

Do processo nº 2009-0.022.273-1

29/04/2009

EMENTA Nº 11.408

Administrativo. Contrato administrativo. Retenção de pagamentos por ausência de regularidade fiscal perante o INSS. Impossibilidade de condicionar o pagamento de prestações contratuais à regularidade fiscal. Enriquecimento sem causa. Ausência de previsão legal expressa. Possibilidade de a Administração Municipal, nos contratos ainda em curso, proceder à sua rescisão por descumprimento da cláusula que determina a manutenção das condições de habilitação, inclusive a que diz respeito à regularidade perante a Fazenda Pública.

INTERESSADO: Indústria de Artefatos de Papel Anhanguera.

ASSUNTO : Pagamento de nota fiscal fatura.

Informação nº 736/2009 - PGM-AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Assessoria Jurídico-Consultiva

Senhora Procuradora Assessora Chefe

Trata-se de solicitação de parecer, formulada pela Secretaria de Esportes, Lazer e Recreação, que questiona acerca da possibilidade de retenção de pagamento de contratada da Administração

Do processo nº 2009-0.022.273-1

29 04 09

Municipal, que encontra-se em débito perante a Seguridade Social, fato que aconteceu após a execução do serviço e antes do pagamento da remuneração devida à empresa interessada.

A Assessoria Jurídica da Secretaria, às fls. 22, entendeu que o pagamento não poderia ser feito, já que compete à Municipalidade velar pela regularidade fiscal dos contratados perante a Seguridade Social.

No entanto, em função da juntada de cópia de um parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde, parecer que foi exarado em sentido contrário, a Secretaria de Esportes resolveu encaminhar o presente a essa Procuradoria Geral, para elaboração de parecer (fls. 30/31).

Ocorre que a matéria de que trata o presente já está devidamente assentada por essa Procuradoria Geral, que entende não ser possível a retenção de pagamento por ausência de comprovação de regularidade fiscal durante a execução contrato.

Confira, a respeito, os seguintes pareceres desta Procuradoria:

"Não cabe a retenção do pagamento para exigir-se o cumprimento dessa exigência [a comprovação do adimplemento das obrigações determinadas pela legislação previdenciária]." (Ementa n. 10.308)

"Entendo que estão plenamente em vigor e conforme ao bom direito os pareceres ementados pela PGM, que entendem não ser possível vincular o pagamento de serviços prestados à apresentação de documentos ou atestados que provem estar os contratados em dia com suas obrigações para com o sistema da seguridade social ou qualquer outro órgão público. Essa posição está condizente com a

Folha de Informação nº 34

Do processo nº 2009-0.022.273-1

29/04/09 ✓
VALERIA DE NAZARETH PEREIRA
RF 585.1017-01
PGM - ASC

doutrina acima exposta, pelo que o comportamento de SVMA tal como aqui exposto não pode prevalecer.

O que deverá ser feito por aquela Secretaria, caso a empresa contratada não demonstre manter as condições jurídicas que lhe possibilitaram a habilitação no certame licitatório, é instaurar o devido processo legal administrativo, e caso se comprove tal fato após o respectivo contraditório, apená-la nos termos da lei, de acordo com o exposto acima, nada mais (Informação n. 2.419/07)".

Na doutrina, vale trazer o entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

"Além das hipóteses do art. 78, existem outras, implicitamente previstas na Lei. Assim, deve-se dar aplicação ao disposto no art. 55, inc. XIII. Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preenchia ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante todo o período de execução do contrato. Rigorosamente, poderia ser caso de nulidade da licitação, vício que se estenderia ao contrato. Porém, podem supor-se situações em que teriam de ser aplicadas as regras da resolução, mormente quando existisse uma situação de fato consolidada. Imagine-se, assim, que a situação se configurasse relativamente a concessionário de serviço público. Aplicação rigorosa da teoria da nulidade produziria efeitos insuportáveis.

Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Isso não significa que a Administração esteja

Do processo nº 2009-0.022.273-1

29/04/09 ✓
VALERIA DE...
RF 588.1817 01
FGM-AJG

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." (g.n.) (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª edição. São Paulo: Ed. Dialética, 2002, p. 549).

No STJ, o entendimento também não vem sendo diferente.

Confira:

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE "QUENTINHAS". SERVIÇOS PRESTADOS AO DISTRITO FEDERAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA NÃO-COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE.

Não se afigura legítima a retenção do pagamento do serviço prestado, após a efetivação do contrato e a prestação dos serviços contratados, pelo fato de a empresa contratada não comprovar sua regularidade fiscal. (...)

Recebida a prestação executada pelo contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, e, ao argumento da não-comprovação da quitação dos débitos perante a Fazenda Pública, reter os valores devidos por serviços já prestados, o que configura violação ao princípio da moralidade administrativa. Precedentes. Recurso especial improvido." (REsp 730800/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.09.2005, DJ 21.03.2006 p. 115)

Do processo nº 2009-0.022.273-1

29/04/08 ✓VILSON DE AZEVEDO
12/04/08
12/04

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

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.

