Doutrina

LICITAÇÃO - 11 | 17 | DEZ | 2010

Título: **REGISTRO CADASTRAL E EFICIÊNCIA NA ATIVIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Autor: **Jessé Torres Pereira Júnior/ Marinês Restelatto Dotti**

Por: Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das obras Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (8ª. ed.); Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável (2. ed.); e Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas, em coautoria com Marinês Restelatto Dotti.

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União, Especialista em Direito do Estado e Direito e Economia pela UFRGS.

Sumário: 1. Introdução. 2. A obrigatoriedade do registro cadastral. 3. Natureza e extensão do registro no SICAF. 4. A cláusula necessária prevista no art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93. 5. Irregularidade no registro cadastral e pagamento ao contratado pela execução do objeto. 6. A dispensa, total ou parcial, dos documentos elencados nos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666/93. 7. Comprovação da regularidade com a seguridade social, o fundo de garantia por tempo de serviço e a fazenda pública, nas compras de pronto pagamento. 8. Irregularidades identificadas pelos registros cadastrais e seus efeitos sobre o pagamento ao contratado. 9. Solidariedade, subsidiariedade e direito a retenção de créditos. 10. Não comprovação, pelo contratado, da quitação das obrigações trabalhistas relativas aos empregados que desempenham suas atividades junto à Administração. 11. Pagamento a contratado proibido de contratar com o poder público. 12. Conclusão.

1. Introdução

Desde que a Emenda Constitucional nº 19/98 alinhou a eficiência aos princípios regentes de todos os órgãos e entidades que integram a administração direta e indireta (CR/88, art. 37, *caput*), que doutrina e jurisprudência, nos tribunais judiciais e de contas, intentam defini-la com fins operacionais. Isto é, de modo a extrair do princípio da eficiência aplicações que balizem, e submetam a controles, o cotidiano das atividades administrativas brasileiras rumo à produção de efetivos resultados de interesse público.

De nossa parte, temos assinalado que o estado falha quando administra sem compromisso com os resultados de sua ação. O compromisso com os resultados de interesse público, que devem necessariamente surtir das ações estatais, carece de método de implementação. Surge o princípio da eficiência como o marco inicial da pós-modernidade, o tempo do compromisso com os resultados, a exigir uma mescla desafiante de atributos: racionalidade, conhecimento, profissionalismo e ética na gestão pública. Perceba-se que a eficiência, a partir do momento em que se eleva a princípio constitucional, deixa de ser apenas uma proposta politicamente correta para tornar-se um dever jurídico, imposto a todos os que gerem a administração pública...

"O princípio da eficiência está, hoje, por toda parte, entre os cânones fundamentais da gestão do Estado que se pretenda voltada para os resultados, vale dizer, gerir com eficiência (relação entre o resultado alcançado e os recursos utilizados, isto, relação custo-benefício) e eficácia (extensão na qual as atividades planejadas são realizadas e os resultados planejados são alcançados, isto é, consecução das finalidades). É hora, no direito público brasileiro, de proclamar-se que o princípio da eficiência implica o dever jurídico, vinculante dos gestores públicos, de agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público" (Jessé Torres Pereira Junior, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, p. 63-64. Ed. Renovar, 8ª ed., 2009).

O instituto jurídico do contrato é uma das mais essenciais ferramentas com que conta a gestão estatal comprometida com resultados para ser eficiente, na medida em que soma aos recursos do estado os meios da empresa privada e de entidades da sociedade civil para realizar obras, prestar serviços e comprar produtos que impulsionam o desenvolvimento econômico e social.

Mas a atividade contratual da Administração Pública também pode desviar-se das finalidades de interesse público que a animam se não houver compromisso com os resultados a serem extraídos do objeto do contrato e de sua escorreita execução. Um dos instrumentos legais de apoio à gestão pública no acompanhamento e da aferição da atividade contratual é o chamado "registro cadastral", desde que seja organizado e gerido, também ele, de modo eficiente e comprometido com os resultados que dele se esperam.

Visto e operado com dinamismo e pertinência, o registro cadastral corresponde a uma das aplicações mais palpáveis da eficiência na atividade contratual da administração pública, na medida em que se constitui no depósito dinâmico de dados atualizados sobre as pessoas, físicas e jurídicas, que habitualmente contratam com o estado, destinados a aferir sua aptidão para tornarem-se parceiros idôneos, seja antes de contratar ou durante a execução das obrigações contratadas.

Examinar as relações do registro cadastral com a eficiência dos contratos administrativos e os direitos do licitante ou do contratado é o objetivo da resenha e das reflexões que se reúnem neste texto.

2. A obrigatoriedade do registro cadastral

O art. 34 da Lei nº 8.666/93 quer que órgãos e entidades da Administração Pública (órgãos da administração direta e entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas), que frequentemente realizem licitações, mantenham registros cadastrais para o fim de verificar-se a habilitação dos licitantes, com validade máxima de um ano, o que evidencia, desde logo, a preocupação de manter-se atualizado o cadastro.

O pedido de cadastramento é de iniciativa do interessado, que deverá instruí-lo com os documentos necessários à satisfação das exigências do art. 27 da Lei nº 8.666/93: (a) regularidade jurídica; (b) qualificação técnica; (c) qualificação econômico-financeira; e (d) regularidade fiscal.

O cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, ou seja, que a empresa não contrata menor de 18 anos em atividade noturna, perigosa ou insalubre, nem menor de

16 anos em qualquer atividade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos - requisito de habilitação que a Lei nº 9.854/99 acrescentou ao art. 27 da Lei nº 8.666/93 -, se comprova quando da licitação, mediante inserção de documento, que assim o declare, no envelope dos documentos de habilitação (nas modalidades de concorrência, tomada de preços, convite ou pregão presencial), ou por *fac-simile*, quando se trate de pregão no formato eletrônico, posteriormente remetido no original.

Tal declaração também poderá ser levada aos registros cadastrais ou aos sistemas informatizados de cadastros dos diversos órgãos e entidades da administração pública, com posterior verificação de sua existência e prazo de validade, privilegiando-se a simplificação e a desburocratização de procedimentos administrativos.

Nos pregões na forma eletrônica, pelo sistema COMPRASNET, a declaração é remetida por via eletrônica, constituindo condição de participação.

No âmbito do poder executivo federal, vigora o Decreto nº 3.722, de 09 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 34 da Lei nº 8.666/93 e dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

O SICAF possibilita a órgãos e entidades públicas a conferência da habilitação e da atualização de dados dos fornecedores registrados, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, antes da assinatura dos respectivos instrumentos contratuais e por ocasião de cada pagamento que deva ser efetuado ao contratado, no curso da respectiva execução.

Também por meio do SICAF é possível verificar-se a existência de eventual proibição em contratar com o poder público, providência relevante para o servidor que trata com licitações e contratações administrativas, tendo em vista que admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo constitui crime cuja pena é a detenção de seis meses a dois anos, sem prejuízo de multa, como definido no art. 97 da Lei nº 8.666/93. É tipo penal que comporta somente a forma dolosa, ou seja, para se configurar o crime é imperiosa: (a) a ciência, por parte do agente público, de que o licitante ou futuro contratado esteja proibido de licitar ou contratar porque cumpre a penalidade administrativa de inidoneidade, prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93; e (b) a intenção de ladear a proibição.

