



O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo. Em /07/12/2011”

Procedência: Procuradoria Jurídica do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG

Interessado: Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG

Número: 15.133

Data: 7 de dezembro de 2011

Ementa:

CONTRATO ADMINISTRATIVO – RETENÇÃO DE PAGAMENTO AO CONTRATADO NA HIPÓTESE DE NÃO COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL - IMPOSSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE RESPALDO LEGAL - ENTENDIMENTO UNIFORMIZADO PELA NOTA JURÍDICA 2.621, DE 29/12/2010 – DESCUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO – RESCISÃO OU MANUTENÇÃO – JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA AUTORIDADE COMPETENTE

Relatório

A Procuradoria Jurídica do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG, mediante o OF.GAB. PJR. N.º 81/2011, encaminha a esta Consultoria Jurídica questionamento a sobre a possibilidade de a Administração Pública efetuar pagamento devido à pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social.

A questão que suscita a presente consulta decorre do Contrato n.º 597/2011, celebrado entre o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG e o Centro de Capacitação, Treinamento



e Cultura Terra Verde (Carta Convite nº 3/2011, Processo Administrativo nº 2201002-4/2011), para a execução de serviços de conservação e restauração, elaboração de inventário e laudos de peças do Centro de Arte Popular CEMIG.

Referido contrato teve sua execução suspensa em 16 de setembro de 2011, conforme Comunicação Técnica GEA nº 16/2011 (fl. 321 do Processo Administrativo nº 2201002-4/2011), por tempo indeterminado *"até que haja a liberação efetiva de todas as obras que serão restauradas a resolução das questões de documentação da empresa contratada"*, tendo em vista o vencimento, desde 23 de maio de 2011, da Certidão Negativa de Débito - CND (INSS) do Centro de Capacitação, Treinamento e Cultura Terra Verde (fl. 320).

Acerca do ocorrido, a Nota Jurídica IEPHA/MG nº 254/2011 (fl. 316-317), apontou que:

"... o fato da Contratada se encontrar em situação irregular perante a Fazenda Federal com Certidão Negativa de Débitos vencida, caracteriza, em tese, descumprimento contratual passível de rescisão (art. 79, I c/c art.78, I da Lei Federal nº 8.666/93 e Cláusula Décima Primeira, item 11.1, inciso I, letra).

Conforme art. 87, II da Lei Federal nº 8.666/93 c/c Cláusula Décima Segunda - Das Penalidades do Contrato nº 597/2011, o descumprimento parcial das obrigações assumidas caracterizará a inadimplência da contratada, sujeitando-a, garantida a prévia defesa, à penalidade de multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor do serviço não realizado."

Assim, o procedimento para a rescisão do Contrato nº 597/2011 foi iniciado, tendo, após ter sido apresentada defesa da contratada, o Diretor de Planejamento, Gestão e Finanças do IEPHA/MG (fl. 340), considerando que o IEPHA/MG *"continua impedido de efetuar os pagamentos relativos aos serviços contratados (nota de esclarecimento — fls. 318 e 319) e vem sendo prejudicado com a paralisação do contrato"*, recomendado a rescisão e a aplicação da multa contratual.

Em 09 de novembro de 2011 foi apresentado requerimento (SIPRO nº 3647/2200/2011-2) em nome da restauradora Kátia de Salvo Oliveira – profissional tecnicamente responsável pela prestação dos serviços contratados pelo IEPHA/MG por meio do Contrato nº 597/2011, pleiteando o pagamento relativo aos serviços já executados, ao argumento de que a retenção dos mesmos



configuraria enriquecimento ilícito da Contratante; e autorização para concluir o remanescente dos serviços contratados, eis que mais 80% do objeto do contrato já teria sido prestado.

Solicitada pela Procuradoria Jurídica do IEPHA/MG manifestação técnica da Diretoria de Conservação e Restauração sobre os pedidos da restauradora Kátia de Salvo Oliveira, especificamente sobre o valor apresentado pelos serviços prestados e sobre a consequência técnica da rescisão do Contrato n° 597/2011 (fl. 354), foi emitida Nota Técnica GEA n° 33, de 16 de novembro de 2011 (fl. 356-358), tendo o Circuito Cultural Praça da Liberdade - CCPL se manifestado por meio do OF. N° 241/2011 (fl. 368).

