



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO NOS
PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DIANTE DE IRREGULARIDADE FISCAL DO
LICITANTE**

Lucas de Almeida Souza
Rafael Soares de Cerqueira

Aracaju
2018

LUCAS DE ALMEIDA SOUZA

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO NOS
PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DIANTE DE IRREGULARIDADE FISCAL DO
LICITANTE**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO NOS
PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DIANTE DE IRREGULARIDADE FISCAL DO
LICITANTE**

**(IM) POSSIBILITY OF PAYMENT RETENTION IN PUBLIC BIDDING
PROCEDURES ACCORDING TO THE FISCAL IRREGULARITY OF THE BIDDER**

Lucas de Almeida Souza¹

RESUMO

O presente artigo científico busca elucidar questões relacionadas à possibilidade de retenção do pagamento devido ao licitante pela prestação do objeto do contrato, no caso de descumprimento da condição de regularidade fiscal durante a execução do acordo. Para chegar a uma conclusão sobre o assunto, foram realizados estudos minuciosos em doutrinas renomadas, além da análise de jurisprudências recentes dos nossos Tribunais. Destarte, inicialmente, foi devidamente explicado o que seriam as condições de habilitação e qual a sua importância para Administração Pública. Posteriormente, o editorial visou determinar o que é a regularidade fiscal, sua legalidade, e quais os seus limites. Por fim, a partir de tais pesquisas, chegou-se à conclusão sobre a lide do tema estudado, entendendo, atualmente, pela impossibilidade desse tipo de sanção, considerada desproporcional e abusiva, devendo os Tribunais punirem os entes federativos que a praticarem. Sendo assim, encontrando-se pacificada essa discussão, não havendo mais dúvidas a serem levantadas.

Palavras-chave: Condições de habilitação. Regularidade fiscal. Retenção de pagamento.

ABSTRACT

This scientific article seeks to enlighten issues related to the possibility of payment retention due to the bidder for the execution of the contract object, in case of the disobedience of the tax regularity condition during the execution of the agreement.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: lucasalmeidasouza@gmail.com.

To reach a conclusion on the subject, detailed studies on acclaimed doctrines were accomplished, as well as the analysis of recent jurisprudence of our Courts. Initially, it was correctly explained what would the conditions to qualificate be and what is its importance to the Public Administration. Afterwards, the editorial determined what tax regularity is, its legality and its limits. Finally, based on this research, we came to a conclusion about the controversy of the subject studied, understanding currently the impossibility of this kind of sanction, considered disproportional and abusive. So on, the courts should punish the federal entities that practice this manner. Thus, this discussion is pacified and no further doubts deserve to be raised.

Keywords: Enabling conditions. Tax regularity. Withholding payment.

1 INTRODUÇÃO

As licitações são o principal meio de contratação de serviços utilizado pela Administração Pública, que busca, através de um particular, a execução de uma atividade necessária à satisfação do interesse público. Aquelas, além de seguir os dispositivos constitucionais, regem-se pela Lei 8.666/93, que traz todo procedimento licitatório que deve ser seguido pela Administração, impondo a ela obrigações e direitos.

Ocorre que existem dispositivos passíveis de diversos entendimentos, como o que discorre sobre a exigência da regularidade fiscal do licitante como uma condição de habilitação e, posteriormente, como exigência para a liberação do pagamento pelos serviços realizados pelo mesmo.

O tema sempre foi pautado de diversas dúvidas, como sobre constitucionalidade, qual o seu limite federativo, entre outros, entretanto, a que causa maior discussão nos últimos anos é em relação a possibilidade de reter o pagamento devido ao licitante, motivado pelo descumprimento dessa condição durante a execução do contrato, ou seja, se o Estado pode deixar de adimplir com sua obrigação pecuniária, caso o particular torne-se irregular perante o Fisco no meio da realização do acordo.

Os entes federativos, embora tal medida não seja fundada em nenhum dispositivo legal, e caracterize-se visivelmente abusiva, praticaram essa punição

desproporcional por um longo período, sendo, inclusive, amparados por decisões dos Tribunais no sentido de corroborar legalmente essa prática.