3. Natureza e extensão do registro no SICAF

O Decreto nº 3.722/01 introduziu dois aspectos importantes relacionados ao registro cadastral de fornecedores no SICAF: (a) não obrigatoriedade de o licitante ou futuro contratado, nas hipóteses em que a contratação possa efetivar-se de forma direta (arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93), estar registrado no sistema; (b) exclusão, das exigências para habilitação prévia no sistema, daquelas relativas à qualificação técnica, somente demandáveis quando as peculiaridades do caso o justificarem.

3.1 Não obrigatoriedade de prévio registro no SICAF

De acordo com o art. 1º, § 1º, II, do Decreto nº 3.722/01, nos casos em que houver necessidade de assinatura de termo de contrato ou de aceite de instrumento equivalente, e o autor da proposta homologada (adjudicatário) não estiver inscrito no SICAF, o seu cadastramento deverá ser feito pela Administração licitadora, sem qualquer ônus para o proponente, antes da contratação e com base na documentação apresentada para a habilitação, devidamente atualizada.

Deduz-se que o decreto federal não mais exige a prévia inscrição do interessado no sistema, para fins de participação em licitação, igual tratamento estendendo-se às hipóteses em que a Administração contrate sem licitação. A nova postura, a par de remover restrição que se considerava inconciliável com o princípio do livre acesso às licitações e contratações públicas, amplia, por isto mesmo, a participação de interessados em licitar e contratar com a Administração Pública, fator que estimula a competitividade e a busca da proposta mais vantajosa.

O cadastramento é providência que a lei impõe à Administração antes da contratação, visando a facilitar futura consulta de dados do vencedor da competição licitatória ou do contratado, este nas contratações diretas. Também no cadastro serão anotadas as eventuais penalidades que sejam aplicadas em razão de irregularidades ou descumprimentos imputáveis aos licitantes, no curso do certame, ou aos contratados, durante a execução do contrato.

Nada obstante o Decreto nº 3.722/01 estabelecer que o cadastramento deva ser feito antes da formalização do contrato, esta não fica condicionada a tal providência, bastando que a Administração verifique a regularidade do adjudicatário com base nos documentos inicialmente apresentados. Não se mostra juridicamente aceitável subordinar-se a formalização de contrato a providência meramente administrativa - no sentido de resultar de norma regulamentar, sem provisão legal -, que deve ser tomada pela própria Administração.

É passível de impugnação o instrumento convocatório que restrinja a licitação a competidores previamente inscritos em sistema de registro cadastral, informatizado ou não, por ofensa ao disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, que veda "*aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*".

Recorde-se a orientação do Tribunal de Contas da União: "*9.1.1. deixe de incluir, em editais de licitação, dispositivo que somente possibilite a habilitação de licitantes previamente cadastrados no Sistema Integrado de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, por falta de amparo legal para tal exigência;*" Acórdão nº 36/2005, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer, Processo TC nº 014.886/2004-3, DOU de 03.02.2005.

Segue-se que, nas modalidades concorrência, convite e pregão, este na forma presencial, de licitação e também nas contratações diretas, não se exigirá a prévia inscrição de licitantes e interessados em registro cadastral, seja informatizado ou não, como condição ou requisito de participação na disputa licitatória ou para contratação com a Administração. Os instrumentos convocatórios, nessas licitações, disporão sobre a participação de cadastrados ou não cadastrados em sistema de registro; para os não cadastrados, o edital ou o convite indicará os documentos que devam ser apresentados nos envelopes de habilitação, em sintonia com aqueles constantes nos sistemas de registro, para os cadastrados.

Ilustra-se: numa licitação cujo valor estimado não seja elevado ou cujo objeto seja de pouca complexidade, dispensando verificações mais profundas acerca da capacidade econômico-financeira e a qualificação técnica dos licitantes, permitindo-se, com isso, a comprovação de requisitos de habilitação simplificados, será admitida a participação de licitantes cadastrados ou não, discriminando-se os documentos que devam ser apresentados pelos não cadastrados em simetria com aqueles exigidos dos cadastrados.

Na modalidade tomada de preços, a lei exige que os interessados estejam previamente cadastrados ou que atendam a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, prazo este para que a Administração efetive o cadastramento dos interessados (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/93).

Na modalidade pregão, na forma eletrônica, o cadastramento e o credenciamento prévios em sistema eletrônico são inerentes à modalidade, constituindo condições sem as quais não é materialmente viável a participação no certame e o recebimento de senha para o encaminhamento de propostas e oferta de lances.

3.1.1 A figura da habilitação parcial (Instrução Normativa MARE nº 5/95)

Esse ato normativo dispõe sobre os procedimentos destinados à implantação e à operacionalização do SICAF, que, nos termos do item 1.1 da IN MARE nº 5/95, é o registro cadastral oficial do poder executivo federal. Sua finalidade é a de cadastrar e habilitar parcialmente pessoas físicas ou jurídicas interessadas em participar de licitações promovidas pelos órgãos/entidades referidos na Instrução Normativa, bem como acompanhar o desempenho da execução dos contratos.

As pessoas físicas ou entidades empresariais podem cadastrar-se no SICAF mediante a apresentação dos seguintes documentos: (a) habilitação jurídica (cédula de identidade - quando o cadastrando for pessoa física; registro comercial, no caso de empresa individual; contrato social ou estatuto em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova da diretoria em exercício; decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir; registro ou certificado de fins filantrópicos e/ou ato de declaração de utilidade pública, no caso de sociedades civis sem fins lucrativos ou de utilidade pública); b) regularidade fiscal (inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, conforme se trate de pessoa física ou jurídica; prova de regularidade para com a fazenda federal, 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).

A **habilitação parcial** no SICAF, segundo a IN MARE nº 5/95, exige que os interessados apresentem documentos além daqueles necessários ao simples cadastramento, e que demonstrem capacidade econômico-financeira, inscrição e comprovação de regularidade fiscal perante outras fazendas públicas (estaduais e municipais). Os documentos que comprovam a habilitação parcial são: (a) qualificação econômico-financeira (balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de três meses da data de apresentação da proposta, e certidão negativa de falência ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física); (b) regularidade fiscal ampliada (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, e prova de regularidade para com as fazendas estadual e municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei).

A esse cadastramento mais amplo se denomina de **habilitação parcial** porque os documentos que o integram dispensam a Administração de exigi-los nos atos convocatórios de licitações ou nas contratações diretas. Seria como que uma antecipação da etapa de habilitação do procedimento licitatório, bastando que a Administração exija a atualização de documentos, constantes do cadastro, todavia com prazo de validade vencido.

A IN MARE nº 5/95 também quer o registro no SICAF das penalidades impostas a licitantes e contratados. As sanções de suspensão e de declaração de inidoneidade dão causa à inativação da inscrição cadastral, impossibilitando o punido de, enquanto viger o prazo da penalidade, relacionar-se contratualmente com a administração federal, no âmbito do SISG e dos demais órgãos e entidades que, eventualmente, aderirem ao SICAF, na forma prevista na IN.

A sanção de impedimento em contratar com a União, Estado, Distrito Federal ou Município, prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão), produz o consequente descredenciamento no SICAF ou nos sistemas de cadastramento próprios de cada Estado, Município ou Distrito Federal.

3.2 Exclusão das exigências de qualificação técnica no SICAF

O art. 1º, § 3º, do Decreto nº 3.722/01 excetua das exigências para habilitação prévia no SICAF as relativas à qualificação técnica do interessado, somente demandáveis quando as peculiaridades do caso o justificarem.

As exigências de qualificação técnica, enunciadas pelo decreto, correspondem àquelas exaustivamente previstas no art. 30 da Lei nº 8.666/93, cabendo a cada ato convocatório especificar, em função das características do objeto, quais os requisitos técnicos que cada licitante deve comprovar com o fim de atestar sua aptidão para a respectiva e eficaz execução.

O Decreto nº 3.722/01 faculta à Administração o registro dos requisitos técnicos de cada licitante no SICAF, na premissa de que o instrumento apropriado a averiguar a qualificação de cada licitante é o ato convocatório, o que não afasta a possibilidade de anotarem-se no SICAF alguns requisitos básicos de qualificação técnica, como, por exemplo, a comprovação de inscrição do licitante na entidade profissional competente.

4. A cláusula necessária prevista no art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93

O registro cadastral almeja configurar, previamente, a habilitação de pessoas físicas ou jurídicas interessadas em participar de licitações realizadas por órgãos e entidades da administração pública, bem como acompanhar o desempenho da execução dos contratos. Nesse sentido, é eficaz instrumento de consulta, que não pode ser manejado para restringir a participação em certames competitivos ao prévio registro cadastral. Os não registrados também devem ter acesso às licitações e contratações, desde que cumpridos os requisitos de habilitação previstos em edital ou convite, que serão os mesmos exigidos dos licitantes registrados, por aplicação da isonomia.

Excetuam-se da vedação ao prévio registro cadastral, para o efeito de participação em licitação, as modalidades de tomada de preços e pregão, na forma eletrônica, pelas razões retro enunciadas.

Importa à administração pública certificar-se de que aquele que com ela deseja contratar atenda aos requisitos de qualificação necessários para o cumprimento das futuras obrigações. Assim coloca a questão o art. 37, XXI, parte final, da Constituição da República, pelo que os gestores públicos não podem negligenciar a sua fiel observância. Tais requisitos estão elencados, exaustivamente, nos arts.

28 a 31 da Lei nº 8.666/93.

Uma vez definidos pela Administração os requisitos de qualificação (jurídica, fiscal, técnica e econômico-financeira) que devam ser exigidos dos licitantes e, por extensão, dos futuros interessados em com ela contratar de forma direta, ou seja, sem licitação, deve inserir-se como cláusula necessária no instrumento contratual a que estabeleça a obrigação de o contratado manter, durante sua execução, em compatibilidade com as obrigações assumidas, as mesmas condições de habilitação e qualificação inicialmente exigidas. A tal obrigação alude o art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93. A não comprovação das condições, inicialmente exigidas, pelo contratado no curso da execução do contrato, dá ensejo a que a Administração faça uso da prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato (art. 58, II), observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, sem prejuízo das sanções previstas em lei.

E na hipótese de a cláusula não constar do instrumento contratual (termo de contrato, nota de empenho, autorização de compra etc.), a omissão exime a Administração do dever de verificar, durante a execução contratual, a manutenção das condições de habilitação e qualificação inicialmente exigidas?

Dita cláusula contratual, como enunciado pelo *caput* do art. 55 da Lei nº 8.666/93, é necessária, mas sua falta não invalida o contrato, nem dispensa o contratado de comprovar a manutenção das mesmas condições inicialmente exigidas. Há que se considerar tal providência como benéfica para a Administração, na medida em que lhe permite atestar, periodicamente, que o contratado mantém hígidas as condições fiscais, técnicas e econômico-financeiras para a perfeita execução do objeto, durante toda a vigência contratual. Essa verificação periódica, mesmo que ausente do contrato a cláusula reputada necessária pelo art. 55, XIII, possibilita, na hipótese de verificar-se alguma irregularidade do contratado, a concessão de prazo razoável para saná-la.

Assim orienta o Tribunal de Contas da União:

"*54. Rebatendo a argumentação trazida aos autos pelo (...)(itens 45 e 46), cumpre deixar assente o que impõe o art. 55 da Lei n.º 8.666/93:*

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. (...)

56. Conforme doutrina acerca do tema, esclarece-se que:

O inc. XIII destina-se a evitar dúvidas sobre o tema. A sua ausência não dispensaria o particular dos efeitos do princípio de que a habilitação se apura previamente, mas se exige a presença permanente de tais requisitos, mesmo durante a execução do contrato. O silêncio do instrumento não significará dispensa da exigência. Se o particular, no curso da execução do contrato, deixar de preencher as exigências formuladas, o contrato deverá ser rescindido (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 10ª ed., São Paulo, 2004, p. 484/485)."- Acórdão nº 1.534/2007, Plenário, rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça, Processo TC 003.809/2003-8, DOU de 10.08.2007.

Seria correto concluir-se que, em não sendo regularizada a situação pelo contratado (fiscal,

econômico-financeira ou de qualificação técnica), emergiria, instantânea e automaticamente, a prerrogativa de a Administração rescindir o contrato, existindo ou não a cláusula necessária no instrumento contratual?

À vista do princípio da proporcionalidade, importará identificar-se a providência menos onerosa ao interesse estatal e aos valores tutelados pela ordem jurídica. De acordo com Marçal Justen Filho[1], descaberia solução mecanicista, em que a ocorrência de evento suprível viesse a ser considerada como causa automática para a rescisão do contrato. Será necessário identificar uma relação de causalidade entre o problema verificado e a satisfação do interesse público.

Existindo ou inexistindo no contrato a cláusula necessária do art. 55, XIII, e uma vez apurado que o contratado encontra-se em situação irregular, sendo-lhe concedido prazo para emenda, sem sucesso, será preciso analisar se, no caso concreto, a rescisão acarretaria prejuízos ao interesse estatal, superiores aos advindos da manutenção do vínculo. Em outras palavras, rescindir ou não o contrato, nessas circunstâncias, desafia a gestão comprometida com o resultado de interesse público a ser alcançado.

4.1 Aplicação prática: a Administração flagra a existência de irregularidade do contratado com a seguridade social (INSS), o FGTS ou a fazenda pública.

O comando constitucional do art. 195, § 3º, estabelece que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social não poderá contratar com o poder público, inferindo-se que, se o débito sobrevier na vigência do contrato, este estará sujeito à rescisão.

Na ordem infra constitucional, a Lei nº 9.012/95, art. 2º, preceitua que "*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*".

A expressão "concorrência pública" é empregada no sentido do gênero licitação pública. Fosse entendida como modalidade licitatória (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93) estariam admitidas a licitar e contratar com o poder público as pessoas jurídicas em situação irregular com o FGTS, desde que a modalidade licitatória fosse o convite, a tomada de preços ou o pregão. Esse, certamente, não é, nem poderia ser, o propósito da norma, que confrontaria com o texto da Constituição.

No que tange à irregularidade com a fazenda pública, veja-se o que dispõe o art. 193 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) - "*Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre*".

