

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

LUIS EDMILSON SOARES DE ARAÚJO

DA OBRIGATORIEDADE DE REGULARIDADE FISCAL DAS
EMPRESAS NO PROCESSO LICITATÓRIO

MARABÁ
2008

LUIS EDMILSON SOARES DE ARAÚJO

DA OBRIGATORIEDADE DE REGULARIDADE FISCAL DAS
EMPRESAS NO PROCESSO LICITATÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Pará, como requisito para
obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof Júlio César Sousa Costa.

MARABÁ
2008

No procedimento licitatório, traduz-se a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. Celso Antônio Bandeira Mello, Curso de direito administrativo.

Dedico este trabalho, a minha esposa, Kelliane, com o mais profundo agradecimento pelo companheirismo e pelo amor que sempre manifestou, e pelas palavras de incentivo que sempre me motivaram a permanecer na constante busca do objetivo final e ao meu ilustre colega Eduardo Macêdo, colega de turma e funcionário da Biblioteca da Universidade de Fortaleza, que facilitou o empréstimo dos livros dessa instituição, sem ele meu esforço físico e financeiro, teria sido certamente duplicado.

RESUMO

A presente monografia analisa necessária manifestação da regularidade fiscal das empresas contratadas pela Administração Pública Federal, não só durante o processo licitatório, mas por toda a execução do contrato administrativo, bem como quando do pagamento relativo ao cumprimento do objeto deste. Essa análise parte de pesquisa bibliográfica acerca dos procedimentos, cuja observância é obrigatória aos órgãos da Administração Pública Federal para a licitação e a contratação de bens e serviços. Foram abordados alguns pontos daquele que, em regra, é o primeiro passo para a realização do contrato administrativo, ou seja, a licitação. Foi relatada obrigatoriedade deste procedimento na Administração Pública, bem como das exigências contidas no edital da licitação. Ainda no mesmo contexto mostrou-se a exigência da regularidade fiscal como pré-requisito, bem como, a distinção que se deve fazer entre regularidade fiscal e quitação. Seguiu-se com um breve estudo do contrato administrativo no que se refere ao seu conceito, sua distinção dos contratos regidos pelo direito privado, da maneira como deve ser procedida sua interpretação, dos sujeitos deste tipo de contrato, suas características previstas na lei de licitações, bem como, de suas cláusulas obrigatórias e exorbitantes. Foi trazida a questão das sanções aplicáveis pela a Administração Pública Federal ao contratado, esclarecendo a maneira como estas são fixadas e a possibilidade do uso do poder discricional por parte da autoridade (ou agente) administrativo competente quando da aplicação das sanções. É feita uma abordagem no que se refere às sanções fiscais. Mostra-se, ao final, a questão da exigência da regularidade fiscal que encontra amparo legal, desde que não implique em medidas de ingerência direta e descabida nas atividades econômicas do contratado e na ordem jurídica nacional, o que chancela a adoção da cobrança de constância da regularidade fiscal, mesmo após o processo de licitação.

Palavras-chaves: Licitação. Contratos Administrativos. Sanções. Exigência da Regularidade Fiscal.

ABSTRACT

To present monograph it analyzes necessary manifestation of the fiscal regularity of the contracted companies for the Federal Public Administration, not only during the process licitatório, but for all the execution of the administrative contract, as well as when of the relative payment to the execution of the object of this. That analysis leaves of bibliographical research concerning the procedures, whose observance is obligatory to the organs of the Federal Public Administration for the auction and the recruiting of goods and services. Some were approached points of that that, in rule, it is the first step for the accomplishment of the administrative contract, in other words, the auction. It was told compulsory nature of this procedure in the Public Administration, as well as of the demands contained in it edits him/it I of the auction. Still in the same context the demand of the fiscal regularity was shown as prerequisite, as well as, the distinction that she should do between fiscal regularity and quittance. It was followed with an abbreviation study of the administrative contract in what refers to his/her concept, his/her distinction of the contracts governed by the private right, in the way as his/her interpretation should be proceeded, of the subject of this contract type, their characteristics foreseen in the law of auctions, as well as, of their obligatory and exorbitant terms. The subject of the applicable sanctions was brought by the Federal Public Administration to the contracted, explaining the way as these is fastened and the possibility of the use of the power discricional on the part of the authority (or agent) administrative competent when of the application of the sanctions. It is made an approach in what refers to the fiscal sanctions. It is shown, at the end, the subject of the demand of the fiscal regularity that finds legal help, since it doesn't implicate in measures of direct and been improper mediation in the economical activities of the contracted and in the national juridical order, what seals the adoption of the collection of constancy of the fiscal regularity, even after the process of licitation.

words-Keys: Licitacion. Administrative Contracts. Sanctions. Requirement of the Fiscal Regularity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
2.1	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	10
2.2	PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	10
2.3	PRINCÍPIO DA MORALIDADE....	11
2.4	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	11
2.5	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ..	11
3	DA LICITAÇÃO	12
3.1	DOS REQUISITOS DA LICITAÇÃO..	13
3.2	DOS REQUISITOS FISCAIS.....	14
3.3	DA EXIGÊNCIA DA QUITAÇÃO E DA REGULARIDADE FISCAL	16
4	DOS CONTRATOS	21
4.1	O CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	22
4.2	INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO..	23
4.3	SUJEITOS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	24
4.4	PRERROGATIVAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	24
4.5	CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	25
4.6	CLÁUSULAS EXORBITANTES.....	26
5	DAS SANÇÕES APLICADAS AOS CONTRATOS	27
5.1	DA ESTIPULAÇÃO DAS SANÇÕES.....	28
5.2	DA DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.....	30
6	SANÇÕES FISCAIS	33
6.1	AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	34
6.2	AS SANÇÕES POLÍTICAS.....	37
7	FUNDAMENTAÇÃO DA EXIGÊNCIA DA REGULARIDADE FISCAL	40
7.1	A MANIFESTAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	42
7.2	A MANIFESTAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	44
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema da presente monografia foi motivada pela certa frequência de insatisfações com a exigência imposta pela Administração Pública Federal, da manutenção da regularidade fiscal nos contratos administrativos considerando esta regularidade até como pré-requisito para o efetivo pagamento ao contratado.

É sabido que, em regra, o contrato administrativo é precedido pelo processo de licitação. A Constituição Federal de 1988, quando tratou da Administração Pública determinou a obrigatoriedade da realização de licitação pública para hipóteses previstas em seu art. 37, XXI.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que instituiu as normas para licitações e contratos da Administração Pública, veio regulamentar o que de maneira geral estava previsto na Constituição Federal. Determina este dispositivo legal que, em geral, antes da formalização do contrato administrativo será exigido o procedimento licitatório. Nesta fase ocorre o lançamento de edital onde deverão constar todas as exigências a serem cumpridas pelos participantes do processo. Dentre estes pré-requisitos de admissibilidade se faz presente o da exigência da regularidade fiscal.

Passada a etapa da licitação, a Administração Pública estará apta a firmar o contrato administrativo com o vencedor do certame. Este documento difere do existente no Direito Privado por possuir características próprias, a possibilidade de trazer consigo as chamadas cláusulas exorbitantes além das sanções aplicáveis ao contratado.

Como dito, existe a possibilidade de pelo previsto no contrato, de a Administração Pública aplicar sanções ao contratado. Dentre as sanções que poderão ser aplicadas, está a do não pagamento ao contratado caso, ao término do

contrato, seja verificado que o mesmo não possui aquela regularidade com fisco exigida ainda no processo licitatório.

Num primeiro momento pode-se vislumbrar desta atitude da Administração Pública Federal, o uso do poder de sanção de forma inadequada e que e venha a provocar ingerência direta e descabida desta na atividade econômica.

Neste contexto, o presente trabalho pretende mostrar, sem a pretensão de exaurir todas as possibilidades que o tema possa suscitar, ser perfeitamente cabível a adoção desta medida pela Administração Pública Federal vez que, como será evidenciado no ordenamento jurídico nacional já se formalizou entendimento neste sentido, tanto através de julgados em último grau de recurso, como também pelo firmamento dos mais renomados doutrinadores da área do Direito Administrativo.

2 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A exigência, obrigatoriedade e fiscalização do cumprimento pelas empresas, no momento de contratar com o poder público, caracteriza ato administrativo, sendo portanto necessário, que a priori, comente-se no escopo deste trabalho, sobre alguns dos princípios gerais da administração, que muito serão recomendados por lei, nos procedimentos licitatórios.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º da Constituição federal, aplicado normalmente na Administração pública, principia que o Administrador Público, somente poderá fazer, no que se refere aos atos administrativos, o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba.

Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, do executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito a finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.

2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição Federal de 1988, art. 37, caput, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal e o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. Este princípio, encontra-se por vezes, no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade.

2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37, § 4º da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na formas e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério público a propositura da ação civil pública por ato de improbidade.

2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial, jornais de grande circulação, jornais locais ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação dos atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente início da produção de seus feitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.

2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Princípio da Eficiência, é aquele que impõe a Administração Pública a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização do recurso público

3 DA LICITAÇÃO

A Constituição Federal, ao tratar da Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabeleceu a obrigatoriedade de submissão à licitação pública nas hipóteses previstas em seu art.37, XXI.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata das normas gerais de licitação, enumera em seu art. 3º os princípios norteadores do procedimento licitatório como sendo o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo.

Destes, comentário deve ser feito ao Princípio da Moralidade. A Carta Magna exige dos administradores públicos uma conduta honesta e proba, bem afinada com o interesse público, descartando qualquer possibilidade de o administrador utilizar-se do cargo que ocupa para beneficiar uma ou outra pessoa, de acordo com seus interesses pessoais.

Outro que também merece breve comentário é o Princípio da Igualdade, aplicado às licitações públicas, tanto na esfera Federal, como na estadual e Municipal, busca oportunizar, a qualquer pessoa jurídica ou física que pretenda contratar com o Poder Público, concorra em igualdade de condições, dentro dos critérios definidos pela Administração, dando azo a que a Administração selecione a proposta que se lhe apresente mais vantajosa.

O Professor Helly Lopes Meirelles, em uma de suas inúmeras obras, é bastante elucidativo a este respeito, ao dispor que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELES, 2001, p. 256).

3.1 DOS REQUISITOS DA LICITAÇÃO

Sendo um procedimento administrativo, a licitação se sujeita a uma série concatenada de atos, que culmina com a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame.

No edital, que é o regulamento da licitação, estão todas as diretrizes a serem seguidas por aqueles que pretendam se habilitar a participar da seleção, não se podendo olvidar que nos pontos omissos, haverá regência supletiva da Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666/93.

A princípio, cumpre ao licitante preencher os requisitos de habilitação previstos no Edital. Estes requisitos funcionam, por assim dizer, como os pressupostos de admissibilidade do Direito Processual, e a ausência de qualquer deles impede que as propostas (mérito, no Direito Processual) sejam apreciadas pela comissão de Licitação (Juiz, no Direito Processual).

O art. 27 da Lei nº 8.666/93 é taxativo ao tratar dos requisitos de habilitação, limitando-os a documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Na habilitação procuram-se reunir elementos para aferir a idoneidade do licitante e a possibilidade concreta de cumprimento das obrigações a serem pactuadas com a Administração.

Dispõe Pereira Júnior (2003, p. 329) que:

A Administração deverá formular exigências de habilitação preliminar que, segundo a natureza do objeto por licitar e do grau de complexidade ou especialização de sua execução, forem reputadas como indicadores seguros de que o licitante reúne condições para bem e fielmente realizar tal objeto, nos termos do contrato, caso lhe seja adjudicado.

Ao manifestar sua vontade de participar do certame, aceitando os termos de edital, vincula-se o particular à Administração como auxiliar potencial de suas atividades.

Assim, surgem os riscos de que o descumprimento dos deveres que lhe são impostos trazerem prejuízos à Administração e à coletividade como um todo.

A Lei 8.666/93, em seu artigo 43, parágrafo 6º, proíbe a desistência das propostas após a fase de habilitação. Com isto pretende-se garantir a seriedade das propostas, com os quais o licitante fica vinculado perante a Administração, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão responsável pelo procedimento licitatório.

Importante observar que mesmo não previstos no ato convocatório do certame, inobstante a exigência contida no artigo 40, II, da Lei nº 8.666/93, o Poder Público contratante poderá aplicar sanções face ao descumprimento das cláusulas contratuais por parte da contratada, por ser esta característica inerente ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado que visa o bem da coletividade.

3.2 DOS REQUISITOS FISCAIS

Um ponto relevante dentre os requisitos de habilitação é, sem sombra de dúvida, a exigência de comprovação da regularidade fiscal do licitante.

Acerca deste tema, sérias discussões foram travadas, pondo em xeque a constitucionalidade da exigência, argumentando-se que seria este, meio indireto de cobrança de dívidas fiscais, cerceando o acesso à licitação.

De certo que a questão da irregularidade fiscal não deve obstar o exercício de atividades empresariais, o que não significa, todavia, que a regularidade fiscal não possa ser exigida no procedimento licitatório, haja vista que a limitação a que uma empresa participe de uma licitação, em face de sua irregularidade com o

fisco, não acarreta, de per si, inviabilização do exercício de sua atividade empresarial.

A segurança da melhor contratação se faz a partir da certeza de sua execução qualitativa e um possível andamento sem sobressaltos. Além de um planejamento ajustado à realidade do órgão contratante, mantida a economicidade com a garantia da qualidade, a boa administração, também, se torna dependente da organização e posicionamento da contratada junto às suas obrigações legais, enquanto pessoa jurídica.

Desta forma, regulamentando as normas para contratações com a Administração Pública, a Lei de Licitações, em seu artigo 55, estabeleceu condições necessárias ao seu bom cumprimento. Em seu corpo, o referido dispositivo, no inciso XIII estabelece:

Art. 55. *(omissis)*

XIII - 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.

Com relação ao atendimento do disposto no art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, no que tange à comprovação da regularidade fiscal, torna-se possível a exigência de que o contratado mantenha certidão válida referente ao fisco.

Decorrente de princípios e normas existem outras obrigações exigíveis somado com a devida prestação acordada, temos assim, o pronunciamento de Meirelles (2005, p. 216):

Quanto ao particular, ao lado da prestação do objeto do contrato, que é a principal, existem outras obrigações exigíveis, ainda que não consignadas expressamente no instrumento contratual, por decorrerem dos princípios e normas que regem os ajustes do Direito Público, tais como a observância das normas técnicas adequadas; o emprego do material apropriado, quantitativa e qualitativamente; a sujeição aos acréscimos ou supressões legais: execução pessoal do objeto do contrato; atendimento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução.

Também em sua obra relatando sobre o assunto, Carlos Ari Sunfeld (1994, p. 122) afirma:

Não vemos inconstitucionalidade da indicação da regularidade fiscal como condição de habilitação em licitação (...)
Isso não pode implicar e eliminar a incidência, no campo das licitações, da técnica, generalizada no Direito, de interditar o exercício de certos direitos (como o direito de contratar com a Administração) em decorrência da prática de ilícitos.

Portanto, refulge da doutrina que a relação entre a Administração e a contratada se limita ao atendimento do objeto contratual firmado, em período determinado. Conseqüentemente, tem-se que a manutenção das condições demonstradas na licitação deverá ser observada, tão somente, quanto à execução do objeto contratado.

Destarte, legitima-se tal dimensão da necessidade de prova de regularidade fiscal, uma vez que para além de vir expressa na lei, não diz respeito apenas ao processo licitatório, mas sugere a comprovação da inexistência de pendência tributária do contratado, levando a justificar a exigência da respectiva prova negativa do débito fiscal durante todo o período de vigência do contrato com a Administração.

3.3 DA EXIGÊNCIA DA QUITAÇÃO E REGULARIDADE FISCAL

A regularidade fiscal igualmente soa como indispensável à garantia do cumprimento das obrigações porque, dependendo do montante do débito fiscal acaso pendente, e sujeito a cobrança forçada, estará o devedor economicamente comprometido para satisfazer aos encargos do contrato que celebrará, se vencedor da licitação.

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 195, § 3º proíbe a contratação, pelo, Poder Público, de empresas em débito com a seguridade social, o que implica vedação indireta a participar de licitação.

