

PARECER REFERENCIAL Nº 002/2024

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE UBERABA

1

EMENTA: Parecer referencial. Perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada. Não autorização para retenção de pagamentos por serviços prestados. Ausência de previsão legal para retenção do pagamento por serviços prestados. Possibilidade de pagamento para se evitar o enriquecimento ilícito da Administração. Justificativa para imposição de sanções à contratada. Fundamentação Legal: Princípio da Legalidade, Lei 14.133/2021. Presunção de boa-fé do prestador. Necessidade de cumprimento dos requisitos legais. *Checklist*.

1. RELATÓRIO

A presente manifestação tem por objetivo estabelecer os requisitos e ponderações a respeito do pagamento por serviços prestados por contratada que perdeu as condições de habilitação fiscal no curso do contrato, diante da ausência de previsão legal para retenção desses valores, em obediência ao Princípio da Legalidade.

Tendo em vista a quantidade de processos congêneres, esta manifestação representará as questões jurídicas a serem esclarecidas no que tange ao pagamento de Notas Fiscais por serviços prestados durante a execução contratual, em que a contratada perdeu as condições de habilitação fiscal, com fulcro no Princípio da Legalidade e farta doutrina e jurisprudência, motivo pelo qual as conclusões contidas na presente manifestação deverão ser utilizadas nos demais casos, sem necessidade de análise individual por parte da Procuradoria-Geral do Município. Isto em razão da padronização, celeridade e eficiência administrativa, vetores preconizados na regulamentação normativa inclusa no Decreto Municipal nº 3.815, e 31 de março de 2023, publicado em 05 de abril de 2023, no Porta Voz nº 2.199.

Destarte, ressalta-se que o exame da matéria posta em debate restringe-se aos seus aspectos exclusivamente jurídicos, excluídos da análise qualquer questão técnica ou econômica, notadamente quanto à conveniência e oportunidade inerentes a qualquer acordo/ajuste, devendo a autoridade competente se municiar de todas as cautelas para que os atos do processo sejam prestados apenas por quem de direito.

1.1. DO CHECK LIST - ANEXO II (instrução processual)

Em que pese a Lei 14.133/2021 determinar que a contratada deverá manter, durante toda a execução do contrato, as obrigações por ela assumidas e todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, a perda das condições de habilitação fiscal não autoriza a Administração Pública à retenção dos valores pelos serviços efetivamente prestados, sendo que, nesse caso, o



pagamento deverá ser precedido da abertura de procedimento administrativo com a devida instrução e análise, contendo os documentos e informações especificados no ANEXO II – CHECK LIST.

A ausência de qualquer item acima elencado torna o procedimento passível de vício formal e/ou material, e não concordância com as recomendações expressas neste parecer referencial por parte dos autores responsáveis dos atos administrativos.

2. PARECER REFERENCIAL NO ÂMBITO MUNICÍPIO DE UBERABA

A padronização da análise e da manifestação jurídica, por meio da manifestação jurídica referencial, possibilitará aos Procuradores Municipais lotados no Departamento Consultivo Administrativo da PROGER maior foco e priorização de temas jurídicos estratégicos e de maior complexidade, em benefício dos órgãos e autoridades assessorados. No entanto, a prioridade da nova lei com a possibilidade da padronização dos posicionamentos jurídicos pelos órgãos competentes é o Princípio da Eficiência, Gestão e Razoável duração dos processos.

Destarte, em plena observância aos diplomas referidos, a presente manifestação jurídica referencial consubstancia a referida análise prévia, de modo que SE TORNA OBRIGATÓRIA sua juntada aos autos pelo órgão, que atestará, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. Além disso, caberá ao órgão dar atendimento às recomendações consignadas na presente manifestação.

Daí, portanto, que a elaboração de um parecer jurídico referencial, que contemple todas as recomendações de caráter jurídico, no tocante aos procedimentos e requisitos que devem ser observados para a efetivação de pagamento da contratada que apresente a Nota Fiscal ou outro documento congênere, mas que possua alguma certidão de habilitação fiscal vencida/positiva, cumpre satisfatoriamente as competências da PROGER previstas no § 5º do artigo 53 da Lei Federal nº 14.133/2021¹. Nessa linha, vale destacar, ainda, que o Tribunal de Contas da União – TCU já se manifestou favoravelmente à adoção de manifestação jurídica referencial. É o que se observa da leitura do Acórdão nº 2674/2014 - Plenário²:

¹ Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação. [...] 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

² Tribunal de Contas da União, disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1326694/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse, Acesso em 01 de abril de 2023.