O art. 29 da Lei nº 8.666/93 aponta a documentação a ser exigida para a verificação da "*regularidade fiscal*" do licitante. O art. 193 do CTN prevê a comprovação "*de quitação*" com a fazenda pública. A prova exigível é a da regularidade com o fisco, que pode abranger a existência de débito consentido e sob o controle do credor, e, não, a da quitação, que é a ausência de débito.

Assim, após a Administração instar o contratado a regularizar a situação com a seguridade social, com o FGTS ou com a fazenda pública, sem sucesso, a consequência, num primeiro momento, seria a rescisão contratual, por força das proibições previstas nas normas mencionadas.

"Num primeiro momento" porque se mostra imperiosa a análise da compatibilidade entre a concretização do evento, existente ou inexistente a cláusula necessária do art. 55, XIII, no contrato, a repercussão para os resultados de interesse público e a manutenção da contratação vigente.

Pondere-se sobre as seguintes hipóteses: (a) a Administração, já próximo o encerramento do prazo para a execução do objeto, verifica que o contratado encontra-se irregular com a seguridade social, ou com o FGTS, ou com a fazenda pública; (b) a Administração verifica que o contratado não mantém os mesmos índices de liquidez exigidos no edital como requisitos de qualificação econômico-financeira, ou que se encontra em recuperação judicial (situação pré-falimentar), tendo executado a quase totalidade do objeto; (c) o contratado dispensa um de seus colaboradores, indicado para comprovar requisito de qualificação técnica, após este haver concluído sua tarefa na execução do objeto.

Seria razoável rescindir-se o contrato pelo fato de o contratado não mais preservar as condições iniciais exigidas, remetendo a Administração à realização de nova licitação, ou de uma contratação direta com base no art. 24, XI, ou mesmo promover a contratação direta por emergência? Seria razoável rescindir-se o contrato, para que terceiro arrematasse a execução?

Constitui motivo para a rescisão unilateral do contrato, de acordo com os artigos 78 e 79, inciso I, da Lei nº 8.666/93, o não cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais. Assim, se o contratado não comprova a manutenção das mesmas condições de habilitação e qualificação inicialmente exigidas, a consequência possível, em tese, é a rescisão unilateral do contrato. Contudo, cada caso deve merecer avaliação específica. É preciso que a Administração sopese se a rescisão do contrato e a contratação de terceiro, no estágio em que se encontra a execução do objeto:

(a) não acarretaria encargos superiores aos oriundos de sua manutenção, em vista dos custos da elaboração de novo procedimento licitatório ou da realização de contratação direta;

(b) impossibilitaria a finalização segura e perfeita do objeto, tendo em vista o nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

(c) retardaria o cumprimento do cronograma de execução;

(d) importaria sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra, serviço ou fornecimento, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Marçal Justen Filho[2], ao comentar a regra do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, ensina que:

"*Não haverá cabimento de impor-se, de modo automático, a rescisão contratual. Tem de admitir-se, portanto, que o dispositivo ora examinado relaciona-se com a concretização de evento que torne, de modo definitivo e irremediável, incompatível com a ordem jurídica a manutenção da contratação de um certo sujeito*".

Jessé Torres Pereira Junior, ao comentar a cabeça do art. 78 da Lei Geral das Licitações e Contratações, indaga "se a só ocorrência do motivo obriga a rescisão, descartada qualquer avaliação quanto à conveniência para o interesse púbico ou do contratado". E pondera: "*A resposta é negativa. A uma, porque, mesmo caracterizado o motivo que renderia azo à rescisão, pode a Administração (nos casos em que o particular for o causador, por exemplo) considerar que melhor atenderia ao interesse do serviço manter o contrato, adotando-se medidas mais severas de fiscalização ou introduzindo alterações que, compatíveis com os limites e motivos legais (art. 55, I), estimulem o*

desempenho do contratado, até porque a realização de nova licitação acarreta custos ou redunda em elevação de preços nem sempre compensadores. A duas, porque os direitos do contratado também hão de ser levados em conta, tanto que a rescisão será decidida em processo regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa (v.parágrafo único)" (*Comentários* cit., p. 778).

5. Irregularidade no registro cadastral e pagamento ao contratado pela execução do objeto

Não raro a Administração, durante a execução do contrato, depara-se com a existência de algum documento integrante do registro cadastral do contratado desatualizado (validade vencida), ou com irregularidade deste perante a seguridade social, o FGTS ou a fazenda pública, ou, ainda, que se encontra cumprindo penalidade que o impede de contratar com o poder público. A primeira providência da Administração é a de solicitar ao contratado a regularização da situação em prazo determinado. Persistindo a irregularidade, surge a indagação: o pagamento em decorrência da execução do objeto deve ser efetuado ao contratado quando constatada uma das situações descritas? Ou, ainda, é legítima a retenção do crédito do contratado pela Administração?

Durante toda a execução do contrato, a Administração deve verificar a manutenção das condições iniciais de habilitação e qualificação exigidas no instrumento convocatório ou daquelas exigidas no processo de contratação direta, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação. Ilustra-se: se foi exigida no instrumento convocatório a comprovação da regularidade fiscal com a fazenda nacional, durante a execução do contrato a Administração deverá verificar se e exclusivamente a regularidade fiscal com essa Fazenda se mantém; é vedado à Administração ampliar a verificação da regularidade fiscal com outras fazendas ou exigir a atualização do balanço patrimonial do contratado, por exemplo, se tais requisitos de habilitação não foram exigidos no instrumento convocatório ou no processo da contratação direta.

5.1 A inafastável verificação da regularidade com a seguridade social, com o fundo de garantia por tempo de serviço e com a fazenda pública

A regularidade com o INSS, o FGTS e a fazenda pública deve ser exigida por todos os órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, tanto nos instrumentos convocatórios de suas licitações como nas contratações diretas, sejam estas decorrentes de dispensa ou inexigibilidade, seguindo-se com a verificação da manutenção dessa mesma regularidade durante toda a execução do contrato.

No que tange à comprovação da regularidade fiscal com a fazenda pública, prevista no art. 29, III, da Lei nº 8.666/93, razoável é entender-se que deva ser verificada nos limites do interesse do ente federativo contratante ou que promove a licitação. Assim, se o órgão ou entidade pública pertencer à União, exigir-se-á comprovação da regularidade fiscal com a fazenda nacional, tão-somente; se pertencer ao Município, a comprovação restringir-se-á à regularidade com a fazenda da unidade local onde se promove a licitação ou a contratação direta.

Não resulta afastada a possibilidade de a administração pública, licitante ou contratante, exigir comprovação com a regularidade fiscal perante a fazenda pública federal, estadual e municipal, conjuntamente, nas hipóteses em que, para garantia da execução do objeto, seja imprescindível averiguar-se a existência de débitos que possam comprometer a estabilidade financeira da entidade empresarial licitante e o pleno cumprimento de suas obrigações frente ao compromisso que assumirá com a Administração.

Veja-se a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União, de caráter normativo[3], por força da aplicação do disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, a qual assentou, como obrigatória, a exigência, por órgão ou entidade pública federal, licitante ou contratante, de comprovação da regularidade fiscal com a seguridade social (art. 193, § 3º, da CR/88 e art. 47, I, "a", da Lei nº 8212/91), com o fundo de garantia por tempo de serviço (art. 27, "a", da Lei nº 8.036/90) e com a fazenda nacional (art. 2º, "a", da IN nº 93/93-SRF) - atualmente, o ato normativo que dispõe sobre a emissão de certidões de prova de regularidade fiscal perante a fazenda nacional, quanto aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é a Instrução Normativa RFB nº 734, de 2 de maio de 2007.

Eis o texto da decisão:

"*O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1) firmar o entendimento de que: 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; b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea "a" acima é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação, "ex vi" do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;*" Acórdão nº 705/1994, Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Processo nº TC 020.032/93-5, DOU de 06.12.94.

6. A dispensa, total ou parcial, dos documentos elencados nos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666/93

Dispõe o art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93 que a documentação prevista em seus artigos 28 a 31 poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite e fornecimento de bens para pronta entrega. Assim, na modalidade convite, independentemente do objeto, e nas licitações, seja qual for a modalidade licitatória, que almejam a aquisição de bens para pronta entrega - entenda-se, por aplicação do art. 40, § 4º, aquela com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para a apresentação da proposta -, é facultado à Administração dispensar, no todo ou em parte, os requisitos de habilitação exaustivamente previstos na Lei nº 8.666/93.

A dispensa, no todo, dos documentos de habilitação afigura-se inconstitucional em face do disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Republicana de 1988, o qual estabelece que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social fica proibida de contratar com o poder público, não podendo também dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Há, pois, no caso específico da prova da regularidade com o sistema da seguridade social, conflito entre o permissivo constante no § 1º do art. 32 da Lei nº 8666/93 e a mencionada vedação constitucional. Resolve-se com a aplicação do princípio da supremacia da Constituição: a prova da regularidade relativa à seguridade social deve ser obrigatoriamente exigida em qualquer licitação pública, independentemente da modalidade ou do modo de fornecimento adotado, e, ainda, nas contratações diretas, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A faculdade de dispensar, no todo ou em parte, a documentação a que se referem os arts. 28 a 31 possibilitaria que os faltosos com o sistema de seguridade social competissem, na fase de habilitação, em condições de igualdade com aqueles contendores em situação de adimplência, dispensando-se, assim, tratamento igual aos desiguais, a violar o princípio da isonomia (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam).

6.1 Obrigatória comprovação da regularidade com o fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS)

A dispensa, no todo, dos documentos de habilitação, segundo a norma do art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93, também é inaplicável por força do disposto no art. 2º da Lei nº 9.012/95 - "*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*."

No conflito entre duas normas de mesma hierarquia, porém sendo uma especial e outra geral, aplica-se o critério da especialidade. Prevalece, no caso concreto, a norma especial (art. 2º da Lei nº 9.012/95) sobre a norma geral (art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93), o que obriga a Administração a verificar a regularidade do licitante com o FGTS, quando a modalidade seja o convite, ou, independentemente da modalidade licitatória, na aquisição de bens para pronta entrega. Aliás, por força do disposto no art. 2º da Lei nº 9.012/95, a comprovação da regularidade com FGTS deve sempre ser exigida pela Administração, em qualquer de suas licitações e em suas contratações diretas.

6.2 Obrigatória comprovação da regularidade com a Fazenda Pública

A regra do art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93 também se afigura inaplicável por força do disposto no art. 193 da Lei nº 5.172/66, o Código Tributário Nacional. Tal diploma adquiriu "*status*" de Lei Complementar, que se distingue da lei ordinária por complementar matéria veiculada na Constituição em campo próprio de incidência, exigindo-se maioria absoluta para sua aprovação.

O art. 37, XXI, da CR/88, ao impor o processo de licitação como regra geral para a contratação de compras, obras, serviços e alienações, concede à Administração licitadora discrição para exigir dos licitantes prova de qualificação técnica e econômico-financeira que baste a assegurar o cumprimento das obrigações contratadas. Logo, exclui dessa discricionariedade a exigência de prova acerca da habilitação jurídica e da regularidade fiscal, seguindo-se que, quanto a estas, a Administração deve exigir, nos atos convocatórios de licitações, o atendimento a todas as exigências legais, sem exceção.

Tanto assim é que os artigos 27 e 28 da Lei nº 8.666/93 definem que a prova da habilitação jurídica e da regularidade fiscal **"consiste"** na apresentação dos documentos que relacionam, ao passo que os artigos 30 e 31 enunciam que a prova da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira **"limitar-se-á"** aos documentos que indica, isto é, pode o edital exigir, como limite máximo, todos esses documentos, mas também pode deixar de exigir aqueles que não se mostrem relevantes em face da dimensão do objeto ou da complexidade de sua execução.

Infere-se, pois, que a regra do art. 32, § 1º, não pode ser aplicada para autorizar a Administração a dispensar todos os documentos de habilitação, nas hipóteses que enuncia (convite e fornecimento de bens para pronta entrega). A dispensa parcial dos documentos de habilitação, também prevista no art. 32, § 1º, para as mesmas hipóteses, não pode excluir o exame da regularidade com a seguridade

social, com o FGTS e com a fazenda pública, por força do disposto no art. 195, § 3º, da CR/88, do art. 28 da Lei nº 8.666/93, do art. 2º da Lei nº 9.012/95 e do art. 193 da Lei nº 5.172/66, respectivamente.

6.3 Distinção entre débito e regularidade fiscal

Nem sempre a existência de débito traduz irregularidade fiscal, quer dizer, a regularidade fiscal pode configurar-se mesmo no caso de o contribuinte, cuja futura contratação pretenda a Administração, estar em débito com o fisco, contanto que em situação admitida como de adimplência pela legislação, como nas hipóteses de parcelamento do pagamento do débito, suspensão da exigibilidade do crédito tributário, moratória, depósito do valor integral do débito sob discussão, reclamações e recursos em processo tributário administrativo, ou sob a proteção de medida liminar concedida em mandado de segurança.

Decidiu o Tribunal de Contas da União que:

"*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*;" Acórdão nº 705/1994, Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, processo nº TC 020.032/93-5, DOU de 06.12.94;

"*...o item 1, alínea "d", da Decisão nº 705/1994 - Plenário exige que a prestadora de serviço à Administração Pública esteja em dia com a* ***regularidade*** *social e fiscal nas fases das despesa: licitação, contrato ou empenho e pagamento*". Acórdão nº 1282/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, processo nº TC 003.220/2005-9, DOU de 29/06/2007.

7. Comprovação da regularidade com a seguridade social, o fundo de garantia por tempo de serviço e a fazenda pública, nas compras de pronto pagamento

De acordo com o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a R$4.000,00 (quatro mil reais), feitas em regime de adiantamento. Segundo o art. 68 da Lei nº 4.320/64, o regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidas em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria, visando a realizar despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação.

O atendimento às prestações e aos serviços demandados à Administração Pública carece de efetivo planejamento quanto à gestão dos recursos públicos. Mas há demandas insuscetíveis de previsão, caracterizando eventualidades (excepcionalidades) que também terão de ser atendidas de modo expedito, sob pena de prejuízos à Administração, não se podendo aguardar o processo normal de aquisição (procedimento licitatório ou contratação direta). Uma das vias desse atendimento é a da concessão de suprimento de fundos, com base nos artigos 68 e 69 da Lei nº 4.320/64, 74, § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, 45 a 47 do Decreto nº 93.872/86, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 95.804/88.

