

A REGULARIDADE FISCAL NA LICITAÇÃO COMO MEIO DE PROTEÇÃO AO INTERESSE PÚBLICO

THE TAX REGULARITY IN THE BID AS A MEANS OF PROTECTING THE PUBLIC INTEREST

*Guilherme Pinato Sato
Procurador Federal
Especialista em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A regularidade fiscal e a cobrança de dívidas fiscais; 1.1 A interpretação restritiva de exigência de regularidade fiscal; 2 A proteção do interesse público e a regularidade fiscal; 2.1 Conceitos de habilitação em consonância com o requisito de regularidade fiscal; 2.2 Princípio da igualdade e a regularidade fiscal; 2.3 Os privilégios e garantias das dívidas fiscais e a necessidade de regularidade fiscal; 2.4 A inviabilidade de aplicar o regulamento do pregão às demais modalidades de licitação; 2.5 A unidade empresarial vencedora na licitação e a regularidade fiscal; 2.6 Lei ordinária e a regularidade fiscal; 2.7 A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na fase de habilitação; 2.8 A regularidade fiscal e os débitos não tributários como proteção de direitos coletivos; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo apresentado em conclusão do Curso de Especialização de Direito Público promovido pela UnB e adaptado para a presente publicação. O presente texto discorre sobre a necessidade do Poder Público exigir na licitação, mais propriamente na fase de habilitação, a regularidade fiscal de dívidas tributárias e não tributárias dos licitantes. Tal medida não visa à arrecadação de tributos ou à inviabilização do exercício de atividades empresariais, mas que o licitante contratado execute a obra ou preste o serviço a contento, sem paralisações ou rescisão do contrato por dificuldades financeiras suas. A exigência de regularidade fiscal em relação às Fazendas Públicas é instrumento adequado para diminuir os riscos de execução de futuro contrato administrativo. No que tange à regularidade fiscal de dívidas não tributárias, serve, outrossim, como proteção de interesses coletivos, pois viola o princípio da moralidade administrativa o ente público que contrata com empresas que estejam respondendo a execuções fiscais de multas trabalhistas, ambientais e sanções de agências reguladoras, dentre outras. Assim, mesmo que haja sensível aumento no valor da proposta a ser apresentada na licitação, a exigência de regularidade fiscal é meio de proteção à continuidade de obras e serviços contratados pelo Poder Público e de resguardo de interesses coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Garantia À Fiel Execução do Contrato. Salvaguarda do Patrimônio da Empresa. Princípio da Igualdade. Regularidade Fiscal de Dívidas não Tributárias. Tutela de Interesses Difusos.

ABSTRACT: This paper, submitted on completion of the Public Law Specialization Course promoted by UnB, was adapted for this publication. It discusses the Public Power need to require in the bid, more specifically in the application phase, the tax and non-tax regularities from the bidders. This measure is not intended to taxes collecting or rendering businesses unfeasible, but that the contracted bidder performs the work or provides the service satisfactorily, without interruptions or contract rescission by financial difficulties. The requirement of fiscal regularity relative to Treasuries (Union, states, municipalities and other public law entities) is the suitable tool to reduce the risk of

future execution of administrative contracts. Regarding the non-tax debts regularity, it serves, moreover, as a protection for collective interests, because the public entity that contracts with companies that are responding executions of labor fines, environmental and regulatory agencies fines, among others, violates the principle of administrative morality. Thus, even there is significant increase in the value of the proposal to be submitted to the bid, the requirement of tax regularity is a means to protect the continuity of works and services contracted by the Public Power and safeguarding of collective interests.

KEYWORDS: Administrative Law. Guarantee for the Faithful Performance of the Contract. Safeguard of Company Assets. Principle of Equality. Non-Tax Debts Regularity. Diffuse Interests Tutelage.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a necessidade de se requerer em licitações, mais propriamente na fase de habilitação, a regularidade fiscal dos licitantes perante o Fisco, como forma de assegurar a futura exequibilidade dos contratos e proteção do interesse coletivo.

Muito se tem comentado acerca da legalidade dos artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93, em que se exige a prova de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal na fase de habilitação do processo licitatório.

O presente texto visa também analisar os entendimentos doutrinário e jurisprudencial a respeito, bem como expor a necessidade de a Administração Pública requerer dos licitantes a prova de regularidade fiscal perante todos os entes federativos, inclusive de dívidas não tributárias.

O tema é complexo, à medida que requer não somente o estudo da Lei de Licitações, como também a coleta de jurisprudência que trata da matéria.

Focamos em acórdãos e súmulas do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. A coleta das decisões judiciais foi efetuada nos respectivos sítios eletrônicos das Cortes mencionadas.

Assim, procurou-se juntar o método teórico-dedutivo ao empírico-indutivo, de forma a elaborar uma sistematização que julgamos coerente com as normas aplicáveis à espécie.

No primeiro capítulo, de início se analisa o texto constitucional no que tange à licitação, bem como os requisitos mínimos lá estabelecidos. São expostos comentários de doutrinadores a respeito da norma constitucional, bem como se a regularidade fiscal está adstrita à Seguridade Social, pois foi a única mencionada na Lei Maior, e se o legislador ordinário poderia propor outros requisitos, além dos elencados na Constituição Federal.

Ainda nesse capítulo, analisa-se o entendimento restritivo de exigência de regularidade fiscal na fase de habilitação sob diversos aspectos, tais como: exigência de regularidade fiscal, somente em relação aos encargos fiscais do ente público que promove a licitação; solicitação de regularidade do estabelecimento participante do certame, especificamente do ramo da atividade a ser executada; e inviabilidade de se requerer a regularidade de dívidas não tributárias.

No segundo capítulo, é feito breve histórico da legislação pregressa e da atual e suas principais modificações, além da análise de que, ao se exigir a regularidade fiscal, não se está almejando o pagamento de dívidas fiscais ou a obstrução do livre exercício profissional, mas dando segurança à futura execução do contrato administrativo e consequente proteção do interesse público. O objetivo desse capítulo é demonstrar a necessidade de regularidade fiscal em relação às Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais, como salvaguarda do interesse público. Para isso, são analisados vários aspectos, como, por exemplo: o princípio da igualdade entre os licitantes; as garantias e

privilégios do débito fiscal e a consequente repercussão no patrimônio da empresa; as dívidas não tributárias e a proteção de interesses difusos e coletivos.

A seguir, assevera-se a efetiva necessidade de se requerer a regularidade fiscal dos participantes da licitação, não como mero formalismo, capricho ou abuso de poder, mas como segurança à coletividade de que o contrato administrativo não será suspenso ou inacabado por motivos financeiros que abalem a estrutura econômica da empresa licitante, ou seja, dívidas fiscais que serão cobradas quando da realização da obra ou serviço público.

Por derradeiro, aborda-se a necessidade de se requerer a regularidade fiscal de dívidas não tributárias, que no mais das vezes trata-se de instrumentos de extrafiscalidade que têm como fim imediato a consecução de melhorias à coletividade, tais como redistribuição de renda, previdência social e proteção de interesses difusos e coletivos. Dessa forma, o ente público que habilita licitante com irregularidade fiscal de multas ambientais, trabalhistas ou outras viola o princípio da moralidade administrativa.