Após as supra referidas manifestações técnicas, a Procuradoria do IEPHA/MG exarou a Nota Jurídica 281/2011, concluindo:

“... pela possibilidade de pagamento dos serviços já realizados, objeto do Contrato n° 597/2011, desde que observado o art. 31 da Lei Federal n° 8.212/91, com redação dada pela Lei Federal n° 9.711/98.

Quanto à autorização para concluir o remanescente dos serviços contratados, entende-se que a petição da restauradora Kátia de Salvo Oliveira e a análise feita nesta Nota Jurídica trazem novos elementos ao procedimento de rescisão do Contrato n° 597/2011.

A decisão administrativa pela rescisão ou pela continuidade da execução contratual compete ao Presidente do IEPHA/MG. Nessa decisão deve ser considerada a conveniência da instauração de um processo administrativo para a contratação do remanescente de serviço; o custo da instauração de um processo administrativo para a contratação no valor de R\$ 13.641,35; a consequência técnica da rescisão manifestada na Nota Técnica GEA n° 33/2011; o cronograma estabelecido para o cumprimento desse projeto; e a superação do obstáculo anteriormente existente, ou seja, será possível a realização dos pagamentos, desde que observado o art. 31 da Lei Federal n° 8.212/91, com redação dada pela Lei Federal n° 9.711/98.”

É o relatório, passa-se a opinar.

A discussão sobre a possibilidade de retenção de pagamento devido à empresa que, no curso do contrato, deixa de apresentar comprovação de



regularidade fiscal na forma do artigo 55, XIII, da Lei 8666/93 (*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” grifo nosso*), já foi muito debatida por essa Consultoria Jurídica.

O entendimento, que era pela admissão da possibilidade jurídica da retenção (Notas Jurídicas 14.486/2008, da lavra do Procurador do Estado Érico Andrade, e 14.821/2008, da Procuradora Ana Paula Muggler Rodarte), recentemente foi revisto, curvando-se à “*consolidação da jurisprudência patroa no sentido de que, embora a não comprovação da manutenção da regularidade fiscal seja causa legítima de rescisão de contrato, inexistente respaldo legal para reter o pagamento de serviço já executado pelo contratado, pelo que estaria a Administração Pública impedida de tal prática sob pena de configurar enriquecimento ilícito*”, mediante a Nota Jurídica 2.621, de 29/12/2010, da lavra da Procuradora Ana Paula Muggler Rodarte que, com o exposto intuito de “*uniformização do entendimento padronizando-se a rotina administrativa de forma a solucionar definitivamente as pendências*”, ratificou-se o posicionamento jurídico contido na Nota Jurídica nº 2.177, da Procuradoria do Departamento de Estradas e Rodagem, DER/MG, de autoria da procuradora do Estado Mônica Stella Silva Fernandes, cuja conclusão é a seguinte:

“1 – É exigível a comprovação da manutenção da regularidade fiscal durante a execução do contrato, mediante a apresentação das Certidões Negativas de Débito, junto ao INSS, ao FGTS e às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal. Entretanto, uma vez executada a prestação, mostra-se ilegal a retenção integral do pagamento devido à contratada em razão da não comprovação da regularidade fiscal, sendo cabível a extinção do contrato e a aplicação das penalidades cabíveis, bem como a comunicação ao órgão competente da existência de crédito em seu favor pendente de pagamento, a fim de que possa adotar as providências adequadas.

2 – A Administração Pública não está sujeita à responsabilidade solidária pelas contribuições previdenciárias decorrentes da execução dos contratos de prestação de serviços, mas encontra-se obrigada, não obstante, a efetuar a retenção do pagamento de nota fiscal ou fatura de prestação ou fatura de prestação de serviços e promover seu recolhimento em nome da contratada junto à Previdência Social.



Excepcionalmente, em se tratando de serviços de construção civil prestados mediante empreitada total, é dispensada a retenção da contribuição previdenciária.”