Nas compras para pronto pagamento, realizadas por meio da concessão de suprimento de fundos, deve exigir-se do fornecedor de bens a comprovação da regularidade com a seguridade social, o fundo de garantia por tempo de serviço e a fazenda pública?

O ajuste verbal entre a Administração e o fornecedor, na excepcional hipótese do parágrafo único do art. 60, não lhe subtrai a natureza de contrato, prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 ("*Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*").

Em sendo contrato, mesmo que não tenha a forma expressa, deve a Administração precaver-se contra eventual irregularidade do futuro contratado com a seguridade social, o fundo de garantia por tempo de serviço e a fazenda pública, sobretudo quando as normas do art. 195, § 3º, da CR/88, do art. 2º da Lei nº 9.012/94 e do art. 193 da Lei nº 5.172/66 estabelecem o alcance da proibição não apenas para participação em licitações, mas, também, para contratar com o poder público.

A propósito, note-se a amplitude da decisão do Tribunal de Contas da União: "*...o item 1, alínea "d", da Decisão nº 705/1994 - Plenário exige que a prestadora de serviço à Administração Pública esteja em dia com a regularidade social e fiscal nas fases das despesas: licitação, contrato ou empenho e pagamento.*"- Acórdão nº 1282/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, processo TC 003.220/2005-9, DOU de 29.06.2007.

Presta, pois, o registro cadastral valioso préstimo ao indicar se os contraentes mediante suprimento de fundos estão em situação fiscal regular.

8. Irregularidades identificadas pelos registros cadastrais e seus efeitos sobre o pagamento ao contratado

8.1 Situação irregular do contratado com o sistema da seguridade social

De acordo com os artigos 194 e 195 da Constituição Republicana de 1988, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social à população. São princípios e diretrizes desse sistema de seguridade social: a) universalidade da cobertura e do atendimento; b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) irredutibilidade do valor dos benefícios; e) equidade na forma de participação no custeio; f) diversidade da base de financiamento; g) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

O art. 3º da CR/88 trata a seguridade social como direito e garantia fundamental, ao que se extrai dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros: (a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (b) a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; (c) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O direito à seguridade social também tem sede normativa[4] internacional, mais especificamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado desde 1966 pela comunidade internacional e ratificado pelo Brasil aos 24 de janeiro de 1992, destacando-se, em seu art. 9º, que "*os Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social*".

Em decorrência do interesse público primário que visa a proteger, a seguridade social deve ser

financiada por toda a sociedade, consoante estabelece o *caput* do art. 195 da CR/88, daí a proibição expressa em seu § 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.*"

Em sede infra constitucional, a vedação encontra assento na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

"*Art. 47. É exigido documento comprobatório de inexistência de débito relativo às contribuições sociais, fornecido pelos órgãos competentes, nos seguintes casos:*

I - da empresa:

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

"*Art. 95 (...)*

§ 2º A empresa que transgredir as normas desta Lei, além das outras sanções previstas, sujeitar-se-, nas condições em que dispuser o regulamento: (...)

c) à inabilitação para licitar e contratar com qualquer órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal;"

A proibição menciona somente a "pessoa jurídica" em débito com o sistema de seguridade social, sem referir a pessoa física, do que se poderia depreender que esta estaria admitida a contratar mesmo que em situação irregular perante o sistema. Essa linha de entendimento não pode ser aceita. Se toda a sociedade deve contribuir para o financiamento da saúde, da previdência e da assistência social, não há porque privilegiar-se tal ou qual pessoa, física ou jurídica, na contratação com o poder público.

A Lei nº 8.666/93 admite que a Administração Pública contrate com pessoa física, como se infere da regra do art. 29, I, que prevê, como documento relativo à regularidade fiscal, a comprovação de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF. Ilustra-se com a contratação de engenheiro, profissional autônomo - logo, contribuinte da previdência social -, seja por meio da modalidade concurso, ou por inexigibilidade ou dispensa de licitação, esta com base no art. 24, II, para, por exemplo, elaborar o projeto básico ou fiscalizar, supervisionar ou gerenciar uma obra (art. 9º, § 1º, da Lei nº 8.666/93). O mesmo artigo (29) que exige a comprovação da inscrição no CPF (inciso I), também prevê a comprovação de regularidade com a seguridade social (inciso IV). A exigência de um não exclui o outro. Ambos os incisos do art. 29 convivem como requisitos de regularidade fiscal e o seu atendimento deve ser exigido, conjuntamente, da pessoa física interessada em licitar ou contratar diretamente com a Administração Pública.

8.2 Suspensão de pagamento e retenção de créditos do contratado

Para o cumprimento do mandamento constitucional, que proíbe o poder público de contratar com pessoa jurídica (por extensão, pessoa física) em situação irregular com o sistema da seguridade social, é imprescindível que esteja o processo de pagamento instruído com certidão que comprove a regularidade do credor com o sistema de seguridade social.

Se demonstrado que o contratado encontra-se irregular perante a seguridade social, compete ao setor financeiro do órgão ou da entidade pública suspender o pagamento, ante o impedimento de ordem constitucional, e reter os créditos existentes em favor do contratado. A retenção encontra respaldo na proteção ao sistema de financiamento da seguridade social, que os créditos decorrentes da execução do objeto devem superiormente assegurar.

Veja-se a orientação do Tribunal de Contas da União: "*Neste momento, deve ser verificada a regularidade do credor para com o sistema de seguridade social e, uma vez não comprovada, compete ao ordenador de despesas, juntamente com o encarregado do setor financeiro, suspender o pagamento por impedimento de ordem constitucional e legal*." (Acórdão nº 93/2006, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, processo TC 007.931/0999-9, DOU de 18/05/2001).

Reforça-se a autorização para a Administração reter os créditos do contratado decorrentes da execução do objeto, em vista da responsabilidade solidária, que a lei lhe impõe se o contratado não recolhe as contribuições previdenciárias devidas. O art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93, com a redação da Lei nº 9.032, de 28.04.95, estabelece que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com redação da Lei nº 11.933, de 28 de abril de 2009 ("*Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.*").

A responsabilidade solidária estatal, no que toca aos encargos com a seguridade social, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, só emerge nos contratos de serviços terceirizados. Há responsabilidade solidária, nos termos dos artigos 264 e seguintes do Código Civil, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. Assim, o credor (empregado) pode executar o tomador de serviços (Administração) diretamente pelos débitos que não foram recolhidos pelo contratado (empregador). Fica à escolha do credor executar a Administração ou o devedor originário.

8.3 Contratação de licitante vencedor em situação irregular perante a seguridade social

Nada obstante a Administração possa suspender o pagamento e reter os créditos - recomendando-se que o faça mediante depósito em juízo -, uma vez comprovado que o contratado encontra-se irregular perante o sistema da seguridade social, relativamente aos empregados que executam o objeto do contrato, situação cuja continuidade enseja rescisão unilateral do contrato, registre-se que o Tribunal de Contas da União considera que dita irregularidade pode, em caráter excepcional, não ser óbice à contratação quando o interesse público, no caso concreto, deva ser superiormente atendido.