Entretanto, as jurisprudências pátrias sofreram mutações recentes quanto ao tema, passando a entender pela ilicitude da retenção do pagamento, tendo em vista que o processo licitatório não pode ser usado como forma de obrigar o licitante a cumprir com outras obrigações, mas deve ser usado apenas para atender os interesses da população.

Desta forma, o presente artigo, visa, exatamente, responder às problemáticas existentes no caso da regularidade fiscal durante todo processo licitatório, no que tange ao entendimento atual acerca da possibilidade da retenção do pagamento, ou não, de sua legitimação no ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, acerca dos seus efeitos.

Para tanto, utilizou-se no presente trabalho, como metodologia a ser aplicada, a pesquisa teórica e qualitativa, com a realização de devida análise da doutrina e da jurisprudência pátrias pertinentes ao tema.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Condições de Habilitação em Sentido Amplo

É determinação do ordenamento jurídico brasileiro que a contratação, por parte da Administração Pública, de obras, fornecedores, e demais serviços que se façam necessários, seja realizada, em regra, através de Licitações. Importante o adendo que existem algumas exceções em que a Lei permite a contratação direta, sendo dispensável ou inexigível o processo licitatório.

Destarte, havendo a responsabilidade de sempre buscar as opções que melhor perfazem os interesses públicos, o legislador impôs, através da Lei 8.666/93, o caminho procedimental a ser seguido pelo administrador para que satisfaça à coletividade.

Pois bem. O procedimento licitatório é dividido em fase interna, onde se decidem as bases iniciais de todo processo, para Garcia Vitta (2015), é a fase na qual a Administração verifica o objeto de seu interesse, elabora o projeto básico, verifica a previsão orçamentária e levanta os demais dados necessários, e fase

externa, aquela em que a Administração Pública abre a possibilidade de contratação para os interessados em integrar a disputa.

Esta última divide-se em 5 fases, dentre as quais encontra-se a Habilitação, responsável por selecionar somente os licitantes que preencham os requisitos básicos para pleitear sua contratação.

Nesse sentido, afirma Carvalho Rezende Oliveira (2017) que a habilitação é a fase da licitação em que a Administração verifica a aptidão dos licitantes para celebração do futuro contrato.

É comum a confusão sobre o que seriam essas condições, se apenas o que está disposto no art. 27 e seguintes da Lei 8.666/93, ou esses dispositivos acrescido das exigências discorridas no ato convocatório. Veja-se:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (BRASIL, 1993)

Seguindo o pensamento da maioria doutrinária, quando se fala sobre condições de habilitação está abrangendo tanto o disposto nos artigos retro mencionados como todos os pressupostos exigidos em ato convocatório (Edital ou Carta Convite), sendo aqueles requisitos básicos de habilitação para todas as Licitações que venham a ocorrer, enquanto estes dependentes do caso concreto, do objetivo específico da Licitação processada.

As lições de Maçal Justen Filho analisam perfeitamente o tema:

As condições do direito de licitar podem ser classificadas como genéricas e específicas. São genéricas aquelas exigidas no texto de lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta. São específicas aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação colimada em uma licitação específica. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 536)

Vale ressaltar que as condições de participação não são a mesma coisa que os requisitos de participação, estes são o gênero do qual aquelas fazem parte, ou

seja, as condições de habilitação é apenas uma parte dos requisitos exigidos para participação num processo licitatório.

Nessa linha, também afirma Maçal Justen Filho:

Os requisitos de habilitação consistem em exigências relacionadas com a determinação da idoneidade do Licitante.

As condições de participação em sentido estrito não se relacionam diretamente com a idoneidade do licitante. Consistem em requisitos formais e substanciais para o sujeito participar da disputa. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 536–537)

Assim, fica clara a existência de inúmeros pressupostos que devem ser preenchidos pelos indivíduos que tenham interesse em participar do processo licitatório, e dentre eles se encontra as condições de habilitação, as quais estão divididas em gerais, presentes no art. 27, e específicas, percorridas no ato convocatório.