9.2 Informar à Advocacia-Geral da União que o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo- a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma.” (Acórdão nº 2.674/2014-Plenário) É importante destacar a ressalva contida no citado Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014 no sentido de que "não se pode dispensar a atuação consultiva, de ofício ou por provocação, visando à retificação, complementação, aperfeiçoamento ou ampliação de posicionamento lançado em manifestação jurídica referencial, ou destinado a adaptá-la a inovação normativa, mutação jurisprudencial ou entendimento de órgão de direção superior da AGU; bem como o esclarecimento de dúvidas jurídicas suscitadas pelo órgão administrativo.
[...]

11. Desse modo, a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado, pode-se esclarecer à AGU que o entendimento do TCU referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados por este Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abrangem todas as questões jurídicas pertinentes. (Acórdão nº 2674/2014 – Plenário TCU)

Nesse sentido, cite-se que a Advocacia-Geral da União já regulamentou o tema por meio da Orientação Normativa nº 55/2014:

O AVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos. Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

Assim, restaram estabelecidos os seguintes critérios para a elaboração de manifestação jurídica referencial: 1. a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação; 2. o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e 3. a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Desse modo, a manifestação jurídica referencial se apresenta como importante mecanismo a reduzir o tempo de tramitação dos processos administrativos e, ao mesmo tempo, permitir que a força de trabalho seja redirecionada a questionamentos jurídicos mais complexos.

Ressalte-se que a análise acerca da possibilidade jurídica de realização de pagamento da contratada que possua Certidão Fiscal Positiva, em regra, envolve a verificação acerca da juntada de documentos e informações (*checklist*), não havendo questões jurídicas a serem dirimidas, além das recomendações usuais, repetidamente expostas nos pareceres.

Para ressaltar o caráter repetitivo da matéria, é válido frisar que as condições, requisitos e procedimento, além dos documentos que devem instruir os respectivos processos são rigorosamente os mesmos em todos os casos, pelo que se deve reconhecer como presente a necessária identidade de matéria.

Consoante exposto no tópico anterior, entende-se adequada a adoção de manifestação jurídica referencial, em face de processos de pagamento de fornecedores/prestadores de serviço que estejam com certidão fiscal positiva, com fulcro na Lei 14.133/21, tendo em vista que o tema é recorrente e, como regra, exige do parecerista a mera conferência de documentos, ausente qualquer controvérsia legal.

O art. 53, §5º, da Lei n. 14.133/2021 trouxe a possibilidade expressa de utilização de dispensa da análise individualizada de processos pelo órgão de assessoramento jurídico, mediante ato da autoridade máxima do órgão, considerado o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata dos bens ou a utilização de minutas padronizadas.

Sendo assim, é notório que a presente medida se reveste dos atributos de eficiência e efetividade, imperativos da atuação da administrativa pública.

Sem embargo, repisa-se que eventuais dúvidas jurídicas suscitadas pela Secretaria assessorada, ou mesmo para esclarecer se determinado caso concreto amolda-se ou não aos termos da presente manifestação referencial, podem ser objeto de consulta e análise específica pela PROGER.



Procurador
Vista
Procurador

Por essa razão, RECOMENDA-SE, como condição *sine qua non* à adoção da presente manifestação jurídica referencial, que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos do presente parecer.

No mais, reforce-se que é responsabilidade do gestor público verificar se o caso concreto se enquadra, de fato, na hipótese aqui tratada.

3. FUNDAMENTAÇÃO

3.1 Pagamento por serviços prestados diante da apresentação de CND Vencida.

Impende destacar que não é objeto do presente parecer analisar quanto à prestação ou não dos serviços ou a regularidade dos pedidos de pagamento (regularidade das notas fiscais), mas tão somente sobre a exigência da apresentação de Certidão Negativa para que seja liberado o pagamento pelos serviços prestados. Contudo, tais situações deverão ser analisadas pelo setor técnico do Órgão respectivo, sob sua responsabilidade, para cumprir os demais requisitos exigidos para os pagamentos rotineiros.

Embora a Administração Pública possa exigir a regularidade fiscal para contratar e possa até rescindir o contrato unilateralmente, em razão de descumprimento de cláusulas, não pode condicionar o pagamento de obrigações realizadas à regularidade fiscal, uma vez que não há disposição legal expressa no que diz respeito à exigência de comprovação de regularidade fiscal quando do pagamento das parcelas do contrato administrativo.

