



CONSORCIO ENERGETICO
CRUZEIRO DO SUL

Parecer CECS nº 004/2019
MEMORANDO DE JUSTIFICATIVA – CECS 013/2019
Termo Aditivo ao Contrato CECS nº 018/2018

ALTERAÇÃO DO CONTRATO – EXCLUSÃO DA OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES FISCAIS DAS FAZENDAS ESTADUAL E MUNICIPAL – LEGALIDADE – NÃO OBRIGATORIEDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI 13.303/16 E NOS REGULAMENTOS DAS CONSORCIADAS – PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Recebi o Memorando de Justificativa acima mencionado, no qual se propõe a alteração do Contrato firmado com a empresa Murilo Daroit ME, excluindo a obrigatoriedade de apresentação pela Contratada, juntamente com as faturas de cobrança dos serviços prestados, das certidões negativas emitidas pelas Fazendas Estadual e Municipal.

Passo à análise.

1. RELATÓRIO

A justificativa é para a exclusão da obrigatoriedade da empresa Contratada de apresentar com as faturas emitidas para o recebimento dos serviços prestados, das certidões emitidas pelas Fazendas Públicas Estadual e Municipal.

Para tanto, a Administração Executiva do CECS apresenta justificativa da necessidade a ser atendida com a referida contratação, nos seguintes termos:

“ (...)

1) INTRODUÇÃO:

*Em 06 de setembro de 2018, foi assinado o **CONTRATO CECS 018/2018**, que tem por objeto a prestação de serviços técnicos de engenharia de avaliação, consultoria e assessoria técnica, gestão e regularização fundiária das áreas desapropriadas para formação do reservatório da*





UHE GJC, das áreas adquiridas para reassentamento e das área a serem adquiridas para o PBA Componente Indígena.

O Consórcio Energético Cruzeiro do Sul – CECS, considerando as justificativas formalizadas pelo fornecedor, entende ser necessária a alteração da Cláusula IX, quanto a prova de regularidade e exigibilidade das certidões municipal e estadual como condições de pagamento de serviços faturados.

II) OBJETO:

*O objeto deste memorando é justificar a celebração do Primeiro Termo Aditivo ao **CONTRATO CECS 018/2018**, com a finalidade de aditar o contrato com alteração de cláusula contratual, eximindo a contratada da apresentação das certidões municipal e estadual.*

III) JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA EMISSÃO DO PRIMEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO:

*Justifica-se a emissão do Primeiro Termo Aditivo ao **CONTRATO**, em função da necessidade de alterar a cláusula IX - Faturamento, pois o **CONTRATO CECS 018/2018**, foi celebrado em data posterior a data em que os regulamentos de licitações das consorciadas Copel e Eletrosul estavam vigentes, sendo que estes regulamentos, atendendo a **LEI 13.303/2016**, já não exigem tais certidões.*

*Registre-se que a **CONTRATADA**, através da carta datada de 06 de março de 2019, Solicitou a alteração contratual.*

*Assim, respeitando a Lei de licitações e regulamentos das consorciadas, mostra-se razoável o atendimento do pleito da **CONTRATADA**.*

IV) FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

*A emissão do presente Termo Aditivo tem Fundamentação Legal no Art. 81 da Lei federal 13.303/16, Art. 92, I do regulamento interno da consorciada Eletrosul e ítem 10.2.4 do regulamento interno da consorciada Copel.
(...” (g.n.)*

Consta no referido memorando que o contrato que se pretende aditar foi assinado já na vigência da Lei 13.303/16, assim como na vigência dos Regulamentos Internos de Licitações e Contratos das Consorciadas Copel e Eletrosul e que nos referidos textos normativos, não há previsão de apresentação das referidas certidões.

É o breve relatório.



2. ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, cabe destacar que o contrato que se pretende aditar foi firmado por dispensa de licitação pelo valor, nas consultas feitas às demais empresas para se estabelecer o preço não foi mencionada a exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal.

Feita tal constatação, é de se destacar que a Lei 13.303 de 30 de junho de 2016, menciona:

“Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.”

Pelo dispositivo acima, cabe às empresas de economia mista a responsabilidade pela demonstração da legalidade e da regularidade das despesas incorridas com a execução dos contratos, cabendo ao Tribunal de Contas a fiscalização da aplicação dos referidos recursos.