No aspecto da quitação e da regularidade fiscal, importante salientar que dúvida pode ser suscitada com relação à abrangência do termo "regularidade fiscal" no que diga respeito a da inclusão neste da quitação fiscal.

O Decreto-Lei nº 147/1967 que trata da Lei Orgânica da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em seu art. 62, estabelece o seguinte:

Art. 62. Em todos os casos em que a lei exigir a apresentação de provas de quitação de tributos federais, incluir-se-á, obrigatoriamente, dentre aqueles, a certidão negativa de inscrição de dívida ativa da União, fornecida pela Procuradoria da Fazenda Nacional competente.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 29, traz o seguinte tratando sobre regularidade fiscal:

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

I - *(omissis)*

II - *(omissis)*

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.

Para se ter um esclarecimento sobre este ponto, faz-se necessária uma prévia distinção entre os conceitos de regularidade e quitação.

Em sua decisão plenária de nº 875/1998, relativa ao processo 650.347/1996-0, o Tribunal de Contas da União se manifestou acerca da diferenciação dos conceitos da seguinte forma:

A respeito da 3M, que não teria comprovado adequadamente a regularidade fiscal com relação aos tributos federais, por não ter apresentado a Certidão quanto à Dívida Ativa da União, apresentando apenas a Certidão de Tributos e Contribuições Administrados pela Secretaria da Receita Federal, a TEDESC esclarece que, também aqui, o Edital não exigia expressamente a apresentação da Certidão quanto à Dívida Ativa da União dos proponentes, portanto não poderia a Comissão de Licitação exigí-la. E completa: o que a lei e o edital estão a exigir é a comprovação de sua regularidade perante as três Fazendas. A Secretaria da Receita Federal é competente para atestar de forma ampla e global a situação dos contribuintes perante a União.

A decisão prolatada foi em data posterior ao Decreto-Lei nº. 147/67, sem que se vislumbre afronta ao texto normativo, mas tão-somente, interpretação restritiva do seu enunciado.

Assim, há de se observar que regularidade não implica necessariamente quitação com a Fazenda, vez que, poder-se-á ter parcelamento de débito, o que acarretaria regularidade perante a Fazenda, sem a conseqüente quitação, a qual ficaria na pendência do pagamento da última parcela.

Nesta mesma linha, é o entendimento do professor Jessé Pereira Júnior, que desta forma esclarece: "A prova que se exigirá doravante é a de regularidade para com o Fisco. A lei alude a 'regularidade', que pode abranger a existência de débito consentido e sob o controle do credor. E, não, a quitação, que é ausência de débito". (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 338).

Abordando o mesmo dispositivo, desta feita sob outro ângulo, o mesmo autor atenta para a significação do termo "regularidade fiscal" assentado no art. 29, 111, da Lei nº 8.666/93, enfocando com mais detalhe sua adjetivação.

Assim, esclarece que, como a exigência é tão somente de regularidade fiscal, o intento da norma é abarcar apenas débitos de natureza tributária, o que se alcançaria com a certidão da Secretaria da Receita Federal. Acrescenta que a certidão quanto à Dívida Ativa da União traz consigo débitos inscritos de qualquer natureza, inclusive multa ou indenizações, o que não se harmoniza com a intenção da lei.

Neste mesmo ponto é seguido por Helly Lopes Meireles, que assim brilhantemente assevera:

Regularidade fiscal é o atendimento das exigências do Fisco. Portanto, a situação de regularidade visada é relativa ao recolhimento de tributos, e não referente a qualquer débito fazendário. Por isso, entendemos ilegal a exigência da apresentação de certidão relativa à dívida ativa da União, que pode refletir outras dívidas que não simplesmente as de origem tributária. De outra sorte, as certidões exigidas não precisam demonstrar a quitação do tributo, sendo aceitas também aquelas que declarem parcelamento o débito ou sua discussão em juízo. (MEIRELES, 2005, p. 281).

A lei alude à regularidade, que pode abranger a existência de débito consentido e sob o controle do credor. E, não, a quitação, que é a ausência de débito.

Daí a ilegalidade do edital que venha a exigir prova de quitação para com Fazenda. Com efeito, esta poderá consentir o parcelamento do pagamento de débito fiscal. Assim, haverá o débito, mas a situação fiscal é de regularidade, bastando ao licitante devedor que a comprove para ser tido como habilitado quanto a este item.

Da mesma forma, seriam consideradas situações de regularidade fiscal

aquelas pertinentes às causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional: moratória, depósito do valor integral de débito sob discussão, reclamações e recursos em processo tributário administrativo, e concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Decerto é justificada a divergência de interpretação por que o mesmo CTN, em seu art. 193, estabelece, de forma incisiva, que "nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados do Distrito Federal ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre".

Aliomar Baleeiro assinalou que a cautela "era observada invariavelmente nas propostas de fornecedores, empreiteiros etc., em concorrência pública ou coleta de preço. Alguns diplomas federais e estaduais já proibiam que concorresse quem estivesse em mora com o Fisco... O art. 193 é liberal, pois exige que os contratantes e proponentes provem a quitação somente em relação à atividade em cujo exercício contratam ou concorrem. Créditos tributários de outra origem podem coexistir em mora". (Aliomar Baleeiro, 2006, p. 985).

Vê-se que a lei nº 8.666/93 caminhou em sentido oposto ao CTN e foi ainda mais liberal do que este, posto que desvincula a mora da situação de regularidade fiscal, ou seja, a só existência da mora não induz, necessariamente, irregularidade fiscal.

A solução alvitrada pela nova lei, além de suscitar controvérsia, obrigará que o ato convocatório de cada licitação forneça à comissão de julgamento parâmetro objetivo para verificar se o valor ou natureza do débito fiscal atribuído a algum licitante é de molde a comprometer a garantia do cumprimento das obrigações, consoante mandamento o art. 37, XXI, da CF/88 que dispõe que "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".

Caso a comissão, aplicando tal parâmetro, venha a concluir que sim, o licitante deverá ser inabilitado.

Desta feita, tendo em vista que a Lei nº 8.666/93 exige, em seu art. 29, III, apenas prova de regularidade fiscal com as Fazendas, desnecessária a apresentação das duas certidões exigidas pelo art. 62 do Decreto-Lei 147/67, vez que o dispositivo tem seu âmbito de incidência restrito aos casos em que a lei exige prova de quitação com a Fazenda Pública.

Como percebemos quando a Administração Pública cumpre, a exigência no tocante a regularidade fiscal da empresa, está tão somente obedecendo o prescrito na Lei de Licitações e Contratos, como também nos Decretos sobre o assunto, firmando seus atos também nas decisões jurisprudenciais e doutrinárias.

4. DOS CONTRATOS

Finda a licitação, faz-se necessária a concretização do negócio jurídico a ser firmado entre a Administração Pública e o ente particular. Este procedimento se dá através da assinatura de um contrato.

Em sua acepção etimológica, contrato significa arrastamento simultâneo, baseado na confiança recíproca, situação de tal ordem que impele duas vontades, oriundas de pontos diferentes, caminhando para o mesmo objetivo, atingindo-o, cruzando-se a final, e partindo, novamente, em direções opostas.

Com a maestria de costume, explica o professor Silvio Rodrigues “Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos”. (RODRIGUES, 2003, p. 9).

A fim de criar situações jurídicas particulares é indispensável, em determinadas circunstâncias, o acordo de vontades, manifestações volitivas que emanam de várias autoridades ou agentes participantes dum mesmo colégio.

Verifica-se no contrato verdadeiro quiasma ou cruzamento nas direções: o objeto e o fim pretendidos por cada parte surgem como consequência do objeto e do fim da parte contrária, o que confere ao ato a mais perfeita unidade jurídica.

Como leciona em sua obra o Professor, Celso Antônio Bandeira de Melo:

Tradicionalmente, entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. (MELLO, 2006, p. 574).

A essência de um contrato consiste na existência de consenso na formação do vínculo e no dever de obediência a seus termos, que devem ser aplicados da mesma forma aos contratantes.