1 A REGULARIDADE FISCAL E A COBRANÇA DE DÍVIDAS FISCAIS

A Lei Maior, em seu artigo 37, inciso XXI, estipula quais são os requisitos necessários para o certame licitatório, como a observância ao princípio da igualdade entre os licitantes e que a Administração Pública somente pode exigir requisitos técnicos e econômicos. Por fim, a Constituição Federal remete ao legislador ordinário o aprofundamento da matéria.

No que se refere à regularidade fiscal, há uma única menção, qual seja, a do parágrafo 3º do artigo 195 da Constituição Federal, que aduz que o Poder Público não poderá contratar com particular em débito com a Seguridade Social. Transcrevem-se essas normas em comento:

Artigo 37 - [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Artigo 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.

Assim, o primeiro dispositivo refere-se à necessidade de realização de processo licitatório para escolher a melhor proposta para o ente público, estabelecendo igualdade de condições a todos os concorrentes. Reitere-se que ao analisar *prima facie* o texto constitucional, o edital somente poderia exigir qualificações técnicas e econômicas necessárias à realização da obra ou serviço.

No que tange ao segundo dispositivo constitucional, ele preceitua que a pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social não poderá participar de certames licitatórios do Poder Público, tampouco dele receber benefícios ou incentivos financeiros.

Ao fazer uma primeira análise das normas em comento e se valendo da interpretação literal, o Poder Público, na fase de habilitação, somente poderia exigir qualificações técnicas e econômicas dos licitantes. No que concerne à regularidade fiscal, seria exigida a inexistência de débitos somente em relação à Seguridade Social, pois foi a única prevista no texto constitucional.

Desse entendimento comunga Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, que afirma que o Poder Público estaria exorbitando a Constituição Federal ao exigir documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal que não fosse a relacionada à Seguridade Social, tornando o procedimento licitatório mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação.

Para a jurista, somente seriam possíveis as qualificações técnicas e econômicas indispensáveis à execução do contrato administrativo. Assim, a Lei n. 8.666/93, em seus artigos 27 e artigo 29, inciso V², teria exorbitado, indo além das exigências previstas no texto constitucional, ao exigir dos licitantes em fase de habilitação a regularidade fiscal em relação às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, todavia sem qualquer amparo legal.

No mesmo sentido, sobre a impossibilidade de se requerer dos licitantes a regularidade fiscal, se posiciona Adílson A. Dallari³, que afirma ser irrelevante a situação do licitante em relação às obrigações trabalhistas e fiscais, essas últimas possuindo meios próprios e específicos de fiscalização e sanção. Por fim, o autor excetua somente os licitantes em débito com a Seguridade Social, pois o artigo 195, parágrafo 3º, do Texto Constitucional impede futura contratação pelo ente público com esses devedores.

Utilizando a classificação das normas segundo o entendimento de José Afonso da Silva⁴, entendemos que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal produz efeitos imediatos, ou seja, possui eficácia plena, tendo a lei ordinária a função de explicitar os conceitos de "qualificação técnica e econômica indispensáveis" previstos na norma constitucional. A respeito, cite-se excerto da obra de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁵ acerca das normas autoexecutáveis:

Normas de eficácia plena. São aquelas que não necessitam de qualquer integração legislativa infraconstitucional. Produzem todos os seus efeitos de imediato. Podemos elencar, entre essas normas, as do arts. 21, 22 e 24 da Constituição. Também são normas de eficácia plena, além de outras, os arts. 19 [imposições à União, Estados, Distrito Federal e Municípios], 20 [bens da União] e 28, todos da Constituição Federal. Versando o tema, José Afonso da Silva define as normas de eficácia plena como "aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular".

Assim, o constituinte, no inciso XXI do artigo 37, submeteu ao legislador ordinário a possibilidade de maior regulamentação da matéria, evitando exaurir no Texto Magno os conceitos dos requisitos necessários ao procedimento licitatório. A regularidade fiscal não é novo requisito para a habilitação, não se está dando "roupagem nova" à regra

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 372.

² "Artigo 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. V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal. [...] Artigo 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 e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei." (grifos nossos).

³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 126.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101-102.

⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

constitucional, mas sim esmiuçando, explicitando o que se deve entender por capacidade econômica da empresa em executar a obra ou serviço, em atendimento aos interesses da coletividade. Assim, ao se requerer a regularidade fiscal em relação às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, está se analisando a solidez da empresa com critérios objetivos e conceitos precisos, em que se poderá mensurar a capacidade econômica do licitante vencedor de executar o contrato administrativo.

Cite-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que se reconheceu que a exigibilidade da regularidade fiscal advém da própria Constituição Federal, bem como que deve ser mantida durante toda a vigência contratual, segundo o artigo 55 da Lei n.8.666/93:

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 n. 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 n. 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" (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2002. p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento.⁶

Assim sendo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou o parágrafo 3º do artigo 195 da Carta Magna como vetor normativo para se exigir a regularidade fiscal, não somente de dívidas da Seguridade Social, mas também dos demais tributos. Essa norma constitucional, ao se referir a uma única espécie tributária, ou seja, contribuições sociais, seria a norma básica, inicial para que a Fazenda Pública possa exigir a regularidade fiscal das demais espécies tributárias elencadas em lei infraconstitucional. Portanto, os artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93 têm como fonte normativa constitucional o parágrafo 3º do artigo 195 da Carta Magna.

⁶ STJ – REsp n. 633.432/MG, 1. T., rel. Min. Luiz Fux, j. 22.02.2005, DJ de 20.06.2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Por derradeiro, Marçal Justen Filho⁷, indo ao encontro do nosso entendimento acerca da possibilidade de se solicitar a regularidade com o Fisco, entende que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 não exclui a possibilidade de lei ordinária requerer habilitação jurídica e regularidade fiscal, hipóteses a que a Lei Maior somente não se referiu explicitamente.

1.1 A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL

Além dos entendimentos doutrinários comentados anteriormente, segundo os quais somente se poderia requerer como regularidade fiscal a quitação de débitos com a Seguridade Social, há corrente doutrinária que, embora tenha acrescido outros requisitos de regularidade fiscal, ainda se mostra insuficiente como meio de proteção aos interesses da coletividade.

Deve-se citar como um dos principais pensadores dessa corrente, ainda restritiva da exigência de regularidade fiscal pelo Poder Público, o jurista Marçal Justen Filho⁸, que a admite em hipóteses pontuais, em que o ente público poderia recusar a contratação com licitante que se encontrasse em situação de irregularidade fiscal somente perante ele mesmo, não podendo exigí-la em relação aos demais entes federativos, sob pena de transformar a licitação em procedimento altamente burocrático, em que se demandaria do interessado certidões fiscais de todos os Estados-membros em que realizou obras ou serviços públicos e de inúmeros municípios.

Afirma Marçal Justen Filho:⁹

Ou seja, há apenas duas soluções juridicamente cabíveis. A primeira é entender que a existência de uma dívida fiscal em qualquer lugar do Brasil é suficiente para acarretar a inabilitação. A outra é reputar que somente a dívida em face da entidade que promove a licitação é que impedirá a licitação. Não é possível solução intermediária, no sentido de que algumas dívidas fiscais acarretam inabilitação e outras não.

Arremata o autor que deve ser evidenciada a regularidade em relação ao ente que promove a licitação. Para justificar tal proposição, Marçal Justen Filho também menciona o artigo 4º, inciso XIII, da Lei n. 10.520/2002, que regulamenta o pregão, *in verbis*:

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.