De fato, não há no referido Texto Legal nenhuma obrigatoriedade de se exigir dos contratados a apresentação de certidões negativas das Fazendas Públicas, Federal, Estadual ou Municipal.

O tema está disciplinado nos Regulamentos das empresas que compõe o CECS:

1. Regulamento da Consorciada Copel:

7.1.53 Os critérios de habilitação serão definidos de acordo com o objeto a ser contratado.

§ 1º Os seguintes critérios de habilitação devem ser exigidos em todas as contratações:

I – habilitação jurídica;

II – regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) comprovada mediante a apresentação, respectivamente, de Certidão de Débitos Relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União e Certificado de Regularidade do FGTS (CRF);”
(g.n.)



2. Regulamento da Consorciada Eletrosul:

“Artigo 65

Habilitação Jurídica

1 – Os licitantes devem comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contratação de obrigações por meio de carteira de identificação, contrato social, estatuto social ou outro documento constitutivo compatível com o objeto da licitação, bem como documento que comprove os poderes de seus representantes e decreto de autorização de funcionamento para empresas estrangeiras, conforme exigido no edital.

2 – Em licitações que têm por objeto a terceirização de serviços, com dedicação exclusiva de mão-de-obra, os licitantes devem, quando solicitado no instrumento convocatório, apresentar as certidões de Regularidade Federal, de Regularidade do empregador para com o Fundo de Garantia CRF – FGTS e Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.”

Os Regulamentos das consorciadas **exigem apenas as certidões de quitação dos tributos federais** não fazendo menção às certidões referentes a tributos estaduais e municipais.

Deve-se registrar, por oportuno, que a exigência contida nos Regulamentos atende ao disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, que menciona:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 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.”(g.n.)

Ressalve-se que nos **atuais Editais de Licitação**, das empresas componentes do Consórcio **não estão sendo mais exigidas as certidões negativas de débitos para com as Fazendas municipal e estadual, mas somente as relativas aos tributos federais.**

Dessa forma, entendo, salvo melhor juízo, que o pedido do Contratado pode ser atendido, vez que, **estará sendo atendido o princípio da isonomia**, na medida em que inexistente obrigação legal para a referida exigência e **que nos atuais contratos firmados pelas empresas componentes do CECS não estão sendo exigidas tais certidões.**



Alie-se aos fatos acima que no momento da contratação não foi mencionada às demais empresas consultadas a obrigatoriedade de apresentação das referidas certidões.

Além dos argumentos acima, entendo que o pedido da empresa contratada pode ser deferido ainda pelos seguintes fundamentos.

Embora não seja o caso de retenção de pagamentos, mas interessante registrar, apenas para embasar os argumentos até aqui tecidos que a jurisprudência pacífica no sentido de ser ilegal a retenção de pagamentos, **por ausência de certidões de regularidade fiscal**, quando o bem é entregue ou o serviço é executado, sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito, senão vejamos:

251600005704 JLEI8666.87 – CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO – CERTIDÃO NEGATIVA DE TRIBUTOS FISCAIS – AUSÊNCIA – PAGAMENTO – RETENÇÃO – ILEGALIDADE – "Administrativo. Remessa ex officio. Mandado de segurança. Contrato administrativo. Serviço de fornecimento de alimentação para internos e servidores. Ausência de certidão negativa de tributos federais. Retenção de pagamento. Ilegalidade. 1. Estabelecido no edital de licitação a obrigação da licitante comprovar a regularidade em relação aos tributos federais, poderá a Administração exigir o cumprimento da obrigação, sob pena de sanção, respeitado o devido processo legal. 2. À Administração Pública somente é lícito fazer aquilo que a lei autoriza, não podendo o Administrador atribuir penalidade diferente daquelas inseridas no rol disposto no art. 87 da Lei nº 8.666/1993. 3. A retenção do pagamento por serviços efetivamente prestados configura nítido locupletamento e enriquecimento sem causa por parte da administração. 4. Remessa não provida." (TJAP – REO 0004374-81.2012.8.03.0001 – C.Única – Rel. Des. Carmo Antônio – DJe 08.02.2013)RSDA+88+2013+ABR+192v101