Os contratos podem ser divididos em privados e administrativos sendo que

esta distinção, como ensina Diógenes Gasparine, encontra-se no fato de o primeiro ser disciplinado pelo Direito Civil e o outro na esfera do Direito Administrativo.

Assim, diferencia Diógenes Gasparine estas duas espécies de contratos:

Os orientados pelo Direito Privado, ou seja, os regulados substancialmente pelo Direito Civil, são chamados de *contratos privados*, e dessa espécie de ajuste são, por exemplo, os contratos de seguro e locação (...)

As avenças disciplinadas pelo Direito Administrativo são denominados *contratos administrativos* e desses são exemplos os regulados pela Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. (GASPARINE, 2005, p. 571).

4.1 O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Sempre que a Administração Pública estabelece um ajuste com particulares, visando a execução de um objeto pelo qual será precedida uma remuneração, está estabelecendo um contrato.

Nas lições do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello o contrato administrativo é:

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (MELLO, 2006, p. 580).

Assim, estando a Administração Pública num dos pólos deste contrato, pode ser adotada como denominação geral para este, a de Contrato da Administração. A expressão Contrato da Administração pode ser utilizada, portanto, em sentido lato, abrangendo qualquer contrato celebrado pela Administração pública, seja sob a égide do Direito Privado, seja sob a regência do Direito Público.

Os Contratos da Administração Pública englobam todos os contratos celebrados pela Administração Pública. Estes contratos subdividem-se em:

a) Contratos Privados celebrados pela Administração Pública: são contratos celebrados pela Administração Pública com terceiros, regidos pelo Direito

Privado (Direito Civil ou, em alguns casos, pelo Direito Comercial). Nesta condição, a Administração situa-se no mesmo plano jurídico do particular. São exemplos de contratos privados celebrados pela Administração Pública, a locação de um bem imóvel para uso da Administração, que é regulado pela Lei Civil, o contrato de comodato, também sob a égide do direito civil, dentre outros.

b) Contratos Administrativos: são os contratos que a Administração Pública firma com terceiros, visando à consecução dos objetivos de interesse público. Por serem contratos típicos da Administração, são regidos precipuamente pelo Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, normas de Direito Privado.

Nesta modalidade contratual, a Administração participa com supremacia de poder e privilégio administrativo, que afloram nas chamadas "cláusulas exorbitantes", derogatórias do direito comum, ou seja, cláusulas que não constam dos contratos comuns, por conferirem privilégio para a Administração.

Este também é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que: "*Estas prerrogativas derivam ou da sistemática normativa, que protege acentadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas 'contratuais' concebidas como 'exorbitantes'*". (MELLO, 2006, p. 576).

4.2 INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A interpretação do contrato administrativo deve sempre ser realizada com base nos pressupostos que regem a interpretação de atos regidos pelo Direito Público. Assim, na busca da finalidade do contrato, deve o intérprete ter sempre em mente que o que se pretende com o acordo é, antes de tudo, a satisfação dos interesses da coletividade

Neste mesmo entendimento é a lição do Mestre Helly Lopes Meireles ao afirmar que:

Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as de Direito Público suplementadas pelos

princípios da teoria geral dos contratos e do Direito Privado (...) Não se nega a aplicação das regras de hermenêutica comum, mas nessa operação não se pode olvidar que o objeto da contratação é, sempre e sempre, o atendimento do interesse público. (MEIRELES, 2005, p. 208).

Diferente do contrato privado, onde a liberdade contratual assegura, quando às partes se permitem renunciar direitos e assumir obrigações diversas, nos contratos administrativos, à Administração, por estar atrelada ao interesse de coletividade, não é permitido renunciar direitos e poderes intrinsecamente seus, por mera liberalidade para com o particular.

4.3 DOS SUJEITOS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Nos contratos administrativos, de um lado tem-se o ente público, detendo as prerrogativas que resguardam o interesse público objeto do contrato e do outro o particular.

Desta forma e de acordo com o explanado por Gasparine (2005, p. 575):

Nos contratos administrativos são partes, de um lado, a Administração Pública, chamada, nos termos do art. 6º da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, de *contratante*, e, de outro, o particular, denominado, conforme, indicado no inciso XV do mesmo dispositivo desse diploma legal, *contratado*.

4.4 PRERROGATIVAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública dentro de suas prerrogativas e limites a ela estabelecidos, pode determinar alterações nas prestações a serem pagas pelo contratante em função das necessidades públicas, fazer o acompanhamento contínuo da execução do contrato, aplicar as sanções estipuladas quando se fizerem necessárias, bem como, rescindir unilateralmente o contrato quando se fizer necessário, demonstrando que tal rescisão se dá a bem do interesse público, mesmo que a empresa contratada não concorde com a rescisão.

Sobre este tema, a lei federal das licitações e contratos da Administração

Pública (Lei nº 8.666/93), no seu artigo 58, estabelece as prerrogativas do contrato administrativo:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 12 As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 22 Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

4.5 CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Outro a ser abordado ns contratos administrativos é que, como qualquer contrato, possuem cláusulas que fixam o objeto do acordo e estabelecem as condições imprescindíveis para a sua execução. Tais cláusulas são obrigatórias (também chamadas "necessárias" ou "essenciais") em todos os contratos administrativos, porquanto, sem elas, ocorreria a nulidade contratual.

No espelho do art. 55 da Lei 8.666/93 tem-se:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições d.e pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

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 Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 62 do art. 32 desta Lei.

§ 3 No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da união, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

4.6 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Por terem características especiais, notada mente por buscarem o interesse público, os contratos administrativos possuem cláusulas que não existem nos considerados contratos comuns. São as chamadas "Cláusulas Exorbitantes", que demandam a participação da Administração Pública no contrato com supremacia de poder.

Ratificando esta peculiaridade dos contratos administrativos está o notável professor Celso Antônio Bandeira de Mello quando afirma:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de "exorbitantes", quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designe por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em *absoluto* representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual. (MELLO, 2006, p. 582).

O termo "exorbitante" designa uma exorbitância em relação direito comum, proporcionando vantagens para Administração. Tais cláusulas não são lícitas no contrato regido pelo direito privado, por desigualarem as partes, mas são absolutamente compatíveis com as finalidades dos contratos administrativos, pois visam privilegiar a Administração, conferindo-lhes prerrogativas que permitam a plena defesa do interesse da coletividade.

5. DAS SANÇÕES APLICADAS AOS CONTRATADOS

A sanção administrativa torna clara a supremacia da Administração perante o particular contratado, vez que, esta tem como objetivo final de seus atos a concretização do interesse público.

A Lei 8.666/93, em seu art. 55, VII, estabelece o seguinte:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
(...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas.

Já no art. 81 do mesmo diploma legal tem-se referência às sanções aplicáveis ao adjudicatário do objeto do certame que se recuse a assinar o contrato, assim dispondo:

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

No art. 87, III e IV, a Lei de Licitações faz referência às sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

Já o art. 88 da mesma Lei, traz o seguinte teor:

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

O Caput do art. 87 da referida lei remete aos demais deveres tanto do contratado como do adjudicatário estabelecidos, respectivamente, nos artigos 55 e 81 da mesma lei, que deverão ser explicitados no edital e no contrato.

No art. 78, I a VIII, do referido diploma legal traz em seu corpo o seguinte:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei.

Como se percebe, aqui também estão estipuladas condutas que configuram inexecução contratual, ensejadoras, além da rescisão contratual a aplicação de sanção. A inexecução de contrato aqui referida leva a responsabilidade do contratado, responsabilidade que se assemelha a àquela contida nos contratos de direito privado, dessa se distinguindo em decorrência da incidência dos princípios e normas de direito público.

5.1 DA ESTIPULAÇÃO DAS SANÇÕES

A Administração Pública deve prezar para que, tanto no edital da licitação como no contrato a ser firmado, tragam claramente as sanções aplicáveis em caso de descumprimento de algum dispositivo destes. Esta estipulação, porém, não poderá ir além dos limites significativos fixados pela Lei.