Segundo esse autor, a Lei n. 10.520/2002 não estaria regulamentando somente o pregão, mas também todas as modalidades de licitação, e assim a situação de regularidade das Fazendas Estaduais e Municipais far-se-ia necessária quando a licitação se desse no âmbito estadual ou municipal, respectivamente, pois a lei se valeu da expressão "quando for o caso".

Outra questão posta por Marçal Justen Filho é que a regularidade fiscal somente deve ser exigida do estabelecimento que participa da licitação e que vai supostamente executar a obra ou serviço, não de todas as unidades da empresa.

Assim, para o aludido jurista, o artigo 29, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que se refere à regularidade fiscal, exige também prova de inscrição no cadastro de

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 406.

⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 419.

⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 420.

contribuintes municipal ou estadual, se houver, pertinente somente ao domicílio ou sede do licitante.

Nesse sentido, o citado dispositivo legal daria sustentação à necessidade de regularidade fiscal somente do estabelecimento da empresa que vai realizar a obra ou serviço.

Também entende Marçal Justen Filho que o ente público deva negar a habilitação do licitante que estiver em irregularidade tributária atinente ao objeto da licitação, evitando-se que se contrate licitante que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o ramo da atividade a ser executada.

A respeito, o entendimento do jurista em comento é o seguinte:¹⁰

O que se demanda é que o particular, no ramo da atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada. Assim o é porque não cabe ao Estado recorrer a particular que não desempenhe regularmente a atividade ou profissão relacionada com o objeto do contrato.

O autor ainda observa que enquanto o artigo 27 da Lei de Licitações refere-se à regularidade fiscal, o artigo 29 requer a regularidade perante as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, incluindo-se tanto dívidas tributárias como não tributárias, aqui incluídos os débitos com as autarquias e fundações públicas.

Marçal Justen Filho aduz ser desarrazoado e desproporcional para os licitantes apresentarem regularidade fiscal em relação a dívidas não tributárias, pois não se estaria submetendo os particulares interessados ao mínimo possível para assegurar a execução da obra.

Por fim, o doutrinador¹¹ refere a necessidade de haver ponderação entre os requisitos necessários à habilitação, assim se pronunciando:

Logo a ampliação dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação dos preços obtidos pela Administração. O efeito prático da ampliação da seriedade na fixação dos requisitos de habilitação é a tendência à obtenção de objeto bem executado, mas com preço muito elevado.

Sob outro enfoque, a redução das exigências de participação amplia o risco de contratações desastradas, pois dá oportunidade a que sujeitos destituídos de capacitação se saquem vencedores do certame. Logo a redução dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação do risco de contratos mal executados. O efeito prático na redução da severidade na fixação dos requisitos de habilitação é a tendência à obtenção de objeto com preço reduzido, mas mal executado.

Assim, de um lado a severidade dos requisitos na habilitação acarreta propostas com preços elevados, mas com qualidade adequada. De outra face, quanto menores forem as exigências legais, menor a segurança na execução do futuro contrato. Portanto, para Marçal Justen Filho, os requisitos deveriam ser variáveis segundo a necessidade do caso concreto.

Esses são os principais entendimentos da corrente restritiva, tendo como um dos principais pensadores o jurista Marçal Justen Filho. No capítulo subsequente serão abordados aspectos relevantes da fase de habilitação e o requerimento da regularidade fiscal como meio de proteção ao contrato administrativo e a interesses difusos e coletivos, bem como será analisada a teoria restritiva citada.

¹⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 418.

¹¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 401.

2 A PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E A REGULARIDADE FISCAL

2.1 CONCEITOS DE HABILITAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O REQUISITO DE REGULARIDADE FISCAL

A legislação anterior era o Decreto-Lei n. 2.300/86, cujo artigo 25, parágrafo 4º, exigia prova de quitação, enquanto a atual exige prova de regularidade fiscal. Assim, a legislação progressiva¹² solicitava aos habilitantes a prova de inexistência de débito, ou seja, quitação com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, enquanto a atual legislação admite a existência de débito com a Fazenda Pública, mas sob a anuência estatal, por uma das possibilidades de suspensão de exigibilidade do crédito tributário insculpidas no artigo 151 do Código Tributário Nacional.¹³

Inicialmente, deve-se entender por habilitação, segundo o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, "a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que a proposta possa ser objeto de consideração".

Assim, a habilitação é o momento inicial da licitação, em que o Poder Público verifica as capacidades técnica, econômica e jurídica dos participantes do certame. Caso os licitantes não apresentem toda a documentação requerida ou se ela estiver em desacordo com o edital, eles são considerados inabilitados e recebem de volta o envelope fechado, junto com a sua proposta, desde que não tenha havido recurso, ou após a sua denegação.

Não cabe discricionariedade ao administrador em considerar determinado participante habilitado ou não, pois a Administração Pública está vinculada aos documentos solicitados no edital.

Referindo-se mais especificamente aos requisitos da habilitação, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93, como aduz Jessé Torres Pereira Júnior¹⁵, ao se referir à habilitação jurídica e regularidade fiscal, utiliza o termo "consistirá", ou seja, o particular somente estará habilitado se apresentar os documentos solicitados e minudenciados no edital.

Inegavelmente, há dois princípios conflitantes, a saber, da defesa do patrimônio público e da coletividade em contratar com particular que poderá eventualmente ser responsabilizado com seu próprio patrimônio pela execução parcial, inexecução da obra ou pela má prestação do serviço, e, do outro lado, do administrado, que não pode ser coagido a saldar sua dívida fiscal senão por regular processo judicial, mais precisamente por execução fiscal.

A regularidade fiscal exigida nos referidos artigos da Lei Geral de Licitações não tem a finalidade de cobrar os tributos de forma indireta, mas sim que o licitante-contratado

¹² Vale a pena citar o Decreto n. 2.300/86 acerca do assunto: "Artigo 25 - Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: [...] IV - regularidade fiscal [...] § 4º - A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso consistirá em: [...] 2. prova de quitação com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal."

¹³ Sobre as possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o Código Tributário Nacional estipula o seguinte: "Artigo 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI - o parcelamento. Parágrafo único - O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes."

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 547.

¹⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 330.

não tenha posteriormente o seu patrimônio comprometido por dívidas fiscais e, por conseguinte, não possa executar e responder integralmente pela obra ou serviço avençado.

A respeito é o ensinamento de Marçal Justen Filho:¹⁶

O próprio princípio da República exige que somente sejam consideradas propostas de contratação formuladas por quem esteja em condições de executar satisfatoriamente a proposta formulada. Como visto, o princípio da igualdade não significa que a Administração Pública possa aceitar proposta formulada por quem não detenha condições de sua execução. Juridicamente, apenas é titular de direito de licitar aquele que evidenciar condições de satisfazer as necessidades públicas e preencher os requisitos previstos na lei e no ato convocatório.

A própria Administração Pública pode por fato superveniente à habilitação vir a cassá-la, como sói acontecer em falência posterior de um dos licitantes, que possivelmente não terá mais condições financeiras para realizar a obra ou serviço. É nesse sentido o parágrafo 5º do artigo 43 da Lei n. 8.666/93.¹⁷

O artigo 55, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93¹⁸ aduz que o licitante contratado deve manter durante toda a vigência do contrato as condições de habilitação e qualificação exigidas no certame licitatório. Pode assim a Administração Pública desabilitar e, por consequência, extinguir o pactuado, aplicando as sanções cabíveis, se o contratado não demonstrar regularidade fiscal e idoneidade financeira durante a vigência da avença. Assim, se o Poder Público deve na vigência do contrato administrativo fiscalizar as condições técnicas e financeiras da empresa, com mais razão deverá fazê-lo na fase de habilitação, até como meio de assegurar, além do interesse público, a solidez das propostas a serem apresentadas na fase de classificação.