Veja-se o julgado:

"*5. No que concerne à contratação de empresas com inabilitação fiscal, em infringência aos arts. 195, § 3º, da Constituição Federal, e 29, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, embora tenha a Unidade Técnica acatado a justificativa dos responsáveis, por entender ter sido razoável o ato praticado pelos gestores, ante circunstâncias objetivas em que ocorreram as impropriedades, especialmente quanto*

à contratação de postos combustíveis com inabilitação fiscal, uma vez que não restou outra escolha, por ausência de fornecedor em condição regular e, ante a necessidade de manter o funcionamento das atividades diárias da Entidade, depreendo que, excepcionalmente, considerando as dificuldades enfrentadas pelo responsável no trato da questão, pode, tal fato, ser considerado atenuante da responsabilidade desses gestores. Anuo, portanto, ao posicionamento da unidade técnica no sentido de que o TCU, excepcionalmente, releve essas falhas e não impute o pagamento de multa aos gestores." (Acórdão nº 1.236/2007, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz, processo TC 008.024/2004-1, DOU de 25.05.07).

Tal entendimento não pode ser visto como porta aberta para que se contorne a proibição do art. 195, § 3º da CR/88, pela só alegação de que o interesse público há de ser atendido.

A hipótese, excepcionalíssima, de contratação, seja decorrente de procedimento licitatório ou de forma direta, por dispensa ou inexigibilidade, de quem incide na proibição do art. 195, § 3º, deve homenagear a supremacia do interesse público naquelas situações em que, caso não seja efetivada a contratação, sobrevenha, inevitavelmente, a paralisação das atividades da Administração, causando prejuízos ao regular desempenho de suas atividades institucionais, e podendo, direta ou indiretamente, atingir a prestação de serviços à população, ou risco à integridade do patrimônio público ou de pessoas. Cada caso merecerá avaliação própria. Será necessário identificar uma relação de causalidade entre a não contratação em decorrência da irregularidade fiscal existente e a satisfação dos interesses que o poder público deva realizar.

Se tal contratação for inevitável (como no caso a que se refere o acórdão do TCU ou na hipótese de não haver licitante que comprove todos os requisitos de habilitação exigidos no instrumento convocatório), é prudente que seja: (a) efetivada após a repetição do certame licitatório ao qual não acudiram interessados (licitação frustrada) ou na hipótese de que todos os concorrentes tenham sido inabilitados (licitação fracassada), ampliando-se os meios de divulgação; (b) motivada, isto é, declinando-se, expressamente, nos autos do processo pertinente, as razões de fato e de direito que justificam a decisão, a probabilidade de lesão ao interesse público e os riscos decorrentes da não contratação; e (c) demonstrado que o preço do contrato é compatível com o de mercado.

Decerto que os dados constantes do registro cadastral também haverão de demonstrar a inexistência de alternativa.

9. Solidariedade, subsidiariedade e direito a retenção de créditos

Durante a execução do contrato, pode a Administração Pública constatar que o contratado não mantém outras condições de habilitação inicialmente exigidas, diversas daquelas referentes à seguridade social. Seria legítimo reter o pagamento?

A primeira providência da Administração será a concessão de prazo para que o contratado regularize a situação. A permanência da irregularidade, como retro mencionado, autoriza o gestor a cogitar da prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato (art. 58, II) e de aplicar penalidades ao contratado (art. 58, IV), garantindo-lhe, nos dois casos, a ampla defesa e o contraditório.

9.1 Irregularidade com o fundo de garantia por tempo de serviço - FGTS

A irregularidade com o FGTS e a proibição de contratar com o Poder Público são referidas nos seguintes diplomas:

Lei nº 9.012/95:

"*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.*"

Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990:

"*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;"

9.1.1 Natureza jurídica do FGTS

A natureza jurídica do FGTS é objeto de intensa controvérsia, que o presente estudo deve enfrentar porque repercute sobre a legitimidade de a Administração reter créditos do contratado que não cumpre as obrigações avençadas e se apresenta em situação irregular perante o FGTS.

Para alguns, o FGTS é tributo; para outros, contribuição parafiscal destinada ao custeio do sistema de habitação; há também quem o identifique como indenização devida ao trabalhador dispensado.

Para Arnaldo Süssekind[5], "o FGTS corresponde a créditos do trabalhador, que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada".

Amaro Barreto[6] considera o FGTS um "prêmio proporcional ao tempo de serviço do empregado".

Carlos Henrique da Silva Zangrando[7] vê o FGTS como "um meio sagazmente concebido de permitir a indenização do empregado pela despedida injustificada, proporcionalmente ao seu tempo de serviço e ao salário".

Sérgio Pinto Martins[8] discerne no FGTS natureza jurídica híbrida. Sob a perspectiva do empregado, deve o FGTS ser entendido como "um crédito feito na conta vinculada do trabalhador, uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito", com o objetivo de, levando-se em consideração o tempo de serviço prestado pelo empregado, compensar, de alguma maneira, a despedida realizada unilateralmente pelo empregador. Não se confunde, desse modo, com a indenização, uma vez que não se tem em vista apenas a reparação de alguma espécie de dano causado ao empregado pela cessação do vínculo empregatício por iniciativa do empregador. Sob o ponto de vista do empregador, o FGTS equivale a tributo, mais especificamente uma contribuição social.

O Superior Tribunal de Justiça fixou, no verbete 353 de sua Súmula, o entendimento de que "*As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS*", seguindo-se que lhe nega a natureza de tributo.

O FGTS traduz-se em conta bancária instituída em benefício do trabalhador, com o fim de, nas hipóteses disciplinadas em lei, exercer a faculdade de utilizar-lhe os saldos. É uma espécie de "poupança" obrigatória, vigente no Brasil desde 1966, constituindo alternativa ao direito a

indenização e funcionando também como fonte de captação de recursos para aplicação no sistema financeiro de habitação. As dificuldades quanto à definição da natureza do FGTS devem-se à sua função plúrima: foi criado para substituir a indenização de dispensa, porém é mais amplo, uma vez que forma um pecúlio para o trabalhador e é recolhido de modo compulsório pelo estado. Sob o ângulo de seu perfil preponderante, o FGTS é instituto de natureza trabalhista e social, conforme definido na CR/88: "*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) III - fundo de garantia do tempo de serviço;*"

A inadimplência do contratado com o FGTS, em face de sua índole trabalhista, e de acordo com o disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, não transferiria à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Enunciado nº 331-IV, faz peculiar leitura da norma da lei geral das licitações, de molde a entender que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, gera a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto a essas obrigações, ainda quando o tomador for órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que o órgão ou entidade pública haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Assim, por força daquele Enunciado, a inadimplência do contratado com o FGTS atrai responsabilidade pelo pagamento do débito para a Administração Pública, de forma subsidiária. A subsidiariedade consiste na prerrogativa conferida ao credor de exigir o pagamento do "garante", ou que seus bens sejam excutidos, verificado que o devedor originário não satisfez o débito, nem possui bens para tanto. Atribui, assim, à Administração papel garantidor do devedor principal. Desse modo, cumpre ao devedor pagar a dívida, mas quando, após a execução de seus bens, verificar-se a insuficiência de seu patrimônio para resgatá-la integralmente, o garante será chamado a fazê-lo.

Os débitos relativos ao FGTS não recebem, por conseguinte, o mesmo tratamento dispensado aos débitos da seguridade social, insertos na Lei nº 8.212/91: em relação aos débitos da seguridade social, a responsabilidade estatal é solidária; em relação aos débitos do FGTS, a responsabilidade é subsidiária.

9.1.2 Suspensão do pagamento e retenção dos créditos do contratado

Apurado que o contratado encontra-se irregular com o FGTS, porém executou a contento o objeto do contrato, estaria a Administração Pública autorizada a efetuar o pagamento ou deveria retê-lo?

A inadimplência do contratado com o FGTS não apresenta os mesmos contornos da inadimplência com a seguridade social, que visa a assegurar amplo sistema de proteção à saúde, à assistência e à previdência social. No caso de inadimplência do contratado com a seguridade social, incide o princípio da solidariedade por não se admitir que o estado assista inerte ao comprometimento do custeio da seguridade social dos trabalhadores, tanto mais que estes, sob terceirização, executam serviços que a Administração contratou ao empregador que se tornou inadimplente.

A irregularidade com o FGTS não afasta o dever jurídico de a Administração contratante efetuar o pagamento pelos serviços executados satisfatoriamente pelo contratado, não sendo legítima a retenção de seus créditos. Sendo as obrigações do contrato integralmente cumpridas, constituiria enriquecimento sem causa da Administração não honrar o pagamento, tanto que a Lei nº 8.666/93 só admite a hipótese quando se trata de cobrança de multa (art. 86, §§ 2º e 3º, e 87, § 1º)[9], sublinhando-se que, no caso do art. 87, § 1º, a alternativa ao desconto administrativo é a cobrança

judicial, isto é, se não houver mais pagamentos pendentes dos quais se possa descontar o valor da multa, outro caminho não há que a cobrança judicial. E por uma razão evidente: a Administração não tem, nem pode ter, poder expropriatório fundado em relação contratual, sendo esta uma das ressalvas à auto executoriedade do ato administrativo.

Reforça o entendimento de que o estado locupleta-se indevidamente do esforço de outrem, caso não efetue o pagamento em decorrência da execução do objeto, o disposto no art. 40, § 3º, da Lei nº 8.666/93, que considera como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcelas destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

Veja-se, ainda, que a retenção dos créditos decorrentes da execução do contrato é possível de ser efetivada pela Administração, quando da rescisão unilateral do contrato de que trata o inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93, mas, exclusivamente, na hipótese em que ocorrerem prejuízos à Administração e até o limite dos prejuízos apurados (art. 80, IV, da Lei nº 8.666/93).

9.1.2.1 Locupletamento sem causa

De acordo com o vigente Código Civil, art. 884, aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Consoante o parágrafo único do art. 884, se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

A vedação ao enriquecimento sem causa, a par de sua positivação na lei civil, é princípio geral que permeia todo o sistema jurídico da atualidade. Existirá enriquecimento sem causa quando houver uma vantagem de cunho econômico em detrimento de outrem, sem justa causa.

9.1.3 Rescisão contratual

Nada obstante o pagamento que deva ser efetuado, a irregularidade com o FGTS poderá culminar com a rescisão unilateral do contrato, sem prejuízo da aplicação de penalidades ao contratado. A respeito da decisão pela rescisão contratual, ante o caso concreto, vejam-se os comentários dos itens 4 e 4.1. O sopeso das circunstâncias atenuantes e agravantes, bem assim dos precedentes, certamente que contará com os dados anotados no registro cadastral.

9.2 Irregularidade com a fazenda pública

A exigência de comprovação da regularidade fiscal com a Fazenda Pública encontra previsão na Lei nº 8.666/93, *verbis*:

"*Art. 29 A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: (...)*

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;"

A regularidade fiscal com a fazenda pública, exigida do licitante ou futuro contratado (nas hipóteses em que a contratação realiza-se de forma direta), deve manter-se durante toda a execução contratual, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das penalidades previstas em lei.

Tampouco a irregularidade com a fazenda pública exime a Administração de pagar ao contratado que cumpriu as obrigações convencionadas. Os mesmos fundamentos que sustentam o pagamento ao contratado em situação irregular com o FGTS, expendidos nos itens precedentes, são aplicáveis nesta hipótese, afigurando-se ilegítima a retenção do crédito a que tem direito pela adequada execução do objeto.

9.3 Balanço patrimonial vencido

Idem quando verificado pela Administração que o balanço patrimonial inicialmente apresentado pelo contratado encontra-se vencido. A não atualização pode ensejar a rescisão contratual, sem prejuízo da aplicação de penalidades ao contratado, não eximindo a Administração da obrigação de pagar em decorrência da execução do objeto, sendo ilegítima a retenção do crédito.

9.4 Requisitos de qualificação técnica

O mesmo raciocínio também é aplicável quando comprovado que o contratado não mantém, durante a execução do contrato, os requisitos de qualificação técnica (art. 30 da Lei nº 8.666/93) exigidos por ocasião da licitação ou da contratação direta, sem prejuízo de sua rescisão e da aplicação de penalidades.

10. Não comprovação, pelo contratado, da quitação das obrigações trabalhistas relativas aos empregados que desempenham suas atividades junto à Administração

A Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08, do MPOG, a qual elenca as diretrizes para as contratações de serviços contínuos ou não, no âmbito dos órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, estabelece como sendo obrigação do contratado demonstrar e encargo da Administração exigir:

"*Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, devidamente atestadas pela Administração, conforme disposto nos art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos:*

§ 1º A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das seguintes comprovações:

I - do pagamento da remuneração e das contribuições sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados, na forma do § 4º do Art. 31 da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, quando se tratar de mão-de-obra diretamente envolvida na execução dos serviços na contratação de serviços continuados;

II - da regularidade fiscal, constatada através de consulta on-line ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, ou na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei 8.666/93; e

III - do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração."

No que tange ao não pagamento e a retenção de créditos do contratado em face da não quitação das obrigações trabalhistas, tal é possível desde que exista cláusula contratual subordinando o

pagamento ao contratado a essa comprovação, especificamente em relação aos empregados diretamente vinculados à execução do objeto para a tomadora de serviços (a Administração).

A retenção de créditos, em havendo cláusula contratual que a subordine à comprovação da quitação das obrigações trabalhistas, almeja respaldar a Administração quanto a futuro pagamento que possa decorrer de ação judicial em decorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado. A responsabilidade da Administração, neste caso, é subsidiária, como se infere do texto do Enunciado 331 - IV, do TST, *verbis*: "*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial*."

Uma vez comprovado o pagamento, no prazo fixado pela Administração, impõe-se a liberação do crédito ao contratado.

A não comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas, no prazo fixado pela Administração, dá ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo da incidência de penalidades. O pagamento, neste caso, será efetuado mediante o depósito em juízo, cientificando-se o Ministério Público do Trabalho acerca da irregularidade.

Veja-se, a respeito, o que preceitua a Instrução Normativa nº 2/08, do MPOG:

"Art. 34 (...)

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de