Em alusão às normas complementares em matéria tributária, Hugo de Brito Machado salienta que a existência de uma norma administrativa que complete a regulação da Lei não é de todo um mal em si mesma, desde que não extrapole os limites de regulação demarcados na Lei. Assim se posiciona o Professor e tributarista:

As leis apresentam sempre certa margem para dúvidas razoáveis por parte do intérprete, especialmente em razão da inevitável vaguidade dos conceitos utilizados. Por isto as normas complementares são de grande utilidade. Com elas a autoridade administrativa assegura tratamento uniforme aos contribuintes, afastando a possibilidade de interpretações diferentes por parte de seus agentes. (MACHADO, 2001, p. 77).

Ao dar complemento à definição das infrações, o ato convocatório ou contrato posteriormente firmado com o licitante vencedor, torna-se um fator de segurança para os administrados ao limitar a atuação do administrador assegurando o respeito ao princípio da isonomia.

Referindo-se a esta relação entre lei e regulamento, se manifesta Mello (2006, p. 65):

No Estado de Direito... ninguém pode sofrer restrição de direito e muito menos ser sancionado senão em virtude de norma legal anteriormente editada; (...) ato administrativo concreto algum tem o poder de se impor à liberdade de atuação dos particulares, restrições ou limitações fora das hipóteses já dantes abstratamente previstas. (n.) ° Judiciário poderá fulminar exigências regulamentares descabidas, isto é, que desbordem do âmbito compreensivo dos conceitos legais fluidos, cujos sentidos hão de ser tomados com... cautela. (...) Os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: I - limitar a discricionariedade administrativa seja para: a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surgirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; " -decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.

Mesmo que em seu corpo o edital da licitação ou instrumento convocatório ou contratual não façam nenhuma menção às sanções a serem aplicadas aos licitantes e contratados, ou apenas se refiram de maneira superficial a Lei 8.666/93, deverão ser aplicadas sanções. Do contrário, estar-se-ia privilegiando a impunidade.

Porém, ao ter que aplicar a sanção, a autoridade administrativa responsável pelo ato, deverá ater-se sempre à obediência aos princípios que norteiam a atividade punitiva do Estado especialmente ao princípio da proporcionalidade, bem como enquadrar o fato à norma.

Deve-se sempre, porém, atentar para as peculiaridades do objeto do contrato, para se definir as condutas que efetivamente mais riscos tragam ao cumprimento dos deveres impostos aos particulares.

De forma idêntica, não é necessário que o edital e o contrato se mostrem exageradamente extensos e complexos no tocante à definição de tais condutas, basta o mínimo necessário para que o contratado tenha conhecimento dos fatos sancionados, de forma a se evitar surpresas e garantir o princípio da segurança jurídica.

Uma vez constatada a ausência de detalhamento no contrato não se impede que haja a aplicação da sanção, devendo a autoridade administrativa ater-se aos limites definidos pelos princípios balizadores da atividade punitiva do Estado e pela Lei de Licitações.

5.2 DA DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

A aplicação de sanções administrativas nos contratos administrativos está situada no campo das relações especiais de sujeição, mantidas pelo Estado com particulares. Estes se apresentam diante do Estado quer como parceiros de sua ação administrativa, quer como contratados.

A aplicação de sanções aos contratados pela Administração Pública é vista como uma cláusula exorbitante dos contratos administrativos, ligada à faculdade de fiscalização detida Pelo Poder Público frente ao particular contratado.

As sanções administrativas vinculam-se à atuação administrativa do Estado. Ou seja, onde quer que o Estado atue visando à satisfação do interesse público pode estabelecer sanções com objetivo de punir as condutas dos particulares contrárias a tal atuação.

Sobre o assunto, o doutrinador de direito administrativo e Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma:

Não se pode aplicar sanções aos particulares, em geral, sem previsão legal; ao contrário, independem dela as impostas aos servidores públicos, sejam agentes públicos integrados na organização administrativa, sejam particulares colaborando com a Administração Pública, nos termos legais, com delegados ou prestacionistas de serviços. (MELLO. 2006.561).

José Cretella Júnior, em suas obras sobre o assunto permanecendo na mesma na mesma linha, enuncia:

Ao passo que a repressão ao *illicito penal* é regida pelo *princípio da legalidade*, a autoridade que exerce o poder disciplinar pode aplicar, discricionariamente, sanções disciplinares, em virtude de infrações ao deveres da profissão, a princípios de honra, de dignidade, de ética, mesmo que não haja expressa disposição estatutária precisa a respeito. A Administração age dentro das chamadas normas elásticas, flexíveis ou plásticas. (CRETELLA JÚNIOR. 2004, p. 398).

Na aplicação das sanções contratuais, existe a possibilidade do uso da discricionariedade administrativa que, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, é:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada á satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2006, p. 48).

A discricionariedade termina abrandando o rigor da submissão do administrador público à lei, criando-lhe a possibilidade de agir com uma certa liberdade. Vale salientar que não se pode confundir tal liberdade com arbitrariedade.

A discricionariedade é decorrente da total impossibilidade da lei prever com rigor e precisão todas as minúcias presentes no caso concreto e que com certeza influirão na aplicação da norma.

A discricionariedade destina-se não a dar ao administrador público a liberdade de adotar qualquer solução, mas sim de tomar a melhor decisão possível tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Oportuno salientar que a discricionariedade não impede a interferência do judiciário para a aferição da compatibilidade do ato adotado e a lei.

Observando que esta possibilidade de discricionariedade pode ser utilizada pelos administradores públicos de maneira a deixar margens a tomadas de decisões que prejudiquem a empresa participante dos processo licitatórios e venha a contratar com a administração, em sua obra, afirma Mello (2006, p. 31):

A discricionariedade jamais poderia ser estendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a interpretação das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do campo significativo possível daquelas palavras, considerando tal campo significativo ao lume da aceção corrente que tenham em dada sociedade e de seu enfoque contextual no sistema normativo.

Embora as sanções estejam aptas a ser legalmente impostas de forma unilateral, muitas das vezes, não pode portanto o agente público utilizá-las de forma a torná-las ilegais.

6. SANÇÕES FISCAIS

O contribuinte (pessoa física ou jurídica), via de regra, busca diminuir a incidência da carga tributária em seu patrimônio. Os atos praticados com o objetivo de diminuir a incidência da tributação, se não contrariarem a legislação, nenhuma consequência acarretará ao contribuinte.

Verificando que suas operações do modo como as tem feito geram uma carga tributária excessiva o contribuinte pode, através de um planejamento tributário, modificar seus procedimentos de modo a se enquadrar com menos frequência nas hipóteses de incidência. Nesse caso, há apenas uma mudança procedimental do contribuinte sem que o mesmo incida em irregularidade tributária, há, portanto, a plena juridicidade de seus atos.

Sendo a ocorrência do fato gerador que impõe a cobrança do tributo, havendo outra forma de desempenhar a atividade sem que o *fatp* gerador seja levado a efeito, pode o contribuinte adotar a segunda maneira, desde que esta não seja vedada pela lei. Trata-se da elisão fiscal.

Ocorre, no entanto, que, por vezes na ânsia de diminuir a sua carga tributária, o contribuinte utiliza-se de artifícios vedados pela legislação. Para tais casos, normalmente, a mesma legislação instituidora do tributo prevê sanções a serem aplicadas ao faltoso.

Como ensina o tributarista Ives Gandra Martins:

O tributo, como quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, pois a carga desmedida que implica traz como consequência o desejo popular de descumpri-la. Tanto assim é que um contribuinte que seria incapaz de matar alguém, mesmo não havendo norma sancionatória, muitas vezes é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável. (MARTINS, 2000. p. 6).

No contexto retro exposto verifica-se que toda a contrariedade à legislação tributária terá como contra partida uma sanção.

Conceituando "sanção", brilhantemente leciona Machado (2001, p. 421):

Sanção é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito. Pode limitar-se a compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento de seu dever, e pode consistir num castigo, numa penalidade a esta cominada. A ação de execução é sanção destinada a obter do responsável pela inobservância da norma o adimplemento de seu dever. A penalidade, por seu turno pode ser pessoal e patrimonial. No âmbito da tributação as penalidades pessoais podem ser consideradas obsoletas e inadequadas. São as restrições de direitos, as interdições de atividades. As penalidades patrimoniais são as multas.

