



SENADO FEDERAL

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 134, DE 2009

Altera a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que *“regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”*, para instituir a retenção de pagamento por parte da Administração Pública nos casos de irregularidade trabalhista e fiscal da empresa contratada.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os artigos 55, 58, 71 e 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 55

.....

XIV – a possibilidade de retenção do pagamento, caso o contratado esteja irregular com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Fazenda Pública, no valor necessário à liquidação dos créditos em favor dessas entidades, liberando o remanescente para o contratado, salvo se houver questionamento administrativo ou judicial sobre o crédito.

Art. 58

.....

VI – promover a retenção do pagamento, caso o contratado esteja irregular com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Fazenda Pública, no valor necessário à liquidação dos créditos em favor dessas entidades, comunicando-as desse ato e liberando o remanescente para o contratado, salvo se houver questionamento administrativo ou judicial sobre o crédito.

Art. 71

.....

§4º Verificando a Administração Pública que o contratado está irregular com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Fazenda Pública, cabe-lhe comunicar o fato à entidade interessada e reter o pagamento, nos termos dos arts. 55, XIV e 58, VI desta Lei.

Art. 87

.....

V – retenção do pagamento, nos termos do art. 71, §4º desta Lei”.

(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O escopo deste Projeto é criar a obrigatoriedade da Administração Pública considerar a regularidade fiscal da empresa contratada, em processo licitatório, quando da efetivação dos pagamentos por ela devidos. E por regularidade fiscal, nos termos do art. 29 da Lei de Licitações e Contratos, compreende-se a certidão negativa de débitos para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Fazenda Pública.

Assim, o Projeto inclui na Lei de Licitações e Contratos Públicos regra que determina à Administração Pública a possibilidade de retenção dos pagamentos devidos,

caso as empresas contratadas não estejam regulares com a Seguridade Social, o FGTS e a Fazenda Pública.

Vale salientar que, evidentemente, essa retenção não será desproporcional, uma vez que ela “exige prudência no sentido de não ser retido mais do que o suficiente para resguardar a Administração” (TC 013.661/2003-0). Daí que, “se a Administração verificar que o sujeito não liquidou suas dívidas previdenciárias produzidas pela atividade necessária à execução do contrato (...) cabe à Administração o dever de promover a retenção dos valores necessários a sua liquidação, pagando ao particular os valores remanescentes” (Justen Filho, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 1998).

Por seu turno, o Projeto é claríssimo no sentido de que, em havendo questionamento judicial ou administrativo sobre o crédito, isto é, pendente de julgamento judicial ou de definição administrativa sobre a situação regular ou irregular da empresa contratada, não poderá haver retenção de parcela do pagamento.

É imperativo denotar que o art. 87 da Lei de Licitações e Contratos, também objeto deste Projeto, expressamente dispõe que para a aplicação da retenção, a título de sanção pela inexecução do contrato, a Administração Pública somente poderá fazê-la após a garantia da prévia defesa, oportunidade na qual a empresa contratada poderá apresentar razões de mérito, tal como que a situação irregular para com o FGTS ou para com a Seguridade Social decorre do atraso com que o ente público libera os pagamentos devidos, em desrespeito às normas e cronogramas estabelecidos no contrato, fazendo provas dessas alegações; ou ainda, anexando comprovante de que os créditos previdenciários estão sendo discutidos judicial ou administrativamente.

Portanto, aprovado o Projeto, a sistemática e os dispositivos em tela da Lei de Licitações e Contratos (art. 55, 58, 71 e 87) passariam a viger da seguinte maneira:

No tange as cláusulas que devem, obrigatoriamente, constar nos contratos celebrados entre a Administração Pública e as empresas: “*Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: XIV – a possibilidade de retenção do pagamento, caso o contratado esteja irregular com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Fazenda Pública, no valor necessário à liquidação dos créditos em favor dessas entidades, liberando o remanescente para o contratado, salvo se houver questionamento administrativo ou judicial sobre o crédito*”.

Acerca da prioridade dada ao interesse público, prescreve o art. 58: “*O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: VI – promover a retenção do pagamento, caso o contratado esteja irregular com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Fazenda Pública, no valor necessário à liquidação dos créditos em favor dessas entidades, comunicando-as desse ato e liberando*

o remanescente para o contratado, salvo se houver questionamento administrativo ou judicial sobre o crédito”.