A jurisprudência a seguir colacionada aduz a necessidade da empresa contratada demonstrar a idoneidade financeira durante toda a vigência do contrato administrativo, bem como ser totalmente compatível ao interesse público exigir documentação necessária que comprove a regularidade fiscal em relação às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal. Portanto, o Poder Público pode rescindir contrato administrativo em execução ou de antemão inabilitar licitante que não comprove regularidade fiscal, não se tratando de abuso de poder, tampouco meio de cobrança indireta de dívidas fiscais:

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 n. 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.

¹⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 395.

¹⁷ Lei n. 8.666/93: "Artigo 43 - A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação. [...] § 5 - Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento."

¹⁸ Lei n. 8.666/93: "Artigo 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."

2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei n. 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".

3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.

4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.

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 n. 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.¹⁹

Cite-se também entendimento de Lúcia Valle Figueiredo²⁰ a respeito da ocorrência de fato superveniente que venha a desabilitar o licitante vencedor:

Entretanto, em princípio, temos de admitir a possibilidade de ocorrência de fato superveniente, de tal ordem que venha esvaziar o conteúdo do ato da habilitação, e, neste caso, evidentemente, a habilitação terá de ser cassada.

O procedimento mais conveniente dependerá, evidentemente, da fase em que estiver a licitação.

Se considerarmos o ato habilitatório como *rebus sic stantibus*, não há como prosperar a idéia de que, na ocorrência de fato superveniente, não se possa rever a habilitação.

Se assim fosse poderíamos chegar à esdrúxula conclusão de que a licitação deveria prosseguir, e, se a Administração resolvesse contratar, poderia ter de fazê-lo com aquele que não é mais capaz de executar o objeto pretendido.

Assim, reitere-se que se é possível a inabilitação de licitante vencedor que deixou de cumprir os requisitos da habilitação quando da execução do contrato, por mais razão ainda, mostra-se temerária a atitude da Administração Pública em prosseguir o certame licitatório com terceiro que se encontre em irregularidade tributária na fase preliminar de habilitação e que não tenha reservado bens para garantir iminente execução fiscal. O licitante contratado terá que responder futuramente com seu próprio patrimônio, em detrimento da obra pública ou serviço que deveria realizar.

A Administração Pública, ao detectar a insolvência do licitante, seja por falência em caso de incapacidade econômica, seja por outro motivo, como a falta de capacidade fiscal, deverá, mesmo que posteriormente à fase de habilitação, inabilitar o licitante, até como meio de preservação dos futuros contratos administrativos e, por conseguinte, o próprio resguardo do interesse público.

Inegavelmente, não há como liquidar todos os riscos no processo licitatório, todavia é possível ao menos eliminar os que já se encontram presentes na habilitação, dando assim maior segurança à contratação e solidez à futura execução contratual.

¹⁹ STJ – RMS n. 24.953/CE, 2. T., rel. Min. Castro Meira, j. 04.03.2008, *DJe*, de 17.03.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 51-52.

O Supremo Tribunal Federal, em suas Súmulas ns. 70, 323 e 547²¹ abaixo transcritas foi firme no sentido de que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício de atividades empresariais:

Súmula n. 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula n. 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula n. 547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Todavia, ao se exigir a regularidade fiscal para contratar com o ente público, não se está proibindo o exercício do comércio e assim amesquinhando o princípio da livre iniciativa, pois o administrado, mesmo com irregularidade fiscal, continuará exercendo sua atividade profissional na área privada. O licitante vencedor somente não poderá contratar com o ente público, sendo essa medida, como já foi explicitado acima, de salvaguarda da coletividade e em respeito aos princípios da moralidade administrativa e igualdade entre os licitantes.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A REGULARIDADE FISCAL

Ao requerer a regularidade fiscal, também se está enfatizando o princípio da igualdade entre os licitantes, deixando de privilegiar o concorrente que se encontra em irregularidade com o Fisco e possui menores encargos tributários, menos despesas, em detrimento dos demais que estão quites com as Fazendas Públicas ou ao menos que tenha sido suspensa a exigibilidade de débitos fiscais. A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, cita o princípio da igualdade entre os concorrentes como fundamental no certame licitatório, e essa isonomia deve prevalecer não somente no julgamento das propostas, mas também nos requisitos econômicos, jurídicos e fiscais previstos na fase de habilitação.

Cabe aqui mencionar o entendimento de Hely Lopes Meirelles²² que, em respeito ao princípio da igualdade, o certame licitatório não pode incluir cláusulas que favoreçam determinados candidatos em detrimento de outros; entretanto, não há impedimento à Administração Pública para que estabeleça requisitos mínimos necessários à garantia da execução posterior do contrato, bem como na proteção de interesses difusos e coletivos.

Nesse sentido é irrefutável a necessidade de se requerer a regularidade fiscal das Fazendas Públicas como meio de salvaguardar a posterior execução da obra ou prestação do serviço público em prol da coletividade. Transcreve-se aqui o pensamento do jurista:

7.2.2.3 Igualdade entre os licitantes: *a igualdade entre os licitantes* é o princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que no edital ou convite favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, quer desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º).

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo, sem objetivo ou vantagem de interesse público. Todavia, não configura atentado *ao princípio da igualdade entre os licitantes* o estabelecimento de *requisitos mínimos de participação* no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à

²¹ Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 227.

regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Assim, ao se requerer a regularidade perante as Fazendas Federal, Estaduais e Municipais na fase de habilitação, está-se assegurando que ao executar a realização das obras ou serviços, o licitante vencedor não tenha comprometido parte considerável de seu patrimônio com o pagamento de débitos fiscais.

Com o escopo de se evitar qualquer "surpresa" de insolvência posterior relacionada a dívidas tributárias e não tributárias, deve-se requerer a regularidade fiscal nas três esferas públicas: federal, estadual e municipal e em relação ao domicílio ou sede do licitante, bem como ao ramo da atividade ou condizente com o objeto contratual; é nesse sentido o inciso II do artigo 29 da Lei n. 8.666/93. O Poder Público deve evitar por fim requerer a regularidade fiscal em relação a todos os Municípios e Estados em que o licitante tenha realizado obras ou prestado serviços, sob pena de transformar a fase de habilitação em procedimento altamente moroso e casuístico. Nessa última hipótese, podem ser abrandados os requisitos altamente formais, em prol de propostas menos onerosas ao Poder Público.

Ao menos deve-se exigir regularidade fiscal do Município em que se encontra a sede ou filial da empresa que realizará o pactuado, sendo despiciendas e extremamente burocráticas as dos demais Municípios em que a empresa tenha realizado obras e serviços. Destaca-se o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho²³, no sentido da necessidade de regularidade jurídico-fiscal do candidato em relação às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal.

A Lei n. 8.666/93, em seu artigo 3º, inciso II²⁴, também cita o princípio da igualdade, concedendo-lhe contornos mais concretos do que se deve entender por isonomia no certame licitatório, aduzindo que ao Poder Público licitante não cabe realizar tratamento diferenciado de naturezas civil, comercial, previdenciária ou qualquer outra dos licitantes. Assim, ao se habilitar licitante que não apresenta regularidade fiscal, estar-se-ia criando diferenciação em relação aos demais que comprovaram tal item, *discrimen*, privilégio desarrazoado de um licitante em relação aos demais, que possuem afinal maiores encargos tributários, maior custo para a apresentação de suas propostas.