Trata-se, pois, de verdadeira reprovação legal ao ato antijurídico praticado no intuito de buscar melhores formas de impor a observância da lei, dependendo do tipo de infração ao ordenamento jurídico tributário, haverá um determinado tipo de penalidade a ser aplicada ao infrator.

Dependendo da gravidade da infração tributária a norma jurídica prevê a aplicação de distintos tipos de sanções. Em regra, pode se observar dois tipos de sanção: as administrativas e as penais.

A diferenciação entre os dois tipos de sanções ora expostos tem mais relação com a gravidade do ato praticado do que propriamente com a natureza do mesmo. Para atos cuja antijuridicidade verificada é maior, sendo maior a sua reprovação, são guardadas as sanções penais, ti das como mais severas; para aqueles em que o bem jurídico tutelado não sofreu gravame de elevada monta, são guardadas as sanções de natureza administrativa.

Esclarecedora lição foi proposta por Machado (2001, p. 432):

Os atos de descumprimento de leis tributárias continuam ensejando as sanções administrativas - as multas. E ensejam também as sanções penais quando não constituam puro e simples inadimplemento da obrigação principal, vale dizer, quando não signifiquem simplesmente o não pagamento de tributo, sem qualquer prática tendente a ocultar ou retardar a exteriorização de seu fato gerador.

6.1 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

As sanções administrativas, por serem resultado de um ato tido como antijurídico de menor potencial ofensivo, resultam em penalidades de natureza

patrimonial. Normalmente busca-se, através da sanção administrativa a recomposição da perda, a aplicação de penalidade ao infrator, e a reprovação do ato praticado.

Em termos de recomposição das perdas decorrentes da irregularidade, o Estado, tem a seu favor, o procedimento de execução fiscal, no qual, o débito, devidamente constituído em favor da fazenda e não pago, é pago através do acionamento do devedor através do Poder Judiciário.

A favor de si, o Estado tem a presunção de que o título executado é certo, líquido e exigível, cabendo ao devedor, através dos meios processuais postos à sua disposição, tentar desconstituir o título, demonstrando ser o mesmo maculado por alguma irregularidade insanável, ou que o débito que o mesmo representa fora pago ou que não seja exigível. No procedimento de execução fiscal, são cobrados além do débito tributário, as multas, juros e correção que por ventura incidam sobre o débito.

Nem sempre o ato praticado pelo infrator causa dano ao erário. Há casos em que, mesmo tendo recolhido o tributo em valor correto, alguma obrigação formal não foi cumprida. Tratam-se das obrigações acessórias.

Por vezes, o descumprimento de obrigação acessória impossibilita ao fisco o conhecimento do pagamento do próprio tributo, mesmo que este tenha sido efetivamente pago. É o caso do recolhimento correto do mesmo sem que a guia de informação tenha sido elaborada corretamente

Nesse caso além do pagamento da multa pelo não cumprimento da obrigação acessória, surge, também, a necessidade do recolhimento do tributo, vez que o fisco não teve a correta mensuração dos valores. É claro que, restando demonstrada a regularidade do recolhimento, apenas a multa pelo descumprimento da obrigação acessória será devida.

Merece ser observado, no entanto, que o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória não deve guardar relação direta com o valor do débito principal. Em sendo acessória, meramente formal, não há razão para que a multa referente seja pautada no tributo correspondente.

Sobre o assunto, Hugo de Brito Machado fez respeitável explanação:

As leis tributárias geralmente estabelecem penalidades específicas para o descumprimento de obrigações acessórias, com valores fixos ou com indicações de limites mínimo e máximo, mas sem vinculação com o imposto ou com o valor de qualquer operação tributável. São as chamadas *multas por infrações formais*. Se o contribuinte pode demonstrar que o imposto foi pago, afastando, portanto, aquela presunção de inadimplemento da obrigação principal, é esta a multa cabível, e não aquela fixada em função do valor do imposto ou de sua base de cálculo. As multas proporcionais ao valor do tributo somente se justificam naqueles casos em que também o dever de pagar o tributo não foi cumprido, e por isso mesmo é cobrado com a penalidade. Se a penalidade é cobrada de forma autônoma, porque inexistem condições legais para a cobrança do tributo, não há razão para aplicação da penalidade proporcional ao valor do tributo. (MACHADO, 2001. p. 421).

Uma vez constatada a divergência acerca da capitulação legal do fato ou penalidade aplicável, é imperativa a aplicação daquela mais favorável ao contribuinte, ao teor do que se depreende do art. 112 do CTN.

No que se refere às sanções administrativas punitivas, tem-se que as mesmas também são da espécie "multa". Nesse caso, busca-se, além do escopo pedagógico, a imposição de uma punição financeira, demonstrando ao contribuinte infrator que os atos praticados não devem ser repetidos. Segundo o Mestre Ives Gandra Martins, as sanções punitivas pressupõem a inexistência de dolo:

A multa por falta de recolhimento do tributo está na categoria das sanções punitivas do tributo. Pressupõe a sua ocorrência a não existência de dolo, mas apenas culpa. (...) Isto posto, posso definir a multa por falta de recolhimento de tributo como penalidade tributária de natureza punitiva, onde inexistente dolo e cuja gradação objetiva ressarcir os prejuízos do recolhimento a destempo e apenas o risco da afastada incidência da caducidade. (MARTINS, 2000, p. 61).

As multas punitivas, via de regra, são pautadas no montante do tributo não recolhido, guardando com ele condão de proporcionalidade. Repita-se, não se trata de cobrança do tributo não recolhido, mas sim de penalidade imposta ao infrator com o intuito de desestimulá-lo.

Quanto à multa pela sonegação fiscal, esta pressupõe o dolo específico, por esse elemento subjetivo a mesma se distingue da multa por não pagamento do tributo. Nesse caso, há também o condão de proporcionalidade com o montante devido sendo que, não raras as vezes, as multas até mesmo superam o valor do débito.

A multa por sonegação visa inserir no consciente do infrator a noção de que seu ato foi gravemente atentatório a legislação e sua finalidade, bem como visa desincentivar a repetição do ato.

As multas, em quaisquer de suas espécies, têm caráter estritamente pecuniário. Há, no entanto, as penalidades administrativas de caráter não pecuniário.

As penalidades administrativas não pecuniárias podem ser compreendidas em apreensão de bens, perdimento de bens e interdição de direitos.

Com relação à apreensão de bens, sua principal característica é o fato de que o bem apreendido pode ser vendido para o pagamento do tributo e, se houver saldo da venda, o restante será entregue ao contribuinte. Normalmente, essa penalidade incide sobre operações com bens. Difere esta com o perdimento de bens em virtude do perdimento normalmente se dar em razão do objeto ser fruto de contrabando. Nesse caso, diferentemente da apreensão, o produto da venda é totalmente incorporado ao patrimônio do Estado, não havendo o que se falar em restituição.

As interdições são caracterizadas pela impossibilidade do contribuinte infrator exercer alguns direitos perante os órgãos públicos.

6.2 AS SANÇÕES POLÍTICAS

Como sanção não pecuniária, tem-se a sanção de natureza política. Trata-se, na verdade, de expediente utilizado pelo ente tributante com vistas a impor ao contribuinte o pagamento de um determinado tributo.

As sanções políticas são aquelas que não impõem a prestação pecuniária ou pena de caráter corporal, são, na verdade, interdições de direitos.

Através da vedação da prática de alguns atos jurídicos, o fisco tenta impor, ao contribuinte faltante, o recolhimento do tributo devido. Tal expediente, no

entanto, tem grande reprovação em todo o meio jurídico, porquanto o fisco tem à sua disposição legislação própria para a cobrança do tributo.

Sanções políticas são tidas como verdadeiros abusos praticados pelo fisco. Ressalte-se, que não raras vezes a sanção política tende a proibir direitos e garantias previstas na própria constituição.

Sobre a inconstitucionalidade das sanções políticas, merece destaque a lição do Professor Hugo de Brito Machado:

As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões. porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação ao direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é autoridade competente se a exigência do tributo é ou não legal. Apesar de inconstitucionais, sanções políticas são hoje largamente praticadas, no mais das vezes por puro comodismo das autoridades da Administração Tributária, que nelas encontram meio fácil de fazer a cobrança de tributos. Tem sido freqüente, assim, a impetração de mandados de segurança para garantir ao contribuinte a prática de certos atos, livrando-o das sanções políticas. (MACHADO, 2001, p. 435).