251300000851 – CONTRATO ADMINISTRATIVO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – EMPREITADA – RECUSA DE PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EXIGÊNCIA DE COMPROVANTE DE PAGAMENTO INSS – INADMISSIBILIDADE – "Mandado de segurança. Empresa contratada por meio de licitação pública. Prestação de serviços. Contrato de empreitada. Retenção de pagamento de nota fiscal em razão da não apresentação de certidão negativa alusiva ao INSS. Condicionamento de pagamento à regularidade fiscal. Impossibilidade, sob pena de enriquecimento ilícito do ente municipal. Ademais, tal penalidade não se encontra elencada no rol das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993. Direito líquido e certo demonstrado. Perda do objeto não vislumbrada, na medida em que o pagamento da nota fiscal somente veio a ser efetivado após a concessão parcial da medida liminar. Cumprimento de determinação judicial. Concessão do mandamus. Caracteriza-se como desvio de poder, resultando em meio indireto de cobrança de tributos e créditos fiscais, o condicionamento do pagamento do serviço prestado à apresentação de certidões negativas." (TJSE – MS 2011100453 – (253/2012) – Rel. Des. Cláudio Dinart Déda Chagas – DJe 25.01.2012)RLC+8+2012+ABR-MAI+195



"PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE PERANTE O SICAF E/OU APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS E BALANÇO ATUALIZADO COMO CONDIÇÃO PARA O PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. PRECEDENTES DA CORTE.

É incabível condicionar o pagamento por um serviço já prestado à comprovação da regularidade fiscal da agravada, sob pena de enriquecimento ilícito.'

Agravo de Instrumento. Improvido." (TRF da 1ª Região. AI nº 2004.01.00.0289960/DF - grifamos)

"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.

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.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "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.

5. Recurso Especial a que se nega provimento." (Resp nº 633.432/MG. RECURSO ESPECIAL 2004/0030029-4 - (grifamos)

A citação acima é feita no sentido de justificar a decisão de autorizar a alteração contratual com a exclusão da responsabilidade de apresentação das certidões de regularidade fiscal com o Estado e o Município, pois se os Tribunais entendem que não se pode reter o pagamento de valores pela não apresentação das certidões, **com muito mais razão se pode excluir do contrato a obrigatoriedade de apresentação de certidões que sequer constam como obrigatórias na legislação vigente assim como nos Regulamentos das empresas consorciadas.**





CONSORCIO ENERGETICO
CRUZEIRO DO SUL

Ainda por analogia, interessante citar a decisão do Tribunal de Contas da União mencionando que a ausência de comprovação de regularidade relativa ao Sistema da Seguridade Social **se reporta à vedação de contratar, mas não a retenção de pagamentos devidos por serviços prestados ou bens entregues**, podendo, nesse caso, ensejar a rescisão do contrato, mas, nunca, a ausência da devida remuneração:

"CONTRATO. COMPROVAÇÃO PELO CONTRATADO DA REGULARIDADE COM O SISTEMA DE SEGURIDADE E O FGTS. CONDIÇÃO DA EFETIVAÇÃO DO PAGAMENTO.

Analizando a questão, a instrução da 10ª SECEX, ressaltou que a jurisprudência deste Tribunal é pacífica com relação ao assunto.

Destaca os trechos a seguir transcritos do Relatório que ensejou a Decisão nº 705/94-Plenário, que amparou a deliberação recorrida, verbis:

"13. Cabe notar, aliás, que a situação de inadimplência com o sistema de seguridade social é condição que deve ser cumprida não somente quando da habilitação na licitação/celebração do contrato, como também durante toda a constância da relação contratual com a Administração Pública, eis que, conforme dispõe o tão mencionado § 3º do art. 195 da Constituição Federal, o inadimplente com o dito sistema não pode contratar com o Poder Público. O que significa dizer que, em tal situação, ele não pode nem assinar, nem manter contrato com órgão ou entidade da Administração Pública.

14. Então, parece-nos que, neste particular, os órgãos e entidades públicos deveriam fazer incluir nos instrumentos contratuais, cujo objeto deva ser executado continuamente ou parceladamente, cláusula exigindo do particular contratante a obrigação de comprovar, a cada fatura emitida contra a Administração contratante que encontra-se em dia com suas obrigações para com o sistema da seguridade social, prevendo também, como sanção para o inadimplemento com relação a tal cláusula contratual, a própria rescisão do contrato, isso tudo em atendimento ao disposto no § 3º, do art. 195, da Lei Maior e também nos arts. 55 - VIII e 78 - I, da Lei nº 8.666/93.