2.3 OS PRIVILÉGIOS E GARANTIAS DAS DÍVIDAS FISCAIS E A NECESSIDADE DE REGULARIDADE FISCAL

Interessante observar inicialmente que não há solidariedade entre a Administração Pública e o licitante vencedor pelas dívidas civis, trabalhistas e fiscais deste, devendo o ente privado responder pessoalmente por elas, e nem seria razoável a entidade licitadora restar responsabilizada por esses encargos.

A solidariedade não se presume, deve estar prevista em lei ou contrato e, no que concerne à solidariedade tributária, deve haver ao menos interesse comum na situação

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Lumen Juris, 2004. p. 237.

²⁴ "Artigo 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. § 1º - É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991."

que constitua o fato gerador da obrigação ou previsão legal das pessoas expressamente designadas, o que não há no caso em tela entre o ente público e o licitante vencedor.

Além do mais, em se tratando de dívidas fiscais, caso fosse permitida a responsabilidade do ente público licitante, haveria casos de cobrança de um ente público em relação a outro, ou do próprio Poder Público em relação a si mesmo; nessas hipóteses, quem restaria prejudicada seria a coletividade como um todo, ao saldar dívidas tributárias de terceiros por meio de pagamento realizado pela própria Administração Pública. Ressalte-se que a empresa licitante se beneficiaria, transferindo a sua dívida fiscal ao próprio ente público.

Deve-se destacar que o crédito tributário goza de preferências e privilégios, e assim futura execução fiscal poderia prejudicar sobremaneira a execução do contrato administrativo. O artigo 185 do Código Tributário Nacional²⁵ assevera que se o sujeito que aliena ou onera seus bens, e em concomitância tenha crédito tributário regularmente inscrito em dívida ativa, a consequente alienação ou oneração havidas são tidas como fraudulentas, passíveis de anulação, se não reservados bens suficientes.

Na execução de obra ou serviço, o licitante vencedor que tenha execução fiscal sem bens que a garantam terá dificuldades financeiras, pois as tratativas com terceiros, como fornecedores de mão de obra e empréstimos bancários restarão prejudicados, devido à preferência do crédito tributário em relação às demais dívidas.

Se o licitante vencedor for citado em execução fiscal e não pagar ou nomear bens a penhora, o magistrado poderá determinar a indisponibilidade de bens e direitos suficientes para a satisfação do erário público, preceito estipulado no artigo 185-A do Código Tributário Nacional.²⁶

O licitante vencedor que não puder garantir a dívida fiscal terá o seu patrimônio comprometido com o pagamento ao Fisco, em prejuízo da consecução da obra ou serviço. A respeito, entende Maria Helena Rau de Souza:²⁷

O provimento genérico de indisponibilidade instituído pela norma em comento poderá atingir, na prática, bens absolutamente impenhoráveis, nomeadamente vencimentos e salários, quando referentes à pessoa física, bem como bens do ativo não permanente das pessoas jurídicas que são, sistematicamente, protegidos do alcance da medida na jurisprudência construída em torno da medida cautelar.

Por conseguinte, bens do administrado poderão ser penhorados em processo de execução fiscal ou ainda sequestrados ou arrestados em processo cautelar para assegurar posterior satisfação do débito fiscal, ocasionando sérios prejuízos à realização e consecução da obra ou serviço a ser prestado ou executado. Parte considerável do patrimônio do contratado vencedor poderá ser disponibilizado preferencialmente para o pagamento da dívida fiscal, em detrimento da execução do contrato administrativo.

²⁵ "Artigo 185 - Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

²⁶ "Artigo 185-A - Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens a penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. § 1º - A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. § 2º - Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido."

²⁷ SOUZA, Maria Helena Rau de. Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência (art. 185). In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 769-770.

A própria garantia de que o contratado deverá fornecer de 5 a até 10% do valor do contrato, estipulado nos parágrafos 2º e 3º do artigo 56 da Lei n. 8.666/93, dificilmente responderá pelo prejuízo total das multas devidas e pela inexecução do pactuado, além do inegável prejuízo que terá a coletividade no retardamento de obra ou na não prestação de serviço de interesse do Poder Público.

Frente ao comportamento culposo do contratado e em acarretando a rescisão contratual, restará à Administração Pública aplicar sanções administrativas, além de multa, com a imediata assunção do objeto e a subsequente utilização dos equipamentos materiais e humanos necessários à continuidade da execução, bem como a utilização de garantia contratual para se ressarcir das multas e prejuízos havidos, conforme estipula o artigo 80 da Lei n. 8.666/93.

2.4 A INVIABILIDADE DE APLICAR O REGULAMENTO DO PREGÃO ÀS DEMAIS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei n. 10.520/2002 especificou unicamente uma modalidade de licitação, o pregão, nada mencionando em relação às demais modalidades. Deve-se inicialmente ter em conta que o pregão tem como finalidade a aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública.

Não há como aplicar as regras do pregão para o convite, tomada de preços e concorrência, pois essas modalidades possuem peculiaridades que devem ser observadas. Pode-se citar o exemplo da concorrência, que no mais das vezes envolve contratos que tenham como objeto obras ou serviços altamente complexos e uso sofisticado de equipamentos, podendo haver até audiências públicas²⁸ antes mesmo da própria habilitação.

O legislador, na última modalidade citada, almejou dar maior publicidade possível ao certame licitatório, para que haja uma maior procura de interessados e se possa escolher a melhor proposta. Inegavelmente, trata-se de procedimento mais lento, de prazos mais dilatados, que mais resguardam o interesse público e permitem aos interessados realizarem propostas mais apuradas e vantajosas à coletividade.

Assim, ao aplicar a Lei n. 10.520/2002 à concorrência, está-se retirando a garantia de apresentação de propostas mais sólidas para uma obra ou serviço, mais bem analisadas, em troca de celeridade no procedimento, deixando-se de lado a segurança e eficácia que são necessárias em empreendimentos de grande especificidade.

Deve-se por fim mencionar que, no pregão, o tipo de licitação é necessariamente o menor preço, enquanto que nas demais modalidades podem ser adotados melhor técnica ou técnica e preço. O artigo 45 da Lei n. 8.666/93 estipula as hipóteses em que poderão ser adotados os dois tipos de licitação acima citados:

- a) serviços de natureza predominantemente intelectual;
- b) bens e serviços de informática;

²⁸ As audiências públicas são realizadas para contratos administrativos, cujo valor seja cem vezes superior ao limite imposto para concorrência de obras ou serviços de engenharia. Cite-se legislação a respeito: "Artigo 39 - Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea 'c' desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. Parágrafo único - Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente."

c) por autorização expressa da maior autoridade da Administração Pública, quando o interesse público o exigir.

Resta inviável a aplicação das normas do pregão às demais modalidades de licitação, frente às peculiaridades dessas últimas e, por conseguinte, a regra de habilitação da Lei n. 10.520/2002, ao requerer dos licitantes somente a regularidade fiscal do ente público que realiza a licitação, pois é aplicada no caso específico do pregão.