É necessário sobrelevar que há concepção patente no sentido que a Administração Pública não pode reivindicar o adimplemento de tais obrigações por outro meio que não seja apresentação de documentos, sendo assim, não é permitido que se exija do licitante a comprovação de sua aptidão por forma divergente da documental, por via de amostras do produto, por exemplo.

Nesse sentido colhe-se o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União:

GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC-017.246/2006-5 (com 1 volume)

Natureza: Representação.

Unidade: Gabinete do Comandante do Exército/Ministério da Defesa.

Interessado: Ministério Público junto ao TCU.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. OITIVA. **EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS ANTES DA FASE DE JULGAMENTO. ILEGALIDADE. POSSÍVEL RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME.** CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PREJUDICADA ANTE A PERDA DE OBJETO. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS. A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados. (BRASIL, 2006, grifou-se)

2.2 Da Regularidade Fiscal

Quando o artigo 27 da Lei 8.666/99, previamente expresso, traz o rol taxativo da documentação básica exigida como condição de habilitação no processo licitatório, ele inclui a premissa de documentos que comprovem a regularidade fiscal do licitante.

É importante destacar que a condição de regularidade fiscal não significa exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação dos débitos tributários, mas sim comprovar a regularidade desses.

O legislador busca, através de alguns dos incisos do artigo 29 do referido diploma legal, elucidar o que seria “regularidade fiscal”, veja-se:

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. (BRASIL, 1993)

Os incisos I e II procuram, exigindo o cadastro do licitante perante o Cadastro Geral, Estadual e Municipal de Contribuintes, identificá-lo e averiguar a regulamentação das suas atividades perante o fisco, com o intuito de apurar sua situação em relação à prática de atividades tributáveis e aos tributos já devidos. O mesmo pode ser feito também mediante Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), caso o sujeito não tenha registro em nenhum órgão fiscal.

Os incisos III e IV exigem as certidões negativas de dívidas tributárias junto à Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, a depender qual o domicílio ou sede da mesma, e à Seguridade Social e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

(FGTS), para verificarem a idoneidade do licitante e sua capacidade econômica em adimplir com suas obrigações

No entanto, há grande divergência em relação a esse tema, sobre o que seria necessário para o adimplemento dessa condição, qual o seu limite de exigência, em que âmbito federativo ela seria pleiteada.

Inicialmente, é importante destacar que a relação de obrigações expostas no dispositivo supracitado é o limite máximo de solicitações passíveis de cobrança em relação à condição de regularidade fiscal, e não o mínimo, ou seja, é permitido que o Ente contratante considere satisfeita essa condição dispensando parte da documentação ali requerida, sendo necessário, para isso, a análise de cada caso concreto, considerando as ânsias específicas da Administração.

Nesse toar, merece destaque a análise feita por Justen Filho acerca do tema:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 541).

Nessa direção é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, observe-se:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS [27](#), [III](#) E [31](#), [I](#), DA LEI [8666/93](#). NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A [Lei de Licitações](#) não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na [lei de licitações](#) (art. 31, inc. I), para fins de habilitação. 2. "In casu", a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital. 3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. **Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo [31](#), da Lei [8666/93](#).** 4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem

qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes. 5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação. 6. Recurso improvido (STJ – Resp: 402711 SP 2002/0001074-0, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 11/06/2002, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.08.2002 p. 145RJADCOAS vol. 41 p. 76). (BRASIL, 2002)

Além disso, é essencial salientar que tal condição não pode funcionar como instrumento punitivo, intimidador, para forçar o contribuinte a adimplir com suas lides fiscais, visto que a Administração tem instrumentos próprios para isso e não deve utilizar do processo licitatório para resolver tais questões, esse deve se constituir de uma forma que prevaleça sempre os interesses da coletividade.