Diante dessa ausência, deve-se ater aos normativos que regem a espécie e interpretá-los harmonicamente, ressaltando-se que cabe ao intérprete atuar amparado pela lei, doutrina e jurisprudência.

A Constituição Federal em seu art. 195, §3º, reza:

Art. 195 (...)

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Uma vez que, a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal constitui requisito de habilitação prévia nos procedimentos licitatórios e é necessária para que se verifique a idoneidade da pretendente, sua capacidade de cumprir as condições da futura contratação, a observância dos deveres referentes a tributos e contribuições gerados pela atividade ou profissão a ser realizada e a probabilidade de inadimplência, de acordo com o art. 62, III, c/c o art. 68, ambos da Lei n. 14.133/2021, prescreve, in verbis:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: (...)

III - fiscal, social e trabalhista.

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

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

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Embora se trate de formalidade prévia, a referida exigência deve ser mantida durante toda a execução do contrato, tratando-se de cláusula essencial, consoante o art. 92, XVI, da Lei n. 14.133/2021, in verbis:

Art. 92. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XVI — 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.

Por isso, deve a contratada pelo Poder Público manter sua regularidade fiscal no curso do contrato, e não somente no momento da licitação, sob pena de descumprir o contrato com relação à essa exigência.

De toda forma, não existe na Constituição Federal e nem na lei 14.133/21 a exigência de comprovação de regularidade fiscal quando do pagamento das parcelas do contrato administrativo, justificando assim o pagamento pelos serviços efetivamente prestados.

Assim, podemos inferir que a falta da apresentação da certidão negativa, por não existir previsão legal e contratual expressa, não poderia acarretar a retenção do pagamento.

Sobre a matéria em apreciação, destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nas seguintes decisões:

STJ. RMS 24.953/CE, em 04/03/2008. Rel. Min. Castro Meira. DJ 17/3/2008: 1-[...] Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia, a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei n. 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

2 — STJ. REsp. 633.432/MG. Rel. Min. Luiz Fux, 22/02/2005: [...] Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos 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. (grifo nosso).

7

Nesse sentido, é firme a jurisprudência do TJDF, in verbis:

ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO. CERTIDÕES NEGATIVAS. EXIGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. RETENÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. O mandado de segurança é meio hábil para requer um pronunciamento judicial acerca da legalidade ou não do ato administrativo emanado da autoridade coatora. Não pode a Administração Pública, a pretexto de não recebimento de Certidão Negativa de regularidade fiscal, não prevista no contrato administrativo, reter pagamentos efetivamente devidos a particular que cumpriu sua parte no contrato administrativo regularmente firmado, sob pena de, assim agindo, desbordar da competência legalmente estabelecida e incorrer em enriquecimento ilícito. (Acórdão n.485900, 20050110631014APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/03/2011, Publicado no DJE: 10/03/2011. Pág.: 243)

Logo, percebemos que a exigência de regularidade fiscal é motivo que impede a participação em licitação e assinatura de contrato administrativo, mas não o pagamento pelos serviços já executados.

Esse posicionamento, alicerçado na jurisprudência nacional e na ausência de previsão legal para referida “sanção”, pela desnecessidade de comprovação de regularidade fiscal para que se liberem os pagamentos de serviços já prestados pelas contratadas, visa evitar o ajuizamento de ações para liberação de tais pagamentos, que culminaria em constantes sucumbências, imputadas, judicialmente, ao ente público.

Nesse diapasão, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

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

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.
2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".

[...]

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

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.” (RMS 24953/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE FATURAS. ILEGALIDADE DA PORTARIA 227/95, QUE CONDICIONA O PAGAMENTO À COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL DA EMPRESA CONTRATADA. MATÉRIA PACIFICADA. 1. Discute-se nos presentes autos a legalidade da Portaria n. 227/95, que prevê a retenção de pagamento de valores referentes a parcela executada de contrato administrativo, na hipótese em que não comprovada a regularidade fiscal da contratada. 2. A pretensão recursal destoa da jurisprudência dominante nesta Corte no sentido da ilegalidade da retenção ao pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco, por extrapolar as normas previstas nos arts. 55 e 87 da Lei 8.666/93. Precedentes: REsp 633432 / MG, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/6/2005; AgRg no REsp 1048984 / DF, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/9/2009; RMS 24953 / CE, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1313659 RR 2012/0049480-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 23/10/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/11/2012)