Não há como não criticar essa lei, pois mesmo no pregão, ao “simplificar” a comprovação de habilitação do licitante vencedor, diminui-se a garantia de solidez da empresa quanto à sua capacidade econômica de executar o contrato administrativo.

2.5 A UNIDADE EMPRESARIAL VENCEDORA NA LICITAÇÃO E A REGULARIDADE FISCAL

Em relação à unidade empresarial de que se deve exigir a regularidade fiscal, mister se faz concordar com Marçal Justen Filho²⁹, pois deve-se exigí-la da filial que vai necessariamente realizar a obra ou serviço.

Não cabe na fase de habilitação exigir das demais filiais que não vão participar do certame, pois elas não são responsáveis pela realização imediata da obra ou serviço, e estando a empresa filial vencedora da licitação com a regularidade fiscal comprovada, já se tem o suficiente para garantir o fiel cumprimento do contrato.

Assim, cada núcleo empresarial deve ser responsabilizado por suas próprias dívidas fiscais e não fiscais, nada obstando que posteriormente sejam responsabilizadas em posterior ação judicial a matriz ou as demais filiadas, em solidariedade ou em caráter subsidiário, pelas dívidas tributárias das demais, conforme a legislação tributária. Reitere-se, portanto, no que diz respeito à fase de habilitação, que a regularidade fiscal da filial contratante já é suficiente.

Nesse sentido é a regra do artigo 127, inciso II, do Código Tributário Nacional³⁰. Vale também mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³¹, no sentido de que a regularidade fiscal a ser comprovada na fase de habilitação é a da filial que vai executar a obra ou serviço:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE REGULARIDADE FISCAL DA FILIAL DA EMPRESA PERANTE A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 29, III, DA LEI N. 8.666/93. NÃO OCORRÊNCIA. DOUTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

1. A recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Divisão de Preparo de Licitações da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro/RJ, pleiteando, em síntese, afastar exigência prevista no edital de licitação – Concorrência Pública 01/2002, destinada à aquisição de cimento asfáltico de petróleo – concernente à regularidade fiscal

²⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 422.

³⁰ “Artigo 127 - Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal: I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade; II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento; III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante. § 1º - Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação. § 2º - A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.” (grifos nossos).

³¹ STJ – REsp n. 809.262/RJ, 1. T., rel. Min. Denise Arruda, j. 23.10.2007, DJ, de 19.11.2007, p. 190. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

imobiliária da filial perante a municipalidade, sob o argumento de que a Lei n. 8.666/93 somente exige a respectiva certidão do domicílio ou sede da empresa.

2. A exigência editalícia relativa à comprovação de regularidade fiscal da filial perante a Fazenda Pública Municipal responsável pela licitação, independentemente da situação fiscal da matriz situada em município diverso, é razoável e encontra respaldo na interpretação teleológica do art. 29, III, da Lei n. 8.666/93.

3. 'Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal' (REsp n. 900.604/RN, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ, de 16.04.2007).

4. Isentar a recorrente de comprovar sua regularidade fiscal perante o município que promove a licitação viola o princípio da isonomia (Lei n. 8.666/93, art. 3º), pois estar-se-ia privilegiando os licitantes irregulares em detrimento dos concorrentes regulares.

5. Recurso especial desprovido.

Segundo o acórdão citado, deve ser comprovada a regularidade fiscal da filial que vai realizar efetivamente a obra ou serviço, pois é ela que arcará diretamente com as obrigações trabalhistas, tributárias, de direito privado e também referentes aos contratos realizados e firmados com o Poder Público. Haveria por fim, conforme essa decisão, violação ao princípio da isonomia, tratando diferentemente os iguais que se encontrem na fase de habilitação, amenizando as exigências legais para determinado licitante, em detrimento dos demais.

Portanto, ao exigir a regularidade fiscal das demais filiais ou da matriz de determinado licitante, estar-se-á transformando o processo licitatório em verdadeiro meio indireto de cobrança de dívidas, além de dificultar sobremaneira a participação dos interessados, principalmente o consórcio de grandes empresas, encarecendo por fim o valor das propostas, deixando de se observar o princípio da proporcionalidade.

2.6 LEI ORDINÁRIA E A REGULARIDADE FISCAL

Não compartilhamos o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³² acerca da necessidade de norma constitucional para prever a obrigatoriedade de regularidade fiscal dos licitantes, como sói acontecer com as contribuições devidas à Seguridade Social.

Trata-se de norma de direito administrativo, e assim não há qualquer empecilho que seja editada por lei ordinária, e por consequência prevista na própria Lei de Licitações, como de fato ocorreu.

Vale mencionar que quando o constituinte almejou que determinada matéria fosse regulada por lei de quórum qualificado, fê-lo expressamente, como se deu com a edição de normas gerais de direito tributário, que devem ser necessariamente reguladas por legislação complementar. Por consequência, no silêncio do legislador, pode haver edição de leis ordinárias, como ocorreu em matéria de direito administrativo.

Reitere-se que os artigos referidos na Lei de Licitação em comento não têm o escopo de coagir o administrado a pagar as suas dívidas tributárias ou não tributárias, mas garantir a igualdade entre os licitantes e assegurar a solidez da proposta vencedora. Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho:³³

³² DI PIETRO, op. cit., p. 371.

³³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 406.

Por outro lado, a irregularidade fiscal produz o risco de apropriação dos bens do licitante para satisfação de dívidas perante o Fisco. Há uma potencialidade de sobrevir a ausência de qualificação econômico-financeira. Depois, reputa-se constitucional a restrição do devedor perante o Fisco quando não tiver natureza de impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. Ademais disso o empresário que não liquida as suas obrigações fiscais incorre em custos mais reduzidos, acarretando infração à livre concorrência. Enfim o sujeito que não satisfaz as suas obrigações perante o Fisco não pode ser reputado como idôneo e confiável, não merecendo tratamento equivalente ao reservado para aquele que cumpre os seus deveres para com a coletividade.

Desastroso seria ao interesse público a hipótese da empresa vencedora em licitação que tenha o seu patrimônio totalmente comprometido por execuções fiscais posteriores, pois não teria as mesmas condições de cumprir o seu contrato com terceiros e tampouco com os seus próprios empregados. Haveria sérios prejuízos ao andamento do serviço ou da obra, com retardamento na execução do objeto do contrato, bem como a possibilidade de total paralisação, podendo por fim a Administração Pública rescindir unilateralmente o avençado, aplicando sanções administrativas.

Mais do que responsabilizar a empresa pela inexecução do contrato, seria o prejuízo que a coletividade teria que suportar, ou seja, a obrigação de fazer era fundamental, e de pouca valia seria transformá-la em obrigação de dar, pagar, além do custoso procedimento licitatório realizado, que escolheu licitante que, apesar de apresentar proposta mais vantajosa financeiramente à Administração Pública, mostrou-se sem condições econômicas para efetuar-la.

Por fim, em observância ao princípio da moralidade administrativa, o Poder Público deve inabilitar empresas que violem interesses coletivos, ou seja, pessoas jurídicas que apresentem irregularidade fiscal ou débitos extrafiscais, como multas ambientais e trabalhistas.

2.7 A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA FASE DE HABILITAÇÃO

Jessé Torres Pereira Júnior e Lúcia Valle Figueiredo aduzem que estar em débito com o Fisco significa que há dívida inscrita e que não tenha havido qualquer suspensão da exigibilidade do crédito, seja por recurso administrativo, por decisão judicial, ou que o executado não tenha garantido a execução fiscal com bens suficientes.