Vê-se, assim, que a conclusão da Nota Jurídica IEPHA/MG 281/2011 “*pela possibilidade de pagamento dos serviços já realizados, objeto do Contrato n° 597/2011, desde que observado o art. 31 da Lei Federal n° 8.212/91, com redação dada pela Lei Federal n° 9.711/98*” há de ser ratificada, eis que está de acordo com a orientação jurídica uniformizada pela Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado por meio da Nota Jurídica 2.621, de 29/12/2010.

Resta, no entanto, a análise sobre a possibilidade de ser autorizada a conclusão do remanescente dos serviços contratados, à luz dos fatos novos que teriam sido trazidos pela restauradora Kátia de Salvo Oliveira, coordenadora técnica da equipe de trabalho responsável pelo objeto do Contrato n° 597/2011, mediante requerimento administrativo de fls. 341/353.

Observe-se que a execução do contrato se encontra suspensa desde 16 de setembro de 2011, conforme Comunicação Técnica GEA n° 16/2011 (fl. 321 do Processo Administrativo n° 2201002-4/2011), por tempo indeterminado “*até que haja a liberação efetiva de todas as obras que serão restauradas a resolução das questões de documentação da empresa contratada*”, tendo em vista o vencimento, desde 23 de maio de 2011, da Certidão Negativa de Débito - CND (INSS) do Centro de Capacitação, Treinamento e Cultura Terra Verde (fl. 320); e que, instaurado procedimento de rescisão de contrato por inadimplemento da contratada, o Diretor de Planejamento, Gestão e Finanças do IEPHA/MG recomendou a rescisão e a aplicação da multa contratual (fl. 340).

Decerto que a recomendação de rescisão do contrato por parte do Diretor de Planejamento, Gestão e Finanças do IEPHA/MG não vincula a autoridade competente para tanto, no caso o Presidente do IEPHA/MG, a quem compete o juízo de conveniência e oportunidade da referida medida.

Também não está a referida autoridade obrigada a rescindir o contrato, ainda que de fato se tenha configurado um descumprimento parcial da contratada naquilo em que não manteve durante todo o curso de sua execução as condições de habilitação apresentadas, na forma do artigo 55, XIII, da Lei 8666/93.



Ao dissertar sobre a interpretação do artigo 77 da lei 8666/93, segundo o qual “*A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento*”. Marçal Justen Filho, após registrar a incidência no Direito Administrativo de regras mais severas do que as de direito privado, no qual “*a inexecução parcial não acarreta a rescisão do contrato, excetuadas hipóteses específicas*”, ressalva que “*isso não significa que o descumprimento a qualquer dever contratual autorize a rescisão. Todas as formalidades e exigências, no campo estudado, são deduzidas para tutela dos interesses fundamentais. Deve-se ter em vista a natureza instrumental de tais exigências. Não se bastam nem se encerram em si mesmas. Portanto, a rescisão contratual deriva da concretização de um evento sério o suficiente para colocar em risco os interesses fundamentais, tal como disposto ao art. 78*”. (JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11^a ed, São Paulo : Dialética, 2005, fs. 572).

Mais adiante, o célebre administrativista assevera que:

“Em todos os casos, a aplicação do art. 77 tem de ser permeada pelo princípio da proporcionalidade, que é inerente ao exercício das competências de cunho punitivo. Não é possível enfocar todos os deveres contratuais identicamente. Seria absolutamente antijurídico reputar que a ausência de cumprimento a um dever formal de menor relevância autorizaria a rescisão contratual ou a imposição de multa de grande valor. A gravidade da sanção tem de ser proporcional à seriedade da infração cometida pelo sujeito.” (JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11^a ed, São Paulo : Dialética, 2005, fs. 572)

Ao tratar das causas de rescisão do contrato previstas no artigo 78 da lei 8666/93 (Art. 78. *Constituem motivo para 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;*), Marçal Justen filho disposto segue lecionando:

“A interpretação do art. 78, como não poderia deixar de ser, tem de ser norteadada pelo princípio da indisponibilidade dos interesses fundamentais. Isso não significa uma interpretação mecanicista da lei ou do contrato.