Vejamos outras decisões de Tribunais de Justiça reafirmando este mesmo posicionamento, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO REGULARIDADE FISCAL. CONDICIONAMENTO PARA O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS PRESTADOR POR PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. O ato impugnado pela ação constitucional foi praticado pelo Secretário de Estado da Defesa Social de Alagoas, o que torna evidente a competência da Justiça estadual para apreciar a demanda. Não obstante o poder conferido à Administração de exigir a comprovação de regularidade fiscal durante toda a vigência do contrato, não pode proceder à retenção do pagamento pelos serviços comprovadamente prestados, sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito.

(TJ-AL - AI: 08011231320168020000 AL 0801123-13.2016.8.02.0000, Relator: Des. Celyrio Adamastor Tenório Accioly, Data de Julgamento: 29/09/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/10/2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RETENÇÃO DO PAGAMENTO ATÉ COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. FALTA DE AMPARO LEGAL. I. Não há amparo legal para que a Administração Pública condicione o pagamento de serviço prestado à comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada que o executou. II. Recurso conhecido e provido.



(TJ-DF 07094592320178070000 DF 0709459-23.2017.8.07.0000, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/03/2018, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/04/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

9

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE SERVIÇOS PRESTADOS. RETENÇÃO. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS. INADMISSIBILIDADE. 1 – Ilegítima a exigência de apresentação de certidões negativas de débito, quando a empresa contratada efetivamente cumpriu com sua obrigação, sob pena de afronta ao princípio da legalidade e enriquecimento sem causa da Administração. 2 - A aplicação da penalidade de retenção de pagamentos não consta nas sanções elencadas no artigo 87 da Lei de Licitações. 3 – Recurso e remessa necessária desprovidos. Sentença mantida.

(TJ-DF - APO: 20130111733715 DF 0009762-63.2013.8.07.0018, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 03/09/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/09/2014. Pág.: 107).

Podemos verificar o informativo 103/2012, do Tribunal de Contas da União em que manifestou o mesmo posicionamento:

A perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à contratada, mas não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012).

Sendo assim, a Administração Pública não pode negar a devida contraprestação pecuniária por bens ou serviços contratados que lhe foram efetivamente prestados ou disponibilizados a contento, ainda que o fornecedor dos bens ou o prestador de serviço se encontre em dívida com a Fazenda Nacional, Estadual e Municipal, pois além de não encontrar amparo legal, configura enriquecimento ilícito da Administração Pública. Poderá esta, em razão de descumprimento de cláusula contratual, imputar as sanções previstas no art.155 e ss. da Lei n. 14.133/2021 e, se não regularizada a sua habilitação fiscal, poderá rescindir o contrato, nos termos do art. 137 da Lei 14.133/2021.

Nesse sentido, a “retenção de pagamento em razão de o contratado não manter a regularidade fiscal perante a Fazenda Pública” ofende o princípio da legalidade insculpido na Carta Federal, por não constar do rol das condições para o pagamento.

Contudo, deverá ser responsabilizado administrativamente pelo descumprimento de suas obrigações legais e contratuais, de acordo com o que dispõe o art. 155 da Lei 14.133/2021:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Caberá ainda a rescisão do contrato, se a contratada não regularizar a sua situação fiscal no prazo a ser concedido pela Administrativa, conforme art. 141 da Lei n. 14.133/2021, senão vejamos:

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

- I - não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;
- II - desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

Contudo, apesar da Administração Pública não ter meios para reter o pagamento da contratada que não mantém a sua habilitação fiscal durante a execução do contrato, o ente público tem o poder-dever de fiscalizar e adotar as providências para o cumprimento das obrigações fiscais pela contratada, conforme inclusive previsão no art. 50 e art. 121, ambos da Lei 14.133/2021:

Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

- I - registro de ponto;
- II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
- III - comprovante de depósito do FGTS;

- IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;
V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;
VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

- I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
- II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
- III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
- IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
- V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

4. CONCLUSÕES

Por todo exposto, observados os preceitos da legislação vigente, os apontamentos acima e considerando os exatos termos dos autos, opina-se, em tese, pela possibilidade jurídica do pagamento da contratada que apresente Certidões Positivas ou Vencidas, isto é, por falta de regularidade fiscal, desde que observados os apontamentos constantes no corpo deste parecer e cumprido o checklist constante no item 1.1.

O presente parecer não elide a responsabilidade dos servidores que devem fiscalizar e adotar as providências para o cumprimento das obrigações fiscais pela contratada, conforme inclusive previsão no art. 50 e art. 121, ambos da Lei 14.133/2021.



Tendo em vista a desnecessidade de análise individualizada de cada um dos processos de pagamento da contratada que não mantém a sua regularidade fiscal, as considerações jurídicas apresentadas e requisitos necessários enumerados na presente manifestação deverão ser adotadas pelo órgão nos casos de pagamento com Certidão Positiva/Vencida que se enquadrem na situação descrita no presente opinativo. Eventual dúvida sobre algum caso específico ou acerca da interpretação ou aplicação de normas deverá ser objeto de consulta específica e objetiva.

12

Por fim, caso a Secretaria Gestora não tenha tomado as providências previstas no art. 50 e art. 121, ambos da Lei 14.133/2021, recomendamos, agindo frente ao seu dever de fiscalização, notificar a EMPRESA para regularizar sua situação fiscal, sob pena de rescisão contratual.

De todo modo, salienta-se que o presente exame limitou-se aos aspectos jurídicos, não competindo adentrar na análise de aspectos técnicos e da conveniência e oportunidade que ficam a cargo dos órgãos competentes deste Município.

Cumprе anotar que o **“parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”**. (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13^a. ed., p. 377). Ou seja, trata-se de ato meramente opinativo.

É o parecer.

Uberaba (MG), 22 de janeiro de 2024.

Guilherme Augusto Severino
Procurador Adjunto do Município

Fabiana Gomes Pinheiro
Procuradora Geral do Município
PROGER

Visa
PROGER

Visa
PROGER

ANEXO I
Termo de conformidade

13

DECLARO, para todos os fins de direito, que o Processo Administrativo nº XXXX (indicar número do processo respectivo), encontra-se regularmente instruído com os documentos essenciais, bem como, que foi efetuada verificação dos itens e documentos elencados no CHECK LIST, de modo que o presente caso está em conformidade com a hipótese prevista no Parecer Jurídico Referencial nº 002/2023.

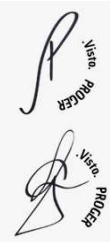
Uberaba, data.

Nome (*)

Cargo (*)

Matrícula nº (*)

(*) Dados do gestor responsável pelo contrato administrativo na Secretaria/órgão,





ANEXO II

CHECK LIST

**LISTA DE VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS RELATIVOS A PERDA DA
REGULARIDADE FISCAL NO CURSO DE CONTRATOS DE EXECUÇÃO
CONTINUADA OU PARCELADA**

14

	S/N	Fls.	Observação:
1. Solicitação Órgão/Secretaria Gestora do contrato para o pagamento da Nota Fiscal cuja contratada apresentou CND Vencida, com as especificações dos serviços prestados ou bens fornecidos, declarando expressamente que a questão não se encontra judicializada;			
2. Juntada da Nota Fiscal devidamente liquidada, nos termos do art. 63 da Lei 4.320/1964, comprovando o recebimento da mercadoria ou a prestação do serviço nos moldes contratados;			
3. Cópia do contrato, ajuste, acordo, autorização de fornecimento, ordem de serviço ou outro documento que deu origem à dívida; e, quando ausente, a justificativa dos motivos de sua não emissão;			
4. Juntada de todas as certidões fiscais, regulares ou não;			
5. Declaração do órgão ou entidade de não ter havido pagamento do objeto ou dos serviços prestados em referência na Nota Fiscal e que constitui o pedido de pagamento;			
6. Empenho prévio ou concomitante à despesa;			
7. Manifestação da área técnica que certifique que o caso concreto se amolda aos termos do presente parecer;			
8. Juntada do presente parecer referencial em cada um dos autos administrativos em que se pretender realizar o pagamento de Nota Fiscal ou outro documento fiscal congênere, emitido pela contratada por serviços efetivamente prestados, mas que perdeu as condições de Habilitação Fiscal;			

P. Visto
PROCURADOR
P. Visto
PROCURADOR



9. Notificação da EMPRESA para regularizar sua situação fiscal em um prazo razoável, sob pena de rescisão contratual e/ou aplicação de penalidades, com a devida instauração de processo administrativo, se for o caso.			
---	--	--	--