A respeito é o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo:³⁴

Discute-se doutrinariamente se haverá inconstitucionalidade na exigência de documentos relativos à regularidade fiscal. Entendemos que se deva fazer interpretação "conforme" (Gomes Canotilho) à Constituição.

Assim, se interpretada convenientemente a documentação pedida, não haverá inconstitucionalidade.

Ademais, o art. 195, parágrafo 3º, da Constituição dispõe que as pessoas em débito com a seguridade social não poderão contratar com a Administração.

Todavia, o entendimento do que seja débito deve ser cauteloso. Acha-se em débito quem tem dívida inscrita, não parcelada ou suspensa sua exigibilidade por decisão judicial ou administrativa.

Sobre a questão, Jessé Torres Pereira Júnior³⁵ obtempera:

³⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Direito dos licitantes*, cit., p. 47-48.

³⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*, p. 330.

A lei alude a “regularidade”, que pode abranger a existência de débito consentido e sob controle do credor. E não a quitação, que é ausência de débito. Daí a ilegalidade do edital que venha a exigir prova de quitação para com a Fazenda.

O mero questionamento em juízo da ilegalidade de dívida fiscal, sem qualquer liminar ou tutela antecipada no sentido de obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não é meio hábil para reconhecer o direito à habilitação no procedimento licitatório.

A decisão administrativa que resultou na execução fiscal continua a irradiar os seus próprios efeitos e é tida como válida, presunção *iuris tantum*, até que se prove o contrário. Não há qualquer sobreposição da esfera administrativa sobre a judicial, uma vez que não houve resposta desta, nem sequer liminarmente.

Seria fácil aos licitantes em irregularidade fiscal burlar a fase de habilitação, uma vez que se ajuizassem qualquer demanda de conhecimento perante o Fisco e, sem qualquer liminar ou antecipação dos efeitos da tutela, teriam reconhecido o seu direito a ser habilitada.

Ao contrário do afirmado acima, o Fisco não poderá rejeitar a habilitação do licitante que estiver suspensa a exigibilidade de determinado crédito tributário, seja por decisão judicial ou administrativa, e se o fizer, estará agindo de modo arbitrário, passível de ser revisto pelo Poder Judiciário.

A respeito, a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:³⁶

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REGULARIDADE FISCAL. ARTIGO 29, III, DA LEI N. 8.666/93. DÉBITO FISCAL EXECUTADO, COM INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA AINDA NÃO FORMALIZADA.

1. O art. 29, III, da Lei n. 8.666/93 deve ser interpretado com a flexibilidade preconizada no princípio inserido no art. 37, XXI, da CF/88.
2. Se a empresa tem contra si execução fiscal, mas não se nega a pagar e indica bens à penhora para discutir a dívida, não há, ainda, inadimplência.
3. O devedor, ao indicar bens à penhora, fez a sua parte para garantir o juízo, dependendo da Justiça, unicamente, a formalização da garantia.
4. Situação fática que, no lapso de tempo indicado, satisfaz a exigência do art. 29, III, da Lei de Licitações.
5. Recurso especial improvido.

Como explicitado no capítulo anterior, a regularidade fiscal da empresa comprova a capacidade econômica que ela terá em executar o pactuado. Assim, em comento ao acórdão citado acima, tendo a empresa assegurado a execução fiscal com bens suficientes e que não comprometam a realização da obra ou serviço, não há motivos para que a Administração Pública inabilite determinado licitante, uma vez que a dívida fiscal encontra-se garantida com bens suficientes e a empresa possui patrimônio diverso para a execução da obra ou serviço. Demonstra-se assim que a solicitação de regularidade fiscal não é mecanismo de cobrança de dívidas tributárias, mas meio de garantir a fiel execução de obras ou serviços públicos.

2.8 A REGULARIDADE FISCAL E OS DÉBITOS NÃO TRIBUTÁRIOS COMO PROTEÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS

Trata-se de medida de respaldo ao interesse público requerer na fase de habilitação dos licitantes a regularidade fiscal, tanto de dívidas tributárias, como não tributárias.

³⁶ STJ – REsp n. 425.400/MG (2002/0039351-5), 2. T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 07.08.2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Em que pesem os argumentos esposados por Marçal Justen Filho³⁷ acerca da inviabilidade do ente público licitante requerer dos participantes prova de regularidade fiscal de débitos não tributários, sob pena de inviabilizar a licitação, é plenamente viável tal exigência, não configurando qualquer ilegalidade ou desvio de poder.

Muito se tem criticado sobre a necessidade de regularidade fiscal de dívidas não tributárias. No mais das vezes, os débitos extrafiscais podem representar danos maiores à coletividade, como, por exemplo, as taxas de licenciamento e fiscalização ambientais, as multas trabalhistas e penalidades aplicadas pelas agências reguladoras. Não se deve por fim mensurar o valor da dívida, mas o que elas representam, ou seja, os danos sofridos pela coletividade.

Os referidos tributos e multas citadas são conhecidos como entradas extrafiscais, que têm como objetivo a realização de fins sociais imediatos, diferentemente das exações fiscais, como os impostos, que possuem objetivo de manutenção da estrutura do Estado, como as despesas de custeio. José Souto Maior Borges³⁸ elencou alguns objetivos da extrafiscalidade: proteção da ordem econômica, demográfica e social, bem como instrumento de prevenção. Arremata o jurista³⁹ que "as finanças públicas desenvolvem-se não apenas para suprir as necessidades estatais, mas também para a consecução de objetivos de dirigismo e ordenação econômica".

Citem-se as taxas de polícia como exemplos de extrafiscalidade, pois elas têm como escopo restringir a liberdade e o direito de propriedade do administrado, em prol da coletividade. A própria ordem econômica insculpida no artigo 170 da Constituição Federal subordina a livre iniciativa à valorização do trabalho humano, explicitando ainda que deverão ser observados princípios como o da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, do consumidor e da busca do pleno emprego, dentre outros. Assim, para atingir os objetivos traçados pela ordem econômica, o Poder Público utiliza o poder de polícia, licenciando e fiscalizando obras, bem como utilizando a autoexequibilidade dos atos administrativos, apreendendo produtos nocivos e interditando estabelecimentos.

O licenciamento e a fiscalização têm como instrumentos de indução as taxas de polícia. Os referidos tributos não têm como fim imediato a arrecadação, o custeio da Administração Pública, como foi salientado, mas servem de meios para a realização de fins coletivos, como meio ambiente sadio, erradicação do trabalho escravo, previdência social e livre concorrência, dentre outros.

A tutela ao meio ambiente, por exemplo, é de interesse difuso, uma vez que a não observância das normas regulamentares do poder de polícia traz prejuízo a pessoas indeterminadas, sendo as indenizações revertidas ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, segundo a Lei n. 7.797/89. O artigo 1º dessa lei indica que o Fundo Nacional de Meio Ambiente tem como escopo o uso racional e sustentável de recursos naturais, bem como a recuperação da qualidade ambiental, de forma que seus recursos são usados para custear ações preventivas para reparar danos ocorridos no meio ambiente.

Mais importantes do que a própria reparação pecuniária à lesão ambiental são as medidas preventivas e reparatórias que assegurem proteção efetiva ao meio ambiente, relacionadas à eficácia do poder de polícia de licenciamento, fiscalização e punição de atividades econômicas que possam ocasionar possíveis prejuízos ambientais. Édis Milaré⁴⁰ observou que havendo o mero risco de agressão ao meio ambiente, no mais das vezes já restam configurados ilícitos administrativos e criminais:

No entanto, a importância da regulamentação dos ilícitos administrativos e criminais em matéria de tutela ambiental reside no fato de que essas

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 417.