Por sua vez, a alteração proposta ao art. 71 reitera o dever da Administração Pública de zelar pelos cofres públicos, seja para não ter que responder solidariamente por dívidas do contratado (fiscal ou trabalhista), seja para garantir o ingresso de recursos que lhe são devidos por meio de outras relações jurídicas. Diz o art. 71: *“O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §4º Verificando a Administração Pública que o contratado está irregular com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Fazenda Pública, cabe-lhe comunicar o fato à entidade interessada e reter o pagamento, nos termos dos arts. 55, XIV e 58, VI desta Lei”.*

Por fim, no que respeita as sanções passíveis de aplicação pela Administração Pública ao contratante que não executou o contrato, é inserido dispositivo prevendo no art. 87: *“Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: V – retenção do pagamento, nos termos do art. 71, §4º desta Lei”.*

Com efeito, apresenta-se de todo desarrazoado e contrário ao interesse público que a Administração Pública (*lato sensu*) efetue pagamento para um particular, a título de contraprestação contratual, mas ao mesmo tempo ela seja credora desse particular.

E ressalte-se que não se trata de qualquer espécie de crédito que o particular possa dever para a Administração Pública, pois o Projeto fixou aqueles créditos que por sua natureza são especiais e tocam mais diretamente o interesse público, quais sejam, os créditos previdenciários e do FGTS dos trabalhadores, além dos devidos à Fazenda Pública. Tais são créditos que visam atender a toda a coletividade, que garantem aos trabalhadores brasileiros uma aposentadoria, uma licença para tratamento de saúde, um auxílio financeiro para sua família no momento de infortúnio, a compra da casa própria, ou a possibilidade de uma reforma residencial, além das despesas necessárias para a atuação estatal.

O objeto do Projeto é matéria ventilada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que produziu tal entendimento a partir de exegese do art. 55, inciso XIII da Lei de Licitações e Contratos Públicos. Este artigo prescreve 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.

Aliás, é bom lembrar que, como primeira etapa na licitação, o então interessado no contrato teve que comprovar a sua regularidade para com a Seguridade Social, o FGTS e Fazenda Pública (art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993), daí ser injustificado

que depois de celebrado o contrato, o interessado/contratado passe a ficar irregular com a previdência e com o FGTS dos seus trabalhadores, como por exemplo.

Portanto, no âmbito do TCU, os julgados que refletem esse entendimento podem ser aqui exemplificados: Acórdãos 593/2005 – Primeira Câmara; 251/2005 – Plenário; 984/2004 – Plenário; 295/2004 – Segunda Câmara; 1.708 – Plenário; 208/2000 – Plenário; 740/2004; e Decisões 407/2002 – 2ª Câmara; 559/2001 – Plenário; 386/2001-Plenário; 182/1999 – 1ª Câmara; 472/1999.

Todavia, quando essa hermenêutica foi levada ao Poder Judiciário, este apontou no sentido da ilegalidade da retenção de pagamento por serviços prestados ou obras, uma vez que “(...) deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviço prestado (...) não pode ter sanção aplicada” (STJ: RESP 633.432-MG).

O julgado do Poder Judiciário aludido, e que invalida a mencionada exegese do art. 55, inciso XIII, da Lei de Licitações e Contratos, assim o faz porque entende que na ausência de dispositivo legal que possibilite a retenção do pagamento, tal ação patrocinada pela Administração Pública configuraria ilegalidade, repita-se, uma vez ausente expresso dispositivo legal que autorizaria essa prática (retenção).

Por conseguinte, o Congresso Nacional não pode se furtar de sanear essa problemática sobre a retenção de pagamento quando houver dívidas previdenciárias e para com o FGTS; notadamente porque é seu poder-dever o exercício do controle externo dos outros Poderes, inclusive, dispondo do TCU como seu órgão auxiliar para esse mister.

Ademais, na atual época de austeridade fiscal e controle do déficit previdenciário, o presente Projeto atende aos reclamos sociais amplos e de boa governança administrativa.

Portanto, a matéria é altamente relevante e permanece na expectativa de poder contar com acolhida favorável ao Projeto.

Sala das Sessões,

Senador **ANTONIO CARLOS VALADARES**
PSB/SE

LEGISLAÇÃO CITADA**LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993**

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

(...)

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 de 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.

§ 1º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º 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 § 6º do art. 32 desta Lei.

§ 3º 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](#).

(...)

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.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

(...)

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. [\(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#). [\(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

§ 3º [\(Vetado\)](#). [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

(...)

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

I - advertência;

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

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

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

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa.)

Publicado no **DSF**, em 09/04/2009.