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." (REsp 633432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.02.2005, DJ 20.06.2005 p. 141)

Diante do exposto, e considerando o princípio do não enriquecimento sem causa e a ausência de expressa previsão legal para a conduta de retenção, sugerimos o encaminhamento do presente à Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos, que, em acolhendo nossa proposição, transmitirá à Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação, o parecer no sentido de que, no caso presente, e nos demais casos que envolverem a mesma questão, a Secretaria de Esportes não deve reter pagamentos sob o fundamento de ausência de regularidade fiscal, facultada à Administração Municipal, nos contratos que ainda estiverem em curso, promover a rescisão destes, pelo descumprimento das cláusulas contratuais e legais que determinam

Folha de Informação nº 37

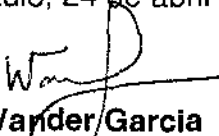
Do processo nº 2009-0.022.273-1

29/04/09
VALERIA DE NAZARETH PERE
RF 585.1017/01
PGM - AJC

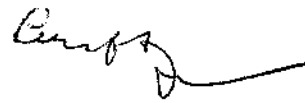
a manutenção das condições de habilitação, inclusive a condição de não ter débitos com a Fazenda Pública.

É nosso parecer, *sub censura*.

São Paulo, 24 de abril 2009.


Wander Garcia
Procurador Assessor – AJC
OAB/SP 180.077
PGM

De acordo.


LEA REGINA CAFFARO TERRA
PROCURADORA ASSESSORA CHEFE - AJC
OAB/SP 53.274
PGM

Folha de Informação nº 38

Do processo nº 2009-0.022.273-1

29, 04, 09

INTERESSADO: Indústria de Artefatos de Papel Anhanguera

ASSUNTO : Pagamento de nota fiscal fatura.

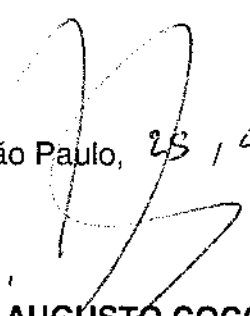
Cont. da informação nº 736/2009 - PGM-AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, no sentido de que, no caso presente, e nos demais casos que envolverem a mesma questão, a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação não deve reter pagamentos de fornecedores, sob o fundamento de ausência de regularidade fiscal, facultada à Administração Municipal, nos contratos que ainda estiverem em curso, promover a rescisão destes, pelo descumprimento das cláusulas contratuais e legais que determinam a manutenção das condições de habilitação, inclusive a condição de não ter débitos com a Fazenda Pública.

São Paulo, 23 / 4 / 2009.


CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM

Do processo administrativo nº 2009-0.022.273-1..... em

12 MAI 2009 (a)

MARIA FIORAVANTORINO
AG.P.P. - 650273300
SNJ-G

INTERESSADA:

INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE PAPEL
ANHAGUERA LTDA.

ASSUNTO:

Parecer de Ementa nº 11.408. Administrativo. Contrato administrativo. Retenção de pagamentos por ausência de regularidade fiscal perante o INSS. Impossibilidade de condicionar o pagamento de prestações contratuais à regularidade fiscal. Enriquecimento sem causa. Ausência de previsão legal expressa. Possibilidade de a Administração Municipal, nos contratos ainda em curso, proceder a sua rescisão por descumprimento da cláusula que determina a manutenção das condições de habilitação, inclusive a que diz respeito à regularidade perante a Fazenda Pública.

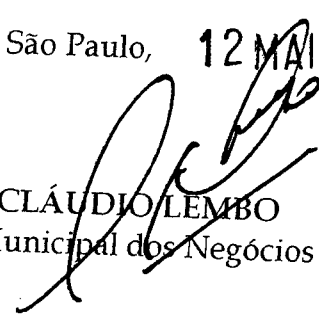
Informação n.º 1380/2009-SNJ.G.

CONT. DA " " F36/2009-V6M.ATC

SECRETARIA MUNICIPAL DE ESPORTES, LAZER E RECREAÇÃO-SEME
Senhor Secretário

Retorno o presente processo a essa Secretaria, com o parecer de Ementa nº 11.408 da Procuradoria Geral do Município, que acolho, no sentido de que não se deve reter pagamentos de fornecedores, sob o fundamento de ausência de regularidade fiscal, facultada à Administração Municipal, nos contratos que ainda estiverem em curso, promover a sua rescisão pelo descumprimento das cláusulas contratuais e legais, que determinam a manutenção das condições de habilitação, inclusive a condição de não ter débitos com a Fazenda Pública.

São Paulo, 12 MAI 2009


CLÁUDIO LEMBO

Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos