

LIMITES E POSSIBILIDADES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA (IM)POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DO CONTRATADO EM DECORRÊNCIA DE SUA SITUAÇÃO FISCAL IRREGULAR

Raphael Peixoto de Paula Marques
Especialista em Direito Constitucional pela UniPÊ/PB
Professor de Direito Constitucional da UniDF/DF
Procurador Federal lotado no FNDE/DF

I – A Consulta

Trata-se de consulta, realizada pela Coordenadora-Geral de Execução e Operação Financeira, sobre a possibilidade de pagamento, por serviços prestados e bens fornecidos, no âmbito de contrato administrativo, tendo em vista que a contratada encontra-se em situação irregular no SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores da Administração Pública Federal, devido à expiração do prazo de validade de algumas certidões e à impossibilidade de sua renovação diante da greve da Receita Federal.

Ao realizar a consulta, a Coordenadora-Geral de Execução e Operação Financeira, afirma que “encontram-se pendente de pagamento, nesta Coordenação-Geral, diversos processos referentes a serviços já prestados ou bens já entregues por fornecedores, em face de não terem apresentado, conforme exigência da Cláusula do Contrato, a Certidão Negativa de Débito junto à Receita Federal, já que este órgão está em greve e, portanto, não está promovendo a atualização dos cadastros dos contribuintes”.

Em seguida, e tendo em vista o art. 10 da Lei n. 10.480/2002 e o art. 7º do Decreto n. 5.157/2004, os autos foram encaminhados a esta Divisão de Consultoria Administrativa – DICAD, para análise e parecer sobre a matéria.

É o relatório.

II – O Parecer

A questão prende-se, mais especificamente, ao disposto no art. 55, XIII e no art. 71, §2º, da Lei 8.666/93, e às disposições do Decreto n. 3.722/2001 e Decreto n. 4.485/2002, como se reconduz, de forma geral, ao previsto no art. 195, §3º, da Constituição Federal.

A Lei n. 8.666/93, que trata dos requisitos de habilitação aos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública, estabelece no seu art. 27 e 29 as exigências relacionadas à regularidade fiscal:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - **regularidade fiscal**.

(...)

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

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

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

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

IV - prova de regularidade relativa à **Seguridade Social**, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Afora a previsão específica da Lei n. 8.666/93, a regularidade fiscal como pressuposto para as contratações realizadas pelo Poder Público também é prevista constitucionalmente.¹ A exigência de regularidade fiscal, portanto, além de ser uma obrigação vinculada à fase da habilitação, deve ser mantida durante todo o contrato, como expressamente estabelece o art. 55, XIII, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

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.

Se por um lado, a exigência de regularidade fiscal revela-se obrigatória para qualquer empresa habilitar-se em procedimentos licitatórios, por outro, a questão relacionada às **sanções administrativas** que, porventura, poderão ser aplicadas nas hipóteses de **situação fiscal irregular** – seja por estar inadimplente, seja por não estar com a certidão válida –, apresenta-se, no mínimo, como complexa, seja em decorrência da própria indeterminação do Direito – que, ao contrário da pretensão iluminista de resolver todos os problemas do mundo através da simples emanção de normas gerais e abstratas reguladoras de todas as situações concretas, revela-se como um problema real para o intérprete do Direito² –, seja em decorrência da multiplicidade de entendimentos,

¹ Art. 195. (...).

§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.

² “Outra característica essencial do Direito moderno é o seu caráter **textual**. O fato de que só temos aces so às suas normas mediante textos discursivamente construídos e reconstruídos. Portanto, os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, são da maior relevância para a implementação de um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas.

na maioria das vezes contraditórios, tomados pela Administração Pública, Poder Judiciário e Tribunal de Contas sobre o mesmo assunto.

Nesse diapasão, embora se afigure como legítima a exigência de regularidade fiscal como condição *sine qua non* para a habilitação em licitações, em decorrência de expressa previsão legal³, o mesmo não pode ser aplicado, seja com que argumento for, à situação fiscal regular como pressuposto para a realização de pagamentos por serviços prestados.⁴ A retenção de pagamento a empresa que, comprovadamente, efetuou os serviços a que estava obrigada em decorrência de contrato administrativo revela-se como **abuso** de poder administrativo⁵, sem qualquer amparo jurídico e impossível de ser defendido, seja através do entendimento administrativo tradicional do princípio da legalidade estrita⁶, seja em decorrência da existência do princípio da juridicidade⁷ ou da noção de integridade jurídica⁸, tributários de um entendimento mais adequado ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, é justamente fundamentando-se na legalidade estrita e, de uma forma constitucionalmente mais adequada, no princípio da juridicidade e da integridade, que se nega a possibilidade dessa retenção.

A Lei n. 8.666/93, conforme citado *supra*, estabeleceu, no art. 55, XIII, a obrigação da contratada manter, durante toda a execução do contrato, as mesmas condições de habilitação exigidas na licitação. Mas, se ela descumprir essa cláusula contratual? Quais as conseqüências? Sobre as sanções administrativas aplicáveis ao contratado, o art. 87 da Lei n. 8.666/93 é enfático:

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

I - **advertência**;

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

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

Uma delas é a que revela a **crença de que todos os problemas e virtudes de nossa vida jurídica dependeriam da qualidade literal de nossos textos legislativos**". Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2005, p. 27. O problema da indeterminação do Direito, e conseqüentemente da interpretação jurídica, além de não ser uma descoberta da pós-modernidade, é um tema que vem sendo estudado com grande profundidade por vários filósofos do Direito, de Kelsen a Dworkin, mas nem sempre com respostas satisfatórias. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003; DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

³ Art. 27, IV, da Lei n. 8.666/93.

⁴ "(...) embora dispondo de poderes que lhe conferem posição privilegiada na relação obrigacional, a administração, na execução do contrato administrativo, *nivela-se ao particular contratado*" (MEIRELLES, Hely Lopes. As conseqüências do atraso de pagamento em contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, volume 174, out/dez, 1988).

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A inadimplência contratual da Administração Pública e suas conseqüências. *Boletim Legislativo ADCOAS*, nº 13, maio, 1993; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato Administrativo – Inadimplência do poder público. *Boletim de Direito Administrativo*, maio, 1990.

⁶ Grande parte da doutrina administrativista ainda defende uma noção tradicional do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública. Vide, por todos, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, pp. 14-15.

⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994, p. 81.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, pp. 213-331.

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

Além da possibilidade da aplicação de sanções administrativas, o descumprimento ou o cumprimento irregular de cláusula contratual acarreta a rescisão do contrato administrativo, conforme estabelece o art. 78, I, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 78. Constituem **motivo** para a **rescisão** do contrato:

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

II – o **cumprimento irregular** de **cláusulas contratuais**, especificações, projetos e prazos.

Do mesmo modo que a Lei n. 8.666/93, os Decretos n. 3.722/2001 e n. 4.485/2002, que regulamentam o art. 34 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e dispõem sobre o SICAF, não trouxeram, e nem poderiam, a possibilidade de retenção de pagamentos por situação fiscal irregular, mas apenas a obrigatoriedade da consulta ao SICAF⁹ antes de qualquer emissão de **nota de empenho**¹⁰, **habilitação** e **contratação**, senão vejamos:

Art. 1º O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF constitui o registro cadastral do Poder Executivo Federal, na forma definida neste Decreto, mantido pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Serviços Gerais - SISG, nos termos do Decreto nº 1.094, de 13 de março de 1994.

§ 1º A **habilitação** dos fornecedores em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras e publicidade, e a alienação e locação poderá ser **comprovada** por meio de **prévia e regular inscrição cadastral** no SICAF:

I - como condição necessária para emissão de **nota de empenho**, cada administração deverá realizar prévia consulta ao SICAF, para identificar possível **proibição de contratar** com o Poder Público; e

II - nos casos em que houver necessidade de **assinatura do instrumento de contrato**, e o proponente homologado não estiver inscrito no SICAF, o seu cadastramento deverá ser feito pela Administração, sem ônus para o proponente,

⁹ Sobre a eventual constitucionalidade de cadastros de inadimplentes com efeito vinculante sobre a conduta administrativa, vale a pena registrar que o STF suspendeu, em sede de liminar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.454-DF, a eficácia dos dispositivos da Medida Provisória 1.490, de 07 de junho de 1996, que regulamentava o CADIN – cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, que proibia a contratação de pessoas jurídicas inadimplentes que estivessem inscritas no referido cadastro.

¹⁰ Conforme avisa Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “o que não se deve admitir é que o contrato tenha eficácia, isto é, efeitos no mundo concreto, – como por exemplo, início da obra ou do fornecimento, – sem que tenha ocorrido o **empenho prévio**”. Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 29.

antes da contratação, com base no reexame da documentação apresentada para **habilitação**, devidamente atualizada.

(...)

Art. 3º Os editais de licitação para as contratações referidas no § 1º do art. 1º deverão conter cláusula permitindo a comprovação da regularidade fiscal, da qualificação econômico-financeira e da habilitação jurídica por meio de cadastro no SICAF, definindo dia, hora e local para verificação *on line*, no Sistema.

Parágrafo único. Para a **habilitação** regulamentada neste Decreto, o interessado deverá atender às condições exigidas para cadastramento no SICAF, até o terceiro dia útil anterior à data prevista para recebimento das propostas.

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos mencionados, a situação irregular no SICAF apenas traz conseqüências jurídicas para o momento da habilitação e da contratação, mas nunca para o momento do pagamento. Deveras, não se caracterizando como sanção administrativa a suspensão do pagamento, não poderá, em hipótese alguma, a Administração Pública se valer da retenção dos valores devidos, sob pena de violação de determinados direitos fundamentais. O que a lei autoriza é a possível rescisão contratual, mas nunca a exigência desproporcional de suspensão do pagamento e, ao mesmo tempo, a continuidade da prestação dos serviços. Tal entendimento assenta-se no princípio da **vedação do enriquecimento sem causa**, plenamente aplicável ao direito administrativo, consoante as lições do administrativista francês Gabriel Bayle:

A administração que aceita implicitamente beneficiar-se de uma prestação ou de um trabalho fornecido, deve em troca pagar o devido ao particular; ela não pode, invocando sua própria irregularidade ou o fato de que haja dado seu assentimento à irregularidade cometida, conservar consigo o que não lhe pertence senão como contrapartida de uma remuneração.¹¹

Com efeito, e conforme averba a doutrina tradicional do Direito Administrativo acerca do princípio da legalidade administrativa, a Administração Pública, ao contrário dos particulares, só pode agir quando expressamente autorizada pela lei. Ora, se não há previsão legal da possibilidade de suspensão de pagamento em virtude de situação fiscal irregular, *ipso facto*, não poderá a Administração Pública atuar nesse sentido. Sobre como a legalidade deve ser entendida quando aplicada à atividade administrativa, o entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello é esclarecedor:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, **a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize**. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.¹²

¹¹ Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, v. I, n. 2, maio, 2001, p. 09. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 08/07/2005.

¹² *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, pp. 87-88.

Do mesmo modo, só que com uma argumentação mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito,¹³ a suspensão de pagamentos em virtude do advento de situação de irregularidade fiscal durante a execução do contrato administrativo não se mostraria compatível com o princípio da juridicidade, ou até mesmo com a noção de integridade do Direito. A adequação jurídica da atividade administrativa, ao contrário do que entende a doutrina tradicional, revela-se muito mais complexa que a noção simplista de legalidade estrita.¹⁴ A Administração Pública deve obediência à lei e ao Direito.¹⁵ Essa afirmação deve ser entendida como submissão a todo o ordenamento jurídico, das normas emanadas pela própria administração até a Constituição Federal. Essas normas não se resumem à literalidade da lei, mas abarcam também os princípios jurídicos, estejam ou não expressamente previstos. Portanto, o Direito, de um modo geral, e o Direito Administrativo, mais especificamente, devem ser interpretados sob sua melhor luz¹⁶, de maneira a não se cair na incoerência, nem na prática de condutas que violem os direitos fundamentais. Em sentido semelhante, Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁷ afirma:

O **império da lei** não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o **Império da Justiça**, sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A legalidade não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos.¹⁸

Na mesma linha de entendimento está o professor Carlos Ari Sundfeld:

¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2005, p. 29.

¹⁴ “(...) tendo em vista que mesmo no Brasil a atividade do Poder Legislativo, a edição de leis em sentido formal, não esgota a necessidade de normas para o exercício da função administrativa. (...) Na verdade, a formulação técnica do direito administrativo que define a Administração, enquanto parte do Poder Executivo, como mera executora da lei é reconhecida pelos próprios administrativistas como **simplista e insatisfatória**, especialmente com o Estado social de direito, de que resulta um Poder Executivo fortalecido. O próprio direito administrativo é profundamente afetado, pois, embora se continue a proclamar o princípio da legalidade como uma de suas vigas mestras, na realidade a lei a que se obriga a Administração compreende também atos normativos de diferentes modalidades editados pelo próprio Poder Executivo”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, pp. 145 e 169.

¹⁵ Essa afirmação, que outrora causaria espanto, de que pode haver Direito fora da lei, foi adotada expressamente pela Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no seu art. 2º: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a **lei** e o **Direito**”. No mesmo sentido, a Lei Fundamental Alemã, de 23.05.49, estabelece no seu art. 20, § 3º: “O Poder Legislativo (*die Gesetzgebung*) está vinculado à **ordem constitucional**; os Poderes Executivo (*die vollziehende Gewalt*) e Judiciário (*die Rechtsprechung*) obedecem à **Lei** e ao **Direito**”. Da mesma forma dispõe a Constituição espanhola de 1978, no seu art. 103.1.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 331.

¹⁷ A professora Carmem Lúcia Antunes Rocha fala em princípio da juridicidade, explicando que em ambas as previsões constitucionais da legalidade, tem-se o princípio da juridicidade, muito mais abrangente que a legalidade. No artigo 5º, inciso II, consubstancia-se em um direito, com base na liberdade dos indivíduos. No caput do artigo 37, temos um dever, com fundamento na ausência de liberdade da Administração Pública. Cf. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994, p. 81.

¹⁸ *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994, p. 109.

Mas o que o direito global parece pôr em xeque é o princípio da legalidade e a Separação dos Poderes, considerados por muitos a alma do direito administrativo. (...) Penso que não. A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a **submissão da Administração ao direito**, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo.¹⁹

Ademais, quando se trata da pretensão punitiva estatal, mais especificamente do poder sancionatório administrativo, alguns princípios constitucionais são de observância obrigatória. O fato de ser uma sanção *administrativa* não retira seu caráter punitivo e restritivo de direitos, tendo, o devido processo legal, aplicação inexorável no caso em análise.²⁰ A Constituição de 1988, ao garantir que ninguém será privado da liberdade ou dos bens sem o devido processo legal, sendo assegurado, ainda, aos litigantes em processo judicial ou **administrativo**, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LIV e LV), alçou ao nível de garantia fundamental o princípio do *due process of law* em sua face material.

Nesses termos que há de se entender que a *jurisdicionalização* da atuação do direito administrativo sancionador deve aproximar-se, naquilo que for possível, do processo penal, quando necessário à preservação dos ditames constitucionais. José Cerezo Mir, por exemplo, pondera que se faz necessário estender alguns princípios penais ao direito administrativo sancionatório, dada a ausência de distinção ontológica ou qualitativa entre os ilícitos penal e administrativo.²¹ Assim, pode-se elencar três requisitos obrigatórios na aplicação de sanções administrativas: a) existência **prévia** de lei disciplinando a questão (reserva legal); b) existência **certa** da sanção (segurança jurídica); c) existência **específica** da sanção (tipicidade). Constata-se que a suspensão do pagamento, no caso do serviço tendo sido prestado satisfatoriamente, não preenche nenhum dos três requisitos citados.

Pode-se citar, ainda, quando a situação irregular advir da falta de pagamento de alguma obrigação tributária, que a suspensão do pagamento do contratado revelar-se-ia como cobrança indireta de tributos, o que é vedado pelo STF, *in verbis*:

Sanções políticas no direito tributário. **Inadmissibilidade** da utilização, pelo poder público, de **meios gravosos e indiretos** de coerção estatal destinados a **compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo** (Súmulas 70, 323 e 547 do STF). Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da **razoabilidade** e da **proporcionalidade** em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de **atividade econômica ou profissional lícita**. Limitações arbitrárias que não podem

¹⁹ *A administração pública na Era do Direito Global*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, n. 2, maio de 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 05.03.2003

²⁰ A aplicação obrigatória do princípio do devido processo legal ao Direito Administrativo é defendida por todos os países democráticos do mundo. O Tribunal Constitucional espanhol entende que as formas exigidas no processo penal funcionam no procedimento administrativo sancionador, na medida necessária para preservar os valores essenciais que se encontram na base do direito a um processo equitativo (acórdãos 18/1981 e 181/1990), sem prejuízo da necessária adaptação à sua natureza particular (acórdãos 2/1987; 29/1989; 181/1990; 3/1999 e 276/2000). Cf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de derecho administrativo*. Volume II, 7ª edição. Madrid: Tecnos, 2000, p. 163. Em sentido idêntico, há a decisão do Conselho Constitucional Francês (Decision 155 DC de 30 de dezembro de 1982) e a decisão da Suprema Corte Americana (Atlas Roofing Co. v. Occupational Safety and Health Review Commission, 430 U.S. 442/1977).

²¹ MIR, J. C. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1998. No mesmo sentido, no Brasil, União Européia e Espanha, cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; Dannecker, G. *Evolución del derecho penal y sancionador comunitário*. Madrid: Marcial Pons, 2001; NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª Edição. Madrid: Tecnos, 2005.

ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao *substantive due process of law* (RE 374.981, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/05).

Vê-se, portanto, que a Administração Pública não é a mesma de antes. Os tempos são outros. Passa-se de uma Administração legal, para uma Administração justa. O princípio da legalidade reveste-se de contornos democráticos e racionais que legitimam o atuar do administrador contemporâneo. O dogmatismo jurídico-administrativo perde importância e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é reinterpretado de acordo com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.²²

Entretanto, mesmo após toda a fundamentação doutrinária e jurídica até aqui exposta, o Tribunal de Contas da União entende, sem qualquer motivação adequada, que a suspensão do pagamento do contratado em virtude de situação fiscal irregular é perfeitamente legal.²³ Mas, em virtude da coerência com o próprio Direito e com a Constituição Federal, recusa-se a adoção desse posicionamento. Acompanha-se, aqui, o entendimento esposado, na jurisprudência, pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, e, na doutrina, pelo jurista Marçal Justen Filho.

A jurisprudência acerca do assunto é bastante esclarecedora. O STJ, através do voto do Ministro Luiz Fux, no Recurso Especial 633432-MG, assentou, na data de 22/02/2005, o seguinte entendimento:

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

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

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

²² A doutrina administrativista já começa a notar essa mudança de perspectiva da supremacia do interesse público sobre o privado de acordo em face do paradigma constitucional adotado. Cf. CARVALHO NETO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado sob a ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, 1ª edição, março de 2001; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 08, 2005; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 08, 2005; SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 17, 2004; OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia Hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Nº18, outubro/dezembro, 2004; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

²³ Vide a Decisão Plenária 705/94, Decisão 377/97 e o Acórdão 597/2003.

3. 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.**

No mesmo sentido, existem entendimentos do TRF da 1ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO SICAF. LIBERAÇÃO DE VERBA POR SERVIÇOS JÁ PRESTADOS.

1. A inscrição em cadastro de inadimplentes é motivo que impede a **participação** na licitação e a **assinatura** de contrato, **mas não o pagamento por serviço já executado a contento**, sob pena de **enriquecimento ilícito** da Administração.

2. Nega-se provimento ao agravo de instrumento (TRF 1ª Região, AG 2003.01.00.012293-9/DF, Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Galloti Rodrigues, 15/09/2003).

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEVIDAMENTE CUMPRIDO. BLOQUEIO DO PAGAMENTO POR IRREGULARIDADE DA CONTRATADA JUNTO AO SICAF. IMPOSSIBILIDADE.

1. Embora se conceda à Administração o poder de consultar cadastros de empresas que pretendam participar de procedimentos licitatórios, **não pode bloquear o pagamento** de quem se encontrava em situação regular, quando foi contratada, e que executou regularmente o serviço, a pretexto de supostas irregularidades, verificadas posteriormente, junto ao SICAF.

2. Segurança concedida.

3. Sentença que se confirma.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas (AMS 2001.34.00.033848-5/DF, Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro, 02/02/2004).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. SERVIÇOS REGULARMENTE CONTRATADOS E EFETIVAMENTE PRESTADOS. IRREGULARIDADE PERANTE O SICAF. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DA ADMINISTRAÇÃO.

1. É **ilegal a retenção de pagamento** devido em função de serviços regularmente contratados e efetivamente prestados ao argumento de que a contratada está em situação irregular perante o SICAF, por **ausência de previsão legal** e por configurar **enriquecimento ilícito** da Administração Pública.

2. O artigo 1º, § 1º, inc. I do Decreto 3.722/01 impõe a consulta prévia ao SICAF tão-somente para identificar eventual proibição de contratar com o Poder Público, nada dispondo acerca da suspensão do pagamento de serviços contratados e prestados.

3. Agravo de instrumento improvido (AG 2003.01.00.035327-7/DF, Relator Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 08/03/2004).

CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DEVIDAMENTE PRESTADOS. IRREGULARIDADE DA CONTRATADA JUNTO AO SICAF. FALTA DE PAGAMENTO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO.

1. Improcedência da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, porquanto esta somente se caracteriza se houver, no ordenamento jurídico, norma que proíba, expressamente, a pretensão do autor, o que não é o caso, pois o pedido de pagamento de quantia referente a serviços efetivamente prestados à União é admissível.

2. A situação irregular da empresa perante o SICAF impede a sua participação em **licitação** e a **assinatura de contrato administrativo**, mas não o pagamento relativo a serviço por ela efetivamente prestado, sob pena de **enriquecimento ilícito** da Administração. Precedentes desta Corte.

3. Apelação e remessa oficial, considerada interposta, não providas (AC 1999.34.00.017130-6/DF, Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 11/04/2005).

E do TRF da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PRESTADO À ADMINISTRAÇÃO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL COMO CONDIÇÃO PARA O PAGAMENTO AO CONTRATADO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR PARTE DO PODER PÚBLICO.

1. Uma vez firmado o contrato, e tendo o impetrante cumprido a prestação contratual, **não pode a administração esquivar-se**, sob nenhuma justificativa, de efetuar a **remuneração** correspondente, haja vista que, se assim o fizer, estará praticando um **enriquecimento ilícito**.

2. O contrato administrativo deve ser executado fielmente, exercendo cada parte seus direitos e cumprindo suas obrigações.

3. Se o impetrante foi habilitado para a realização do serviço, é porque, demonstrou possuir os requisitos mínimos de capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade econômico-financeira e regularidade fiscal exigidos pela administração.

4. Remessa oficial improvida (TRF 5ª Região, Remessa *Ex Officio* 63346-CE, Relator Juiz Federal Geraldo Apoliano, 19/11/1998).

Já na doutrina, existe entendimento no mesmo sentido. Um dos maiores especialistas em licitações e contratos administrativos, Marçal Justen Filho, assevera:

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 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.²⁴

Sem prejuízo de tudo o que foi afirmado acima, há, ainda, o argumento da **greve**. Segundo afirmação da consulente, as certidões negativas de débito junto à Receita Federal não estão sendo renovadas, nem o cadastro de contribuintes atualizados, devido à ocorrência de greve. De acordo com reportagem publicada no *site* Consultor Jurídico (www.conjur.estadao.com.br), a greve está prejudicando várias empresas, já que elas ficam impossibilitadas de retirar a certidão negativa atualizada:

A greve dos auditores e técnicos da Receita Federal do Brasil, em suas idas-e-vindas, está prejudicando as empresas. Segundo notícia divulgada pelo jornal Valor Econômico, com a paralisação das atividades da Receita, os empresários ficam impedidos de obter a CND — Certidão Negativa de Débito.

Sem o documento, as empresas ficam impedidas de participar de licitação, pedir empréstimo em bancos públicos, fazer desembaraço aduaneiro ou, até mesmo, fazer alterações societárias.

Entendo que a greve caracteriza-se como mais um fundamento a embasar a pretensão administrativa de realizar o pagamento por serviços efetivamente prestados ou bens realmente fornecidos. Continuar com a retenção de pagamentos pode ocasionar, nesses casos, uma situação ainda mais impressionante e paradoxal, pois pode ocorrer a hipótese de uma empresa estar perfeitamente adimplente com os tributos federais e não receber sua contraprestação por serviços prestados devido à impossibilidade de atualizar certidão negativa que está com o prazo de validade expirado em virtude da greve de servidores públicos. Essa interpretação desvirtua totalmente o sistema, uma vez que inverte o ônus administrativo: o que era uma obrigação da Administração Pública (fornecimento de certidões), torna-se um encargo indevido para o particular (retenção de pagamentos).

Outro motivo relevante relacionado à greve é a expressa violação da integridade jurídica, à medida que a situação atual não foi tratada de forma idêntica às anteriores, ou seja, não foi emitido nenhum ato normativo disciplinando a questão da prorrogação da validade das certidões. Como salientou a consulente, “nos casos das greves anteriores, a Receita Federal emitiu norma interna prorrogando os prazos das certidões expedidas, o que não ocorreu no período de greve atual”. Sobre o dever constitucional do tratamento

²⁴ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª edição. São Paulo: Ed. Dialética, 2002, p. 549.

isonômico de situações idênticas na elaboração de atos normativos, observando a exigência da integridade na política, Ronald Dworkin²⁵ é enfático:

A integridade detém seu olhar sobre essas questões de princípio: o governo deve ter **uma só voz** ao se manifestar sobre a natureza desses direitos, sem negá-los, portanto, a nenhuma pessoa em momento algum. O efeito da integridade sobre as decisões políticas é mais difuso. Exige, como afirmei, que o governo persiga alguma **concepção coerente** daquilo que significaria tratar as **pessoas como iguais** (...).

Desse modo, diante desse tratamento distinto de casos idênticos, deve o intérprete ser razoável, ter bom senso, ter sempre em vista não só a certeza do Direito (segurança jurídica), mas, sobretudo, o sentimento de Constituição e Justiça e a conseqüente reformulação do conceito de *imparcialidade*. Essa é a única conduta capaz de assegurar solidez à ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito.²⁶ Como afirma Menelick de Carvalho Neto²⁷:

Imparcialidade não mais pode ser compreendida como a cegueira do aplicador às especificidades das situações concretas de aplicação do Direito como se a tarefa constitucionalmente a ele encomendada fosse a mesmo do legislador. Essa postura era muito bem sintetizada na idéia de que o administrador e o juiz deveriam aplicar a lei doesse em quem doesse, ou ainda, na recorrente frase autopiedosa: apenas aplico a lei, se ela é injusta o legislador que a altere. Sabemos agora que a obra genérica e abstrata do legislador jamais o fará defrontar-se com as situações concretas únicas em sua singularidade, por definição. É somente mediante a visualização do embate das normas gerais e abstratas, concorrendo entre si em toda a amplitude normativa do ordenamento para referem situações, que poderemos encontrar a norma adequada àquela situação específica.

Ademais, consoante o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93, a contratada pode, quando a retenção de pagamentos pela Administração Pública ultrapassar os 90 dias, pleitear judicialmente a rescisão do contrato ou mesmo suspender a sua execução:

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

XV – o **atraso** superior a 90 (noventa) dias dos **pagamentos** devidos pela Administração decorrentes de **obras, serviços** ou **fornecimento**, ou **parcelas** destes, **já recebidos ou executados**, salvo em caso de calamidade públicas, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 268.

²⁶ “A legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o **tratamento anterior de casos análogos** e com o **sistema de normas vigentes**, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundados nos **fatos da questão**, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais”. Cf. CATTONI, Marcelo. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 131.

²⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, v. 1, nº 1, 2001.

Por fim, como informou a Coordenadora-Geral de Execução e Operação Financeira na sua consulta, a conduta administrativa que *supostamente* defende o interesse público, ao suspender o pagamento por serviços devidamente prestados em decorrência de certidões com prazo de validade expirado, vai demonstrar-se, no final das contas, como um ato administrativo violador do princípio da economicidade e eficiência, pois o fornecedor, provavelmente, ganhará no judiciário o direito de receber multa e juros de mora pelo atraso (art. 55, III, da Lei nº 8.666/93), e, até em casos extremos, uma indenização pela conduta ilícita da Administração, consoante prescreve o art. 37, §6º, da CF/88.

IV - Conclusão

Por conseguinte, foi dissipada qualquer dúvida acerca da (im)possibilidade da suspensão de pagamento de contratado em virtude de situação fiscal irregular, no SICAF, seja por inadimplência, por certidão negativa com prazo de validade expirado ou pela impossibilidade de atualização dos cadastros de contribuintes em decorrência de greve. Tal entendimento pode ser defendido tanto da perspectiva do princípio da legalidade estrita adotado pela doutrina clássica em Direito Administrativo, tanto sob a ótica do princípio da juridicidade, mais adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Apesar da orientação do TCU – que extravasa qualquer interpretação coerente da Lei n. 8.666/93 e da Constituição Federal – doutrina e jurisprudência são incisivas no sentido da impossibilidade da suspensão.

Registre-se, por fim, que não se desconhece o previsto no art. 71, §2º, da Lei n. 8.666/93²⁸, nem do assinalado pelo art. 195, §3º, da Constituição Federal. Se a situação de irregularidade fiscal do contratante deriva do não pagamento de tributos afetos à Seguridade Social, a atitude da Administração Pública deve ser mais drástica, em face da solidariedade estabelecida pela Lei n. 8.666/93. Mas, de qualquer maneira, a situação não autoriza a retenção dos pagamentos.²⁹

Ante o exposto, e tendo em vista os argumentos jurídicos expostos, bem como o que afirma a doutrina e jurisprudência sobre a matéria, opina-se pela possibilidade de pagamento pelos serviços comprovadamente prestados.

É o parecer.

²⁸ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31, da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

²⁹ LICITAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO DA EMPRESA DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO. RESCISÃO UNILATERAL PELA ADMINISTRAÇÃO. A própria Lei das Licitações e o Edital da Licitação trazem como exigência a regularidade da empresa perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, e como obrigação da empresa, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ela assumidas, a manutenção de todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, conforme determina o inciso XIII, do art. 55, da Lei 8.666/93. Não atendidas tais exigências e configuradas as hipóteses legais previstas nos arts. 77 e 78, tem-se como possível a **rescisão unilateral** pela Administração Pública (Apelação Cível nº 2000.71.00.006907-7. Tribunal Regional Federal da 4ª Região).