Nessa linha é o entendimento de Heraldo Garcia Vitta:

Eventuais débitos do licitante com a Fazenda, quando inexpressivos, em face do patrimônio e dos recursos financeiros disponíveis do licitante, não impedem a habilitação na licitação. Caso contrário, haveria desvio de poder, devido à exigência de pagamento de débitos ao erário por vias transversas. (VITTA, 2015, p. 105-106)

Outrossim, quando o legislador institui a condição de regularidade fiscal tem a intenção de garantir, através de mais uma evidência, a qualificação econômico financeira do licitante, que o mesmo tem condições de cumprir com suas obrigações e não está fraudando o Fisco para se beneficiar financeiramente, que é idôneo e confiável.

As lições de Flávio Amaral Garcia corroboram, notavelmente, tal pensamento:

O objetivo é evitar que o ente público contrate com quem está em situação irregular perante o Fisco. Não se trata de meio indireto de cobrança de tributo mas exigência que interfere diretamente na licitação, pois o proponente que não recolhe os tributos regularmente poderá, em tese, apresentar uma proposta de menor valor, o que violaria o princípio da isonomia. (GARCIA, 2018, p. 228-229)

A dubiedade que cerca esse tema gira em torno, inclusive, da sua constitucionalidade, pois a Constituição não o inseriu no rol das condições de habilitação presentes no seu art. 37, XXI. Veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - 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 obrigações 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. (BRASIL, 1988)

No entanto, como disposto em parágrafo retro, quando exige-se a regularidade fiscal do licitante a intenção é assegurar sua qualificação econômica para licitar, podendo enquadrá-la, portanto, no dispositivo mencionado. Além disso, o artigo 195, §3º, do diploma constitucional, traz a necessidade de assiduidade perante o sistema de Seguridade Social (modalidade de regularidade fiscal) para poder contratar com a Administração, *in verbis*:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 3º 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. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, a própria Constituição Federal dispõe em seu texto a obrigação de adimplemento das obrigações tributárias, como umas das exigências para legitimar o interessado na disputa pela licitação.

Ou seja, embora o art. 37, XXI, da CF, não traga no seu rol a regularidade fiscal como uma das condições de habilitação, essa inclui-se na premissa de qualificação financeira discorrida no próprio artigo, e, ainda, vem disposta posteriormente no art. 195, § 3º do referido diploma, destarte não há justificativa plausível para alegação de inconstitucionalidade desse requisito do art. 27 da Lei 8.666/93.

De outra forma não entende o Superior Tribunal de Justiça, observe-se:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. **REGULARIDADE FISCAL**. CERTIDÕES. PRAZO DE VALIDADE. NÃO-FORNECIMENTO PELO MUNICÍPIO. ART. 535 DO CPC. EFEITOS

INFRINGENTES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. O art. 535 do CPC, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, não veda a atribuição de efeitos infringentes, com alteração da decisão embargada, quando o Tribunal conclui deva ser sanada omissão, contradição, obscuridade ou, ainda, deva ser corrigido erro material. 2. Não configura afronta ao art. 535 do CPC se o Tribunal a quo entende ter havido "contradição em seu corpo, associada a erro relevante na apreciação dos elementos constantes do caderno processual" e conclui que o acórdão exarado no mandado de segurança incorreu em vício, mais especificamente, em contradição, motivo pelo qual os embargos de declaração foram acolhidos com efeitos modificativos, resultando na reforma do julgado embargado. **3. A exigência de regularidade fiscal para habilitação nas licitações (arts. 27, IV, e 29, III, da Lei nº 8.666/93) está respaldada pelo art. 195, § 3º, da C.F., todavia não se deve perder de vista o princípio constitucional inserido no art. 37, XXI, da C.F., que veda exigências que sejam dispensáveis, já que o objetivo é a garantia do interesse público. A habilitação é o meio do qual a Administração Pública dispõe para aferir a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprir o objeto da licitação.** 4. É legítima a exigência administrativa de que seja apresentada a comprovação de regularidade fiscal por meio de certidões emitidas pelo órgão competente e dentro do prazo de validade. O ato administrativo, subordinado ao princípio da legalidade, só poderá ser expedido nos termos do que é determinado pela lei. 5. A despeito da vinculação ao edital a que se sujeita a Administração Pública (art. 41 da Lei nº 8.666/93), afigura-se ilegítima a exigência da apresentação de certidões comprobatórias de regularidade fiscal quando não são fornecidas, do modo como requerido pelo edital, pelo município de domicílio do licitante. 6. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 974854 MA 2007/0177953-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 06/05/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2008). (BRASIL, 2008, grifou-se)

Quanto à extensão dessa cobrança, o ente da Administração Pública só pode exigir a regularidade da mesma no seu âmbito federativo, não sendo permitido exigir o adimplemento de tributos de outro ente, ou seja, o município só pode cobrar a idoneidade em relação ao Fisco municipal, os estados acerca dos tributos estaduais, e a União dos federais.

O Estado, quando for licitar, deve buscar qualidade e preço baixo, conseqüentemente, precisa haver ponderação nas condições impostas para não dificultar seu objetivo.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, determina a exigência apenas das condições indispensáveis ao processo licitatório, é basilar que essas devem ser as mínimas possíveis, aquelas não necessárias são inválidas. Sendo

assim, não há sentido numa cobrança tão custosa, que abranja tantos entes, inclusive aqueles que nada teriam a ver com o processo.

O doutrinador Justen Filho (2014), acerca do tema, diz que somente é cabível exigir a comprovação da regularidade fiscal perante o ente federativo que promove a licitação.

2.3 Da Retenção do Pagamento por Irregularidade Fiscal

O licitante, quando firma contrato com a Administração Pública, se compromete a cumprir com tudo que fora acordado previamente entre eles, inclusive a manter incólumes suas condições de habilitação.

Porquanto, o próprio legislador trouxe, em seu art. 55, XIII, da Lei 8.666/93, a obrigação da inclusão, no contrato, de cláusula que exija o respeito, durante todo processo licitatório, dessas condições anteriormente atestadas. Veja-se o dispositivo:

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. (BRASIL, 1993)

Sendo assim, a regularidade fiscal, uma das condições de habilitação exigidas no artigo 27 da Lei de Licitações, deve ser mantida ao longo de todo procedimento licitatório, tornado indispensável a sua manutenção enquanto o contrato se executa.

Ocorre que, nos últimos anos tem existido discussões acerca da possibilidade de retenção do pagamento devido pela Administração Pública ao contratante, caso esse, no decorrer da prestação contratual, se torne irregular perante o Fisco.

Conflito completamente descabido, haja vista que a prática dessa punição ao licitante não é amparada por nenhum fundamento legal, ora, a Administração só pode executar o que está determinado em lei, ao contrário dos cidadãos que podem fazer tudo aquilo que não for proibido pela legislação.

Destarte, a aplicação dessa sanção, não disposta em nenhuma parte da legislação ora vigente, é afrontosa ao princípio da legalidade que rege nosso ordenamento pátrio. Nesse sentido, preceitua sobre o tema o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover os interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 87-88)

Por muito tempo o TCU (Tribunal de Contas da União), equivocadamente, não entendeu dessa forma, permitindo que os entes da Administração promovessem a retenção da contraprestação pecuniária que seria de direito do licitante, a partir do momento que cumprissem o objeto do contrato.

Não resta dúvida quanto à abusividade dessa punição, a Administração, ao reter o pagamento nessa situação, age de maneira completamente desproporcional, se configurando uma clara situação de enriquecimento ilícito.

Para Justen Filho (2014), é indispensável identificar a providência menos onerosa ao interesse estatal e aos valores tutelados pela ordem jurídica.