(...).

Logo, repita-se, nos termos constitucionais e legais, o entendimento deste Tribunal não fez referência exatamente aos pagamentos, mas à preservação da qualificação oferecida para contratar, tanto é verdade que a Decisão nº 705/94 - Plenário, ao final, cuidou da sanção disposta no art. 78, I, da Lei nº 8.666/93, no caso de descumprimento das prescrições contratuais." (TCU. Processo nº 650.267/97-4. Decisão nº 182/99. 1ª Câmara. Rel: Min. Humberto Guimarães Souto. DOU nº 177-E, de 15.9.99 - grifamos)

Não nos olvidemos que o administrador público se submete, estritamente, ao princípio da legalidade. Entretanto, na aplicação de tal princípio, não deve o administrador afastar-se da finalidade de sua atividade pública, que é a persecução do bem comum, estando sempre obrigado a buscar a juridicidade, no sentido do que é jurídico, do que é direito.

Uma ideia que ilustra bem esse raciocínio está nas palavras de Patrícia Baptista, na obra Transformações do Direito Administrativo – Renovar 2003:



"O princípio da legalidade deve ser compreendido como um princípio de juridicidade, com a submissão do administrador não à lei, mas ao Direito."

O mesmo conceito encontra-se resumido nos ensinamentos do ilustre Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 35ª edição:

"Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se junte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Desses princípios é que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa." (grifamos)

Conforme mencionado linhas acima, as decisões dos Tribunais e as citações doutrinárias citadas vem ao encontro dos fundamentos utilizados para deferir o pedido da empresa de excluir do pacto inicialmente firmado a obrigatoriedade da apresentação das certidões, pois a pactuação a meu ver atende aos princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e o princípio da isonomia na medida em que tais certidões não estão sendo mais exigidas nos contratos firmados a partir da vigência dos Regulamentos das empresas.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, reitero o entendimento acima esposado no sentido de que a alteração levada a efeito é lícita e não contraria nenhum dispositivo legal, e atende ao princípio da isonomia, por tal motivo devolvo o Termo Aditivo com o visto solicitado.

Por fim, deve-se observar o contido no item 3.3 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Consorciada Copel Geração e Transmissão S.A., e no artigo 6º do Regulamento de Licitações e Contratos da Consorciada Eletrosul, *verbis*:

"3.3 Os extratos dos termos contratuais e de seus correspondentes aditamentos devem ser publicados no sítio eletrônico da Copel, até o décimo dia útil do mês subsequente à assinatura do contrato, podendo reunir todos os termos contratuais e aditamentos celebradas no mês anterior." (g.n.)

**"Artigo 6º
Procedimento Geral
(...)"**





2 – As hipóteses de contratação dos Artigos 29 e 30 da Lei n. 13.303/2016 devem observar o seguinte procedimento:

a) a unidade de gestão técnica deve elaborar termo de referência, descrevendo o objeto e suas características técnicas, orçamento, eventuais exigências técnicas que devem ser cumpridas pelo contratado, os critérios para a escolha do contratado, as condições de execução da contratação, destacando-se prazos de execução e recebimento, com as justificativas sobre o cabimento da contratação direta e demais motivações que forem consideradas cabíveis;

(...)

k) o extrato do contrato deve ser publicado no sítio eletrônico da empresa, no prazo de até 20 (vinte) dias da data de assinatura do contrato, contendo o nome e o CNPJ do agente econômico, o objeto, prazo e valor do contrato.” (g.n.)

Considerando, a disparidade nos prazos de publicação de extratos de contrato nos casos de dispensa pelo valor da contratação, sugiro que, **adote-se no presente caso o prazo de 20 (vinte) dias, contados da assinatura dos contratos**, na medida em que tal prazo atende aos dois Regulamentos das empresas Consorciadas.

Outrossim, cabe ressaltar que a presente análise restringe-se aos aspectos legais e formais do ato, sendo que aspectos relacionados à conveniência e oportunidade da contratação, bem como demais aspectos de natureza administrativa, comercial, econômico-financeira e técnico-operacional são de atribuição exclusiva das áreas requisitante e gestora do processo.

É o parecer.

Curitiba, 12 de março de 2019


Damasceno Maurício da Rocha Júnior
OAB/PR 15.171

2

3