³⁸ BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 60.

³⁹ BORGES, op. cit., p. 70.

⁴⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 882.

esferas de responsabilidade não dependem da configuração de um prejuízo, podendo coibir condutas que apresentem mera potencialidade de dano ou mesmo de risco de agressão aos recursos ambientais. Exemplo disso é a tipificação como crime e como infração administrativa da conduta de operar atividade sem licença ambiental exigível.

Afirma Hugo de Nigro Mazzilli⁴¹ que eventual indenização na esfera civil, como na administrativa, não se destinará a uma indenização individual, posto que o interesse é indivisível, servindo a reparação econômica como instrumento de recuperação do bem coletivo danificado.

Assim, mostra-se dissonante e vai de encontro ao interesse público o ente estatal contratar com particular que infrinja normas de direito ambiental, dentre outros valores e princípios previstos na ordem econômica já referidos anteriormente.

Independente, por fim, qual seja o montante da irregularidade fiscal não tributária, pois inegavelmente mais do que a própria arrecadação do tributo, houve interesse do legislador na proteção de direitos coletivos *lato sensu*.

Acerca da necessidade de se exigir a regularidade fiscal de dívidas não tributárias, ensina Célio Rodrigues da Cruz:⁴²

A exigência de prova da regularidade fiscal estabelecida pelos artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93 deve incluir também a demonstração da inexistência de débito de natureza não tributária, uma vez que não faz qualquer sentido uma norma que tem como objetivo primordial proteger o patrimônio público em sentido amplo exigir que o administrado interessado em participar de um procedimento de licitação não tenha dívida tributária, mas possa ter dívidas de natureza não tributária junto à Fazenda Pública. Ora, a existência de uma dívida ativa não tributária pode significar até um risco maior ao patrimônio público em sentido amplo, visto que uma infração administrativa ambiental ou um desvio de recursos públicos pode prejudicar o patrimônio público de forma mais intensa do que uma mera inadimplência tributária, a exemplo de que ocorre quando um contribuinte confessa uma dívida tributária, mas não tem condições financeiras de adimplir sua obrigação.

Deve-se ainda ter em mente que quando o artigo 29, inciso III, da Lei n. 8.666/93 refere-se à regularidade fiscal perante a Fazenda Pública Federal, devem-se considerar todas as pessoas jurídicas de direito público, incluídas a Administração direta, as autarquias e fundações públicas federais, e no mesmo sentido em relação aos Estados e Municípios e suas respectivas pessoas jurídicas públicas descentralizadas.

Célio Rodrigues da Cruz lembra que o Superior Tribunal de Justiça⁴³ e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴⁴ já decidiram que a Fazenda Pública inclui também as pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta. Assim, tendo em vista que as autarquias e fundações públicas são no mais das vezes responsáveis pela fiscalização e cobrança de tais exações não tributárias, constatada a irregularidade fiscal perante elas, não poderá o licitante ser habilitado em certame licitatório.

Por derradeiro, mostra-se em total consonância com o interesse público de proteção de direitos coletivos a solicitação de regularidade fiscal de dívidas extrafiscais, pois elas não têm fins meramente pecuniários, mas são instrumentos de indução de

⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-52.

⁴² CRUZ, Célio Rodrigues da. *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*. [Texto do Curso de Especialização]. p. 2. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/24/Biblioteca/2_-_Unidade_II/7_-_Texto-base_-_Topico_VII.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2010.

⁴³ STJ – REsp n. 256.145/RS, 6ª T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 31.08.2005, DJU, de 19.09.2005, p. 391 (CRUZ, Célio Rodrigues da, *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*, cit.).

⁴⁴ TRF-3. Região – AC n. 443.512 (98.03.091387-5), rel. Juiz Conv. Carlos Delgado, DJe, de 09.10.2008. (CRUZ, Célio Rodrigues da, *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*, cit.).

comportamentos dos administrados, de agir de determinada forma ou abster-se, e têm como objetivo o bem-estar social e a tutela de interesses coletivos.

3 CONCLUSÃO

As normas previstas nos artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93, sobre a necessidade de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal para que o licitante possa participar do certame licitatório, servem como garantia à fiel execução do serviço ou obra pública.

Significa dizer que durante a vigência do contrato administrativo não existirão paralisações desnecessárias ou até mesmo inexecução total da obra ou serviço público ocasionada pelo comprometimento do patrimônio da empresa por execuções fiscais.

O artigo 43, parágrafo 5º, da Lei n. 8.666/93 previu a hipótese da existência de fato superveniente que ocasione cassação da habilitação, como a falência posterior da empresa. Assim, mais consentâneo ao interesse da coletividade será o Poder Público, analisando que certos licitantes em fase de habilitação não conseguirão executar o contrato a contento, os inabilitar ainda nessa fase preliminar.

A Lei n. 8.666/93 não inovou as exigências constitucionais relacionadas aos requisitos técnicos e econômicos indispensáveis à execução do contrato administrativo, pois, ao exigir na fase de habilitação a regularidade fiscal, se está analisando a capacidade financeira da empresa em honrar os futuros compromissos contratuais. Assim, a Lei de Licitações veio a explicitar, dar densidade concreta aos requisitos constitucionais, não havendo óbice que lei ordinária especifique meios que comprovem a capacidade econômica dos licitantes.

A exigência de regularidade fiscal das Fazendas Públicas de todos os licitantes serve também como meio de tratá-los de modo isonômico, em observância ao princípio da igualdade, deixando de privilegiar concorrente que se encontre em irregularidade com o Fisco e possui menores encargos tributários, menos despesas, em prejuízo dos demais que estejam quites com as Fazendas Públicas, ou ao menos que tenham a exigibilidade de débitos fiscais suspensa.

Como restou salientado neste trabalho, a regularidade fiscal deve estar comprovada para a filial da empresa vencedora do certame, e em relação às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, incluídas as pessoas jurídicas de direito público, autarquias e fundações públicas, abrangendo assim todo o conceito de Fazenda Pública.

A exigência de regularidade fiscal de dívidas não tributárias visa a garantir a fiel execução da obra e também a tutela de interesses difusos e coletivos, pois viola o princípio da moralidade administrativa o contrato com particular que apresente irregularidade fiscal de dívidas ambientais, trabalhistas e de violação à livre concorrência, dentre outras.

Portanto, requerer a regularidade fiscal dos licitantes na fase de habilitação é medida de resguardo do interesse público, devendo a Administração Pública optar por licitante que apresente solidez em suas finanças e que atue em consonância com os direitos coletivos, ao invés de empresa que se encontre com o patrimônio comprometido por futuras execuções fiscais e que infrinja os interesses da coletividade, mesmo que isso represente elevação sensível no valor dos preços das propostas dos licitantes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CRUZ, Célio Rodrigues da. *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*. [Texto do Curso de Especialização]. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/24/Biblioteca/2_-_Unidade_II/7_-_Texto-base_-_Topico_VII.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DALLARI, Adílson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. rev. ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1994.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à lei de licitações e contratos da Administração Pública*. 3. ed. rev., ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUKAI, Toshio. *O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Maria Helena Rau de. Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência (art. 185). In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.