O Estado pode até, caso entenda que a conjuntura provocada pelo contratante é prejudicial ao interesse público, promover a rescisão contratual, como forma de sanção mais gravosa. Nesse toar, veja-se novamente as lições de Maçã 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 período anterior à contratação, mas tem de permanecer durante todo período de execução do contrato. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1115)

Desta forma, com base nos argumentos expostos nos parágrafos retro, respeitando os princípios que regem a Administração Pública, os Tribunais

resolveram essa questão e pacificaram tal conflito, decidindo pela ilegalidade de tal sanção. Apreciemos recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

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

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

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

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "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 outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – REsp: 633432 MG 2004/0030029-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/02/2005, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/06/2005 p. 141). (BRASIL, 2005)

Para Justen Filho (2014), a retenção do pagamento, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.

Ademais, existem várias outras sanções cabíveis, caso a Administração Pública queira punir o licitante por descumprir a condição da regularidade fiscal. O

art. 87, da Lei 8.666/93 traz o rol de medidas punitivas possíveis para qualquer desrespeito ao contrato firmado.

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. (BRASIL, 1993)

Por conseguinte, resta claro que não há que se falar em retenção do pagamento devido ao licitante por descumprimento da condição de regularidade fiscal, porquanto tal medida configura-se completamente ilegal, haja vista que, além não ser pautado em nenhum dispositivo legal, desrespeita inúmeros princípios basilares do nosso ordenamento jurídico. Outrossim, conforme demonstrado, existem outras formas de penalizar o contratante que infringir as condições impostas em contrato.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condições de habilitação são apenas um dos inúmeros requisitos que são impostos aos particulares que tenham interesse em contratar com o Estado, prestando serviços, edificando obras, ou realizando outros tipos de trabalhos necessários para satisfazer os interesses públicos.

É entendível que a Administração sempre exija o máximo de garantias dos licitantes, como forma de comprovar a idoneidade dos mesmos para precaver a máquina estatal de qualquer problema futuro.

Entretanto, tais exigências e as sanções por seu descumprimento devem sempre respeitar a legislação vigente, sem desprezar os princípios que servem de alicerce para o direito brasileiro.

Pois bem, a retenção do pagamento dos licitantes por descumprimento da condição de regularidade fiscal, objeto de discussão nesse artigo, que era praticada pelos entes federativos, sob a égide de nossos Tribunais pátrios, resta claramente descabida.

Havendo os Tribunais, recentemente, passado a decidir nesse sentido e reformado, corretamente, erro retro, presente na sua jurisprudência, pautado na abusividade e na ilegalidade, proibindo a retenção do pagamento que é de direito dos licitantes, posto que cumpriram com o objeto do contrato.

Sendo assim, há de se exaltar a evolução jurisprudencial que sofrera o tema, indo de acordo, com essa nova posição, aos dispositivos e aos princípios presentes no Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1113/2008 - GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO. TC-017.246/2006-5 (com 1 volume). Natureza: Representação. Unidade: Gabinete do Comandante do Exército/Ministério da Defesa. Interessado: Ministério Público junto ao TCU. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1113%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520RELATOR%253A%2522ANDR%25C3%2589%2520DE%2520CARVALHO%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial: REsp nº 402711 SP 2002/0001074-0. Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma. Publicação: DJ 19.08.2002 p.145 RJADCOAS vol. 41 p. 76. Julgamento: 11 de junho de 2002. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/286852/recurso-especial-resp-402711-sp-2002-0001074-0>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial: REsp nº 974854 MA 2007/0177953-2. Órgão Julgador: T2 Segunda Turma. Publicação: DJe 16/05/2008. Julgamento: 06/05/2008. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7091249/recurso-especial-resp-974854-ma-2007-0177953-2-stj>>. Acesso em 15 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial: REsp nº 633432 MG 2004/0030029-4 – Inteiro Teor. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Publicação: DJ 20/06/2005 p. 141. Julgamento: 22 de fevereiro de 2005. Relator: Ministro LUIZ FUX. Disponível em:<
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19284107/recurso-especial-resp-633432-mg-2004-0030029-4/inteiro-teor-19284108>>. Acesso em 01 nov. 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas. - 5. ed. - São Paulo: Malheiros, 2018. 640 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. Aspectos fundamentais da Licitação. - São Paulo: Malheiros, 2015.