



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

CJ. P. 5332/10 - RUSP  
RLG

PROCESSO Nº: 2006.1.32792.1.5

INTERESSADO: Departamento de Informática

ASSUNTO: Licitação. Consulta. Contratada com pendências fiscais. Nulidade da prorrogação contratual por violação ao art. 195, § 3º da Constituição Federal.

P A R E C E R

Senhor Procurador Chefe,

Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica, encaminhados pelo DD. Diretor do Departamento de Administração, para análise da Consulta formulada às fls. 227/228.

Consta dos autos que, em 20.07.2007, foi celebrado contrato, por inexigibilidade de licitação, com a empresa DIRECT TALK COMÉRCIO E TECNOLOGIA LTDA., com vigência de 12 (doze) meses, objetivando a licença de uso de software (fls. 112/120). Referido contrato fora prorrogado pelo mesmo período, por três vezes: em 14.07.2008 (fls. 136), em 16.07.2009 (fls. 164) e em 12.07.2010 (fls. 183).

Ocorre que, em 21.12.2009, expirou a validade da Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias

1



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

231

e às de Terceiros. A empresa foi interpelada a regularizar a situação por diversas vezes (fls. 203/224), sendo que até o presente momento não solucionou a pendência em comento. Em razão disso, os pagamentos à empresa foram suspensos.

Diante destes fatos, o Departamento de Administração formula os seguintes questionamentos:

- 1) os pagamentos represados podem ser liberados, considerando a informação da empresa de que estaria parcelando os impostos atrasados?
- 2) a Administração deve partir para a rescisão unilateral do ajuste?

Antes de responder de forma direta os questionamentos levantados, necessário que sejam feitas algumas ponderações.

A regularidade com a Previdência Social é uma exigência da Lei nº 8.212/91 (art. 47, inc. I, a), bem como um requisito constitucional para a contratação com a Administração Pública, conforme se infere da leitura do parágrafo 3º do artigo 195 da Carta Maior:

*§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.*

O Egrégio Tribunal de Contas da União oportunamente já esclareceu que esta exigência se aplica também às



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

contratações diretas, e não apenas às contratações resultantes de procedimento licitatório, conforme se infere do excerto transcrito a seguir:

*É descabido entender que a exigência de comprovação de regularidade fiscal limitar-se-ia (...) aos casos em que o procedimento licitatório fosse realizado, o que afastaria tal requisito nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação (Acórdão nº 38/2008, 2ª C., rel. Min. Aroldo Cedraz)*

Desta forma, sendo um requisito para a contratação, conclui-se que a regularidade junto ao INSS também se mostra como um requisito para a prorrogação contratual.

Todavia, observa-se que o Terceiro Termo de Aditamento Contratual foi celebrado (em julho/2010) quando a empresa contratada já apresentava pendências junto ao INSS (desde dezembro/2009).

Deste modo, imperioso reconhecer-se que mencionada prorrogação contratual violou a Constituição Federal e, portanto, é nula.

Diante disso, entendemos que a melhor solução a ser adotada não seria promover a rescisão unilateral do ajuste, conforme sugerido pelo Departamento de Administração, mas sim iniciar o procedimento de declaração de nulidade do Terceiro Termo Aditivo. Para tanto, em respeito ao princípio do contraditório, orientamos a Unidade a notificar a empresa para apresentar defesa prévia para a declaração de nulidade pretendida.

Além disso, considerando que a prorrogação do Terceiro Termo Aditivo não respeitou a exigência de regularidade fiscal da Contratada, recomendamos que sejam apurados este fatos, de modo a

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

esclarecer se houve conduta irregular por parte de algum servidor da Universidade.

É certo que às fls. 227/228 encontra-se justificada a celebração do Terceiro Termo Aditivo Contratual, ainda que de forma superficial, pela impossibilidade de iniciar novo processo de contratação, diante da ocupação da Reitoria no período da greve, e devido à necessidade da continuidade dos serviços.

Contudo, apesar da justificativa apresentada, e a fim de resguardar a Universidade acerca de possíveis questionamentos pelo Egrégio Tribunal de Contas, sugerimos que seja instaurada sindicância administrativa com o intuito de elucidar se houve irregularidade na prorrogação de referido contrato, bem como se estes fatos acarretaram prejuízos à Universidade e se houve responsabilidade de algum servidor nesta situação.

No mais, não se pode deixar de notar que o Departamento de Administração já deu diversas oportunidades para a Contratada sanar sua pendência fiscal.

Apesar de às fls. 228 constar a informação de que a empresa "está parcelando os impostos atrasados, entendendo estar perto de uma solução para a pendência" (fls. 221), verificamos que a empresa repetidamente sustenta que está regularizando a situação (fls. 203/220), sendo que, na verdade, isso não é providenciado de forma efetiva.

Ademais, constata-se que, apesar das alegações da empresa de estar tentando solucionar suas pendências fiscais, nenhum documento foi apresentado para comprovar o parcelamento do débito, ou demonstrar que a empresa está diligenciando junto ao INSS na tentativa de resolver esta questão.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Pelos ensinamentos de Marçal Justen Filho, observa-se que a empresa poderia ter regularizado a sua situação:

*Suponha-se que, no curso da execução do contrato, o particular deixe de pagar a contribuição para o INSS. Apesar da gravidade da conduta, afigura-se perfeitamente possível que, identificada a ocorrência, o particular satisfaça a dívida (ou obtenha algum regime equivalente ao da regularidade fiscal). Não haverá cabimento de impor-se, de modo automático, a rescisão contratual. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, Ed. Dialética, p. 687)*

Todavia, a Administração não pode esperar indefinidamente pela regularização fiscal da Contratada.

Por outro lado, parece-nos razoável concluir que, caso a empresa apresente documento comprobatório da regularidade fiscal, dentro do prazo para a defesa prévia, o vício restará convalidado, podendo-se prosseguir na execução do contrato que se encontra em curso, mormente porque, ao que consta, a empresa vem cumprindo satisfatoriamente o objeto contratual.

Por fim, no que se refere à dúvida referente aos pagamentos represados, orientamos a Unidade a, primeiramente, apurar se a Universidade sofreu (ou sofrerá) prejuízos em razão da irregularidade fiscal da Contratada e das conseqüências jurídicas desta pendência no Contrato celebrado.

Em caso afirmativo, deverá ser compensado o valor referente aos prejuízos apurados, podendo-se repassar o valor restante à Contratada, a título de indenização, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa à Universidade, uma vez que esta fruiu do software objeto do contrato. Todavia, diante do artigo 195, §3º da Constituição federal, recomendamos que este crédito seja repassado à



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

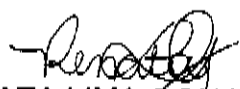
235

empresa somente após a comprovação da regularidade fiscal ainda pendente.

Sendo estas as considerações cabíveis, sugerimos a devolução dos autos ao Departamento de Administração para que tome ciência do Parecer e adote as providências cabíveis.

É o parecer, *sub censura* da DD. Chefia.

Consultoria Jurídica, 09 de novembro de 2010.

  
RENATA LIMA GONÇALVES  
Advogada

*De acordo.*  
*CJ, 9.11.2010*  
*Hamilton de Castro.*

*Acolho o parecer.*  
*Ao DA.*

*CJ, 9.11.10*