*Deve ter-se em vista que as garantias deduzidas na lei ou no contrato têm natureza instrumental. A **infração às previsões contratuais é juridicamente relevante na medida em que ofende os interesses fundamentais.***

Portanto, não se podem igualar e tornar juridicamente idênticas todas as condutas desconformes com exigências legais ou contratuais. Há condutas que ofendem garantias ou deveres fundamentais à execução do objeto do contrato: atingem questões de somenos importância. Também por isso, não se pode cominar a rescisão contrato como a consequência automática para toda e qualquer infração contratual. Essa solução seria mais perniciosa do que benéfica. Rescindir o contrato significa paralisar o atendimento aos interesses fundamentais. A lesão aos interesses fundamentais não é evitada simplesmente através da rescisão do contrato. (fls. 574/575).

...

Sempre que a Administração pretender a rescisão do contrato por inadimplemento do particular, deverá evidenciar não apenas não apenas a concretização de uma das hipóteses do art. 78. É fundamental apontar o vínculo entre essa conduta e a lesão aos interesses fundamentais. Quando o inadimplemento for irrelevante ou secundário e não envolver a satisfação de deveres fundamentais, a Administração poderá impor sanções ao particular. Mas não poderá decretar a rescisão. (JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed, São Paulo : Dialética, 2005, fl. 575/575).

Assim, tem-se que também é conferida ao administrado uma margem de discricionariedade para aferir se, havendo um inadimplemento contratual por parte do contratado, a rescisão do contrato é a melhor solução para o interesse da Administração.

Eximindo-nos, por impertinente, de emitir juízo de valor sobre as ponderações técnicas trazidas acerca da conveniência de manutenção do contrato 597/2011, temos por correta a conclusão dada na Nota Jurídica 281/2011 no sentido de que na decisão administrativa pela rescisão ou pela continuidade da execução *“deve ser considerada a conveniência da instauração de um processo administrativo para a contratação do remanescente de serviço; o custo da instauração de um processo administrativo para a contratação no valor de R\$ 13.641,35; a consequência técnica da rescisão manifestada na Nota*



Técnica GEA nº 33/2011; o cronograma estabelecido para o cumprimento desse projeto; e a superação do obstáculo anteriormente existente, ou seja, será possível a realização dos pagamentos, desde que observado o art. 31 da Lei Federal nº 8.212/91, com redação dada pela Lei Federal nº 9.711/98.”

Registre-se, contudo, que ainda que se delibere pela manutenção do contrato 597/2011, não se pode ignorar que um inadimplemento contratual houve, a ensejar, ao menos, a aplicação das penalidades previstas na cláusula DÉCIMA SEGUNDA do contrato firmado entre o IEPHA e o Centro de Capacitação Treinamento e Cultura Terra Verde (fls. 288/295), devendo ser instaurado procedimento administrativo punitivo para tanto.

Conclusão

Em suma, considerando que, uma vez executada a prestação do serviço, mostra-se ilegal a retenção integral do pagamento devido à contratada em razão da não comprovação da regularidade fiscal; e que é conferida ao administrador público uma margem de discricionariedade para aferir se, havendo um inadimplemento contratual por parte do contratado, a rescisão do contrato é a melhor solução para o interesse da Administração, ratifica-se a Nota Jurídica IEPHA/MG 281/2011, com o adendo de que, ainda que se delibere pela manutenção do contrato 597/2011, não se pode ignorar que um inadimplemento contratual houve, a ensejar, ao menos, a aplicação das penalidades previstas na cláusula DÉCIMA SEGUNDA do contrato firmado entre o IEPHA e o Centro de Capacitação Treinamento e Cultura Terra Verde, devendo ser instaurado procedimento administrativo punitivo para tanto.

À consideração superior.
Belo Horizonte, 06 de dezembro de 2011.

Jaime Nápoles Villela
Procurador do Estado
MASP 1082093-4
OAB/MG 75.456

“APROVADO EM: 7/12/11”
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO



Procurador Chefe da Consultoria Jurídica
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597