A título exemplificativo, que bem mostra a inconstitucionalidade das sanções políticas, tem-se o caso da restrição do contribuinte inadimplente perante o CNPJ.

As Instruções Normativas que instituem o CNPJ impõem a impossibilidade de alteração cadastral no CNPJ de pessoas jurídicas que tenham, em seu quadro societário, sócios que também façam parte de outras pessoas jurídicas com irregularidades perante a Receita Federal. Tal penalidade tem efetivo cunho de sanção política, aplicada com o escopo de impor ao contribuinte, ou responsável, a manutenção da regularidade cadastral de todas as empresas de que façam parte.

Assim, para que seja possível a alteração cadastral de uma empresa perante a Receita Federal, necessário se faz que todas as empresas em que o sócio participe estejam necessariamente com a sua situação regular, ainda que a empresa problemática não possua qualquer outra relação com aquela que se pretende a alteração.

Trata-se, então, de um meio coercitivo político de imposição de regularização cadastra I e um expediente indireto de cobrança de tributos, que dentre outras irregularidades é inconstitucional em razão da proibição do exercício a livre iniciativa, consagrado pela Carta de 1988.

A jurisprudência do Pretório Excelso já por diversas vezes enfrentou a questão, prevalecendo o entendimento de que tais expedientes são inconstitucionais. De tal forma que emoldurando o tema, tem-se a aprovação pelo o Egrégio Supremo Tribunal Federal de três súmulas sobre a matéria, como será visto no próximo capítulo.

7. FUNDAMENTAÇÃO DA EXIGÊNCIA DA REGULARIDADE FISCAL

É sabido que o exercício de atividade econômica sujeita o agente ao pagamento de tributo federal. Se pessoa física, pelo menos ao imposto de renda.

Com relação à pessoa física exige-se a comprovação do CPF, e com relação à empresa, a comprovação do CNPJ

Na ordem jurídica pátria está reconhecido o mecanismo forçoso da regularidade fiscal. Trata-se de expediente onde a regularidade fiscal é exigida como condição concretizadora do exercício de direitos.

Tais possibilidades estão expressamente estabelecidas na Constituição e na legislação primária infraconstitucional.

Na Constituição Federal tem-se:

Art. 195. *(omissis)*

§ 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 créditos.

Também neste sentido o Código Tributário Nacional:

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

Nesta mesma linha, tem-se a Lei 7.711/88 que dispõe sobre formas de melhoria da administração tributária:

Art. 1º. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, a quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias, será comprovada nas seguintes hipóteses:

I - transferência de domicílio para o exterior;

II - habilitação e licitação promovida por órgão da administração federal direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou

indiretamente pela União;

III - registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa, conforme definida na legislação de regência;

IV - quando o valor da operação for igualou superior ao equivalente a 5.000 (cinco mil obrigações do Tesouro Nacional- OTNs:

a) registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro Títulos e Documentos;

b) registro em Cartório de Registro de Imóveis;

c) operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quanto destinada a saldar dívidas para com as Fazenda Nacional, Estaduais ou Municipais.

Também a Lei nº 8.666/93:

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

(...)

III - prova da 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.

Ratificando este entendimento, a Lei 10.522/2002 que trata do Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais - CADIN:

Art. 6º. É obrigatoria a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

I - *(omissis)*

II - *(omissis)*

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.

Mais um exemplo segue-se com a Lei nº 11.033/2004 que altera a tributação do mercado financeiro e de capitais, que em seu art. 19, determina a apresentação de várias certidões de regularidade fiscal para que se possa proceder com o levantamento ou autorização para o depósito em conta bancária de valores provenientes de precatório judicial.

Art. 19. O levantamento ou da autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial somente poderá ocorrer mediante a apresentação ao juízo de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, bem como certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e a Dívida Ativa da União, depois de ouvida a Fazenda Pública.

Parágrafo Único. Não se aplica o disposto no caput deste artigo:

I - aos créditos de natureza alimentar, inclusive honorários advocatícios;

II - aos créditos de valor igualou inferior ao disposto no art. 3D da Lei nº 10.259, de 12 de junho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

E por fim, temos o Decreto nº 3.722/2001 que dispõe sobre o Sistema De Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF:

Art.1º O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF constitui o registro cadastral do Poder Executivo Federal, na forma definida neste Decreto, mantido pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Serviços Gerais - SISG, nos termos do Decreto nº 1.094, de 13/03/1994. (...)

§2º. O SICAF deverá conter os registros dos interessados diante da habilitação jurídica, a regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira, bem como das sanções aplicadas pela Administração Pública relativas ao impedimento para contratar com o Poder Público, conforme previsto na legislação.

7.1 A MANIFESTAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Com o mesmo entendimento se apresenta a jurisprudência autorizando a utilização deste expediente, como mostra decisão da Sétima Turma do TRF 1ª Região:

APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS COMO CONDIÇÃO PARA LEVANTAMENTO OU DEPÓSITO PARA LEVANTAMENTO OU DEPÓSITO EM CONTA BANCÁRIA DE PRECATÓRIO. LEI 11.033/04, ART. 129. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VISLUMBRADA. NORMA PROCESSUAL OU PROCEDIMENTAL APLICAÇÃO IMEDIATA A FEITOS PENDENTES.

Agravo interposto pela Fazenda Nacional contra decisão que, em execução de sentença, autorizou o levantamento do valor de precatório, sem a observância do disposto no art. 19 da Lei 11.033/2004, que preceitua a necessidade de apresentação de certidões negativas de débitos federais, estaduais e municipais, bem como certidões de regularidade com a Seguridade Social, com o FGTS e com a Dívida Ativa da União, ao fundamento de que tais restrições somente se aplicam aos precatórios expedidos após a promulgação da lei. O voto asseverou que a sistemática de pagamento via precatório, prevista no art. 100 da CF, não impede que a legislação ordinária estabeleça outros requisitos, desde que observados as regras da obrigatoriedade, do respeito à ordem cronológica, e da compulsória inclusão orçamentária de despesa. Indeferiu que exigir a apresentação de certidões para a percepção de verbas advindas de condenação judicial não viola o devido processo legal pois advém de lei expressa que, em caso de recusa no seu cumprimento permite o exercício do contraditório administrativo ou judicial. Não há violação à coisa julgada, que permanece hígida quanto ao mérito do direito pacificado pela sentença. A expedição ou negativa de certidões seguirá as normas específicas que lhe forem próprias, não implicando legislar sobre tema, o fato de a lei 11.033 exigir apresentação de certidões oriundas de pessoas políticas de diversas esferas. A jurisprudência entende como indevida situação constrangedora tão-somente a retenção de bens, como condição ou coação para o pagamento de tributos, o que não ocorre no caso em questão. Não se vislumbrou, portanto, qualquer inconstitucionalidade no referido art. 19. Ademais, é norma de cunho procedimental e processual, aplicando-se de imediato aos feitos pendentes, além do que, cada precatório, ainda que

consubstanciando, efetivamente, parte do débito total, é ato autônomo, não se inserindo na garantia constitucional de ato jurídico perfeito e acabado, precedente à inovação legal. A Sétima Turma do TRF 18 Região, por maioria, deu provimento ao recurso. Ag. 2005.01.00.062105-2IMG, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, julgado em 07/11/05.

Os atos de prática de exigência de regularidade, em dispositivos com força de lei em sentido formal e material, nutrem-se no chamado princípio da solidariedade social. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal por diversos momentos já afirmou a existência do aludido princípio como raiz de justificativa das ordens econômica e tributária. Numa dessas ocasiões assim se manifestou a Suprema Corte Federal:

O regime previdenciário público visa garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso por meio do pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice e, no termos do art. 195 da CF, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderia denominar princípio estrutural da solidariedade (...). (Informativo STF nº 357. Julgamento da ADIN nº 3.126).

Ainda nesta mesma linha o Supremo Tribunal Federal acatou como constitucional os bancos de dados privados, voltados para resguardar os créditos oferecidos no mercado, na seguinte decisão:

A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma previstas no edito impugnado e integradas ao bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da argüição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito" (STF. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.790-DF. Relator *Ministro* SEPÚLVEDA PERTENCE).

Destarte, incoerente seria obstar o Poder Público de lançar mão de instrumento análogo para a preservação de dinheiros e interesses públicos.

Importante salientar que os procedimentos legais que fundamentam a exigência da regularidade fiscal devem ter sua adoção precedida com a devida cautela. Não se vislumbra como aceitável a exigência que implique em interferência direta e desarrazoada no desenvolvimento da atividade econômica.

Com este mesmo entendimento apontam as Súmulas STF de nº 701, 323 e 547, bem como, a decisão daquela Corte Maior no **RE** nº. 413.782, que apresentam o seguinte teor, respectivamente:

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. (Súmula STF nº 70). É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (Súmula STF nº 323). Não é lícito á autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (Súmula STF nº 547). Por entender caracterizada a ofensa á garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XII) e de qualquer atividade econômica (CF art. 170, parágrafo único), o Tribunal, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV e do § 4º do art. 19, do Decreto 3.017/89, do Estado de Santa Catarina, que regulamentando o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços naquele Estado, possibilitam que os órgãos da Diretoria de Administração Tributária proibam a impressão de documentos fiscais para empresas em débito com a Fazenda Estadual, condicionando-as a requerer ao fisco a emissão de nota fiscal avulsa a cada operação realizada. Vencido o Min. Eros Grau que desprovia o recurso por não vislumbrar restrição à atividade mercantil. RE 4137821SC, REL. MIN. Marco Aurélio, 17.3.2005. (RE-413782) (Informativo STF nº 380).

7.2 A MANIFESTAÇÃO DOUTRINÁRIA

Na doutrina também é possível observar manifestação no sentido de se reconhecer a importância dos institutos que visam à exigência da regularidade fiscal.

Neste mesmo sentido Justen Filho (1998, p. 475) afirma que:

o inc. XIII destina-se a evitar dúvidas sobre o tema. A sua ausência não dispensaria dos efeitos do princípio de que a habilitação não se apura previamente, mas se exige a presença permanente de tais requisitos, mesmo durante a execução do contrato. O silêncio do instrumento não significará dispensa da exigência, Se o particular, no curso da execução do contrato, deixar de preencher as exigências formuladas, o contrato deverá ser rescindido.

Sobre o assunto assim se manifesta Carlos Ari Sunfeld:

A regularidade das obrigações tributárias não é uma questão secundária e irrelevante. É, para o próprio Estado - e para a sociedade que recebe seus serviços - questão vital. Daí a razoabilidade da lei condicionando a aquisição ou o exercício de certos direitos de natureza econômica à regularidade fiscal. (SUNDFELD, 1994. p. 122).

Como se percebe chancelada está na ordem jurídica brasileira a utilização, dentro dos limites da legalidade, de mecanismos que levem o contribuinte a manter a constância de sua regularidade fiscal.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Licitação é o meio pelo qual o ente Público seleciona a proposta que se apresente mais vantajosa para a realização do contrato de seu interesse. Visa este procedimento a propiciar oportunidades igualitárias aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, atuando como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Nesta etapa, cabe a Administração formular exigências de habilitação preliminar que, atendendo à natureza do objeto por licitar e do grau de complexidade ou especialização de sua execução, se fizerem necessárias como indicadores seguros de que o licitante apresenta condições para bem e fielmente realizar tal objeto, nos termos do contrato, caso seja ele o selecionado.

Finda a fase da licitação, dá-se prosseguimento com a formalização do contrato. Consumada a relação contratual, surge a questão de como devem ser interpretados os dispositivos que porventura venham a suscitar dúvidas. Neste sentido é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as de Direito Público complementadas por princípios norteadores da teoria geral dos contratos e do Direito Privado. Não que se negue a aplicabilidade das regras de hermenêutica comum, mas nessa operação não se pode esquecer que o objeto da contratação será, sempre, o atendimento do interesse público.

Como mostra da supremacia da Administração perante o contratado, são previstas as sanções administrativas aplicáveis ao particular contratado, uma vez que esta tem, como já mencionado, objetivo final de seus atos a concretização do interesse público.

Para que se torne viável a aplicação de possíveis sanções ao contratado, a Administração Pública deve zelar para que tanto o edital da licitação como o contrato a ser firmado, expressem de maneira clara as sanções aplicáveis quando da ocorrência do descumprimento de algum dispositivo destes. Esta estipulação, porém, não poderá ir além dos limites significativos fixados pela Lei.

Quando da aplicação das sanções contratuais é possível o uso da discricionariedade administrativa, que consiste em uma margem de liberdade ofertada ao administrador para eleger, dentro da razoabilidade, um ou outro comportamento cabível, perante cada fato ocorrido, no intuito de cumprir o dever de aplicar a solução mais coerente com a satisfação da finalidade legal, quando, por força do contido na lei ou pela liberdade conferida no dispositivo, não seja possível extrair objetivamente, uma solução única para a situação de que trata.

Ocorrendo o descumprimento da obrigação tributária pelo contratado, prevê a norma jurídica a aplicação de diferentes tipos de sanções. A distinção entre os dois tipos de sanções aplicáveis tem inter-relação com a gravidade do ato praticado e com a natureza do mesmo.

Aos atos cuja antijuridicidade é verificada de maneira mais acentuada, portanto, sendo maior a sua reprovação, são guardadas as sanções penais, tidas como mais severas; por outro lado, para aqueles em que o bem jurídico tutelado não foi tão fortemente ofendido, são reservadas as sanções administrativas.

Existe, ainda, no campo das sanções aquela que de natureza não pecuniária e sim de natureza política. As sanções políticas não impõem a prestação pecuniária ou pena de caráter corporal, constituem-se em interdições de direitos. Através da proibição da prática de alguns atos jurídicos, o fisco tenta impor ao contribuinte faltante o recolhimento do tributo devido. As sanções políticas são tidas como verdadeiros abusos praticados pelo fisco.

Apesar de aparentar uma espécie de sanção política, a ordem jurídica nacional possibilita a exigência por parte da Administração Pública Federal da comprovação da regularidade fiscal do contratado, nos contratos administrativos, comportamento amplamente amparado na jurisprudência pátria.

Vale dizer ainda que a permissividade do uso de expedientes onde a regularidade fiscal é reclamada para o exercício de certos atos ou direitos não afasta, e sim pressupõe, a cautela na adoção dos procedimentos legais de exigência de regularidade fiscal, não sendo permitidas as exigências que tragam consigo,

interferência direta e desarrazoada no desenvolvimento das atividades econômicas do contratado.

Diante do exposto, nota-se a razoabilidade de cláusula contratual que exija que o contratado preserve a regularidade fiscal como condição para a preservação do contrato e até para recebimento dos pagamentos, podendo ser demandado a qualquer momento ou periodicamente a demonstrar tal condição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de, Contrato Administrativo. São Paulo: RT. 1997

BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 12. ed. São Paulo: Forense, 2006.

BRASIL. Código Tributário Nacional. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Constituição Federal. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Decreto 3.722/01. Regulamenta o art. 34 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02. Ago 2008.

_____. Decreto-lei 147/1967. Dá nova lei orgânica à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (P.G.F.N.). Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 Ago. 2008.

_____. Lei 7.711/88. Dispõe sobre formas de melhoria da administração tributária e dá outras providências. Dispõe sobre formas de melhoria da administração tributária e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 Ago. 2008.

_____. Lei 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 Ago. 2008.

_____. Lei 10.522/02. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 Ago. 2008.

_____. Lei 11.033/04. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO; altera as Leis nos 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 Set. 2008

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Controle jurisdicional do ato administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Discricionariedade administrativa e a Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.

GASPARINE, Diógenes. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 5. ed. São Paulo: Editora Oliveira Rocha, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Comentários ao Código Tributário Nacional. 1. v. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da S. (Coord.). Curso de direito tributário. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Da sanção tributária. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Licitação e contrato administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed., 78 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Regulamento e princípio da legalidade. In: Revista de Direito Público. São Paulo, nº. 96, outubro/dezembro, 1990.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil - dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.