, que teve como Relator o Exmo. Ministro Castro Meire, entendeu que:

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

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.

2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".

3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.

4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.

5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.” (RMS 24.953/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; grifos aditados)

Entretanto, não há que se falar na retenção do pagamento devido, em virtude da não comprovação da regularidade fiscal pelo particular contratado durante toda a execução

do ajuste, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração, que já se beneficiou com o serviço prestado, e violação ao princípio da legalidade, uma vez que tal sanção não faz parte do rol disposto no referido artigo 87 da Lei nº 8.666/1993.

Nesse diapasão, este Tribunal editou a Instrução Cameral nº 001/2013-2ªC, nos seguintes termos:

“Aqueles que contratam com a Administração Pública, devem manter durante a Execução do Contrato, as mesmas condições que ostentavam ao tempo da habilitação e adjudicação do objeto licitado, na forma do art. 55, XIII da Lei Federal nº 8.666/93, inclusive no que diz respeito à regularidade fiscal, trabalhista e tributária, cabendo a entidade pagante exigir a prova de regularidade no momento da liquidação;

Prestado o serviço ou recebidos os produtos pela Administração, **esta não pode reter ou deixar de efetuar os pagamentos contratualmente assumidos** na hipótese de eventual inadimplência ou não demonstração de regularidade do contratado, que se encontre impedido de apresentar as cabíveis certidões negativas, sob pena de se caracterizar o enriquecimento sem causa;

Dentre as sanções previstas na Lei de Licitações para o descumprimento do contrato pelo particular no que diz respeito à regularidade fiscal, trabalhista e tributária, não se encontra a retenção de pagamentos, devendo a administração, na hipótese, observar o regramento contido nos arts. 86 a 88 da Lei Federal nº 8.666/93;

Cabe ao Poder Público exigir as certidões negativas dos contratados e na hipótese de sua não apresentação, adotar as sanções previstas no Edital, Contrato e na Lei de Licitações, cabendo, contudo, efetuar o pagamento das parcelas vencidas e liquidadas durante a execução contratual;

Não obstante tratar-se de caso concreto e a despeito da assinatura do Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta que instrui a Consulta, deverá o Consulente adotar as medidas sancionatórias cabíveis em relação aos contratados, sendo certo que a manutenção dos contratos e o pagamento de parcelas vincendas, apenas poderá ser garantido se atendidas as exigências contidas no art. art. 55, XIII da Lei Federal nº 8.666/93.” (destaques no original)

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos autos da Consulta nº 862776, que teve como Relatora a Exma. Conselheira Adriene Andrade, também entendeu que:

“CONSULTA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO CONTRATUAL - COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO (ART. 55, XIII, DA LEI N. 8.666/93) - DESCUMPRIMENTO DESSA OBRIGAÇÃO - RETENÇÃO DE PAGAMENTO DEVIDO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - SANÇÃO ADMINISTRATIVA NÃO PREVISTA NO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. 1) É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF, devendo a comprovação permanecer durante toda a execução do contrato, a teor

do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado 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". 2) A Administração Pública não pode negar a devida contraprestação pecuniária por bens ou serviços contratados que lhe foram efetivamente prestados ou disponibilizados a contento, ainda que o fornecedor dos bens ou o prestador de serviço se encontre em dívida com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, pois além de não encontrar amparo legal, configura enriquecimento ilícito da Administração Pública. 3) A Administração poderá, em razão de descumprimento de cláusula contratual, imputar as sanções previstas no art. 87 da Lei n.º 8.666/93 ou, até mesmo, rescindir o contrato. Todavia, a retenção de pagamento em razão de o contratado não manter a regularidade fiscal perante a Fazenda Pública ofende o princípio da legalidade insculpido na Carta Magna, por não constar do rol das condições para o pagamento de acordo com o que dispõe o art. 87 da Lei nº 8.666/93." (grifos aditados)

Do mesmo modo, a recente jurisprudência do C. STJ direciona-se no seguinte sentido:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. EXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE SOBRE O TEMA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AFRONTA. NÃO OCORRÊNCIA. RETENÇÃO DE PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS. REGULARIDADE FISCAL. DESCABIMENTO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Conforme redação da Súmula n. 568/STJ, o Relator pode dar ou negar provimento ao recurso, por decisão singular, quando houver jurisprudência dominante acerca do tema, não havendo falar em afronta ao princípio da colegialidade.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a ausência de comprovação de regularidade fiscal não autoriza a Administração Pública a proceder à retenção do pagamento pelos serviços comprovadamente prestados, porquanto tal providência caracterizaria enriquecimento ilícito e violação do princípio da legalidade. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 1161478/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018; grifos aditados)

Ou seja, certificando-se o Gestor de que a Administração Pública foi beneficiada pelo serviço prestado e comprovada a boa-fé do agente, em atenção ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, será devida indenização ao contratado, com fundamento no artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, analogicamente aplicável ao caso sob análise, vejamos:

"Art. 59. (...)

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e

por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

Diante de todo o exposto, conclui-se que, **no caso de não comprovação da regularidade fiscal pelo particular contratado durante toda a execução do ajuste, não há que se falar na retenção do pagamento devido, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração, que já se beneficiou com o serviço prestado, e violação ao princípio da legalidade, uma vez que tal sanção não faz parte do rol disposto no artigo 87 da Lei nº 8.666/1993. Nesta situação, certificando-se o Gestor de que a Administração Pública foi beneficiada pelo serviço prestado e comprovada a boa-fé do agente, deve ser adimplido o valor devido ao contratado. Mantida a irregularidade fiscal do particular, é cabível a rescisão do contrato, nos termos do artigo 78, I, da Lei nº 8.666/1993, bem como a aplicação das sanções previstas no artigo 87 de tal norma legal.**

É o parecer.

Salvador, 16 de setembro de 2019.

**Thayana Pires Bonfim  
Assistente Jurídico**