



GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO
Primeira Coordenadoria de Supervisão
do Controle Interno

DERTINS.
Fls. 328
7
Visto DERTII
Fls. 10
D
Visto

NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 69/2007

INTERESSADOS:

Yanna Barbosa de Aguiar – Coordenadora do NUSCIN, conforme Ofício 060/2006-NUSCIN-PM/TO e Antônio Carlos Moreno – Chefe do NUSCIN, conforme Ofício 028/2007-NUSCIN.

ASSUNTO:

Esclarecimentos quanto à obrigatoriedade de exigir-se das empresas licitantes Certidões de Regularidade junto ao INSS e FGTS para efeito de contratação com a Administração Pública, e quanto à possibilidade de retenção de pagamento nos casos de inadimplência das empresas contratadas.

Resposta:

1. A matéria é regida por normas constitucionais e legais, estas inicialmente não preceituavam exigência expressa e específica para prova de regularidade do INSS e FGTS, como pode ser observado no § 4º, art. 25, do antigo Decreto-lei nº 2.300/86, enquanto aquelas surgiram por força do advento da Constituição Federal de 1988, art. 195, § 3º.
2. Com a nova Constituição Federal, as leis que tratavam do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foram revogadas, passando a vigor a atual Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, em que preceitua a exigência do certificado de regularidade do FGTS como meio de comprovação de habilitação de empresas em processo de licitação promovida por órgãos e entidades públicas.
3. Na sequência, no ano de 1993, a Lei de Licitações e Contratos nº 8.666, em seu art. 29, estabeleceu que a regularidade fiscal dos interessados deve ser comprovada, dentre outros, com o certificado relativo à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei, sendo obrigação do contratado manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, conforme disposto no art. 55, inciso XIII, do mesmo Diploma Legal.
3. Com efeito, o Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, na Decisão nº 705/1994-Plenário, firmou o seguinte entendimento:

**...por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal - que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 - a documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social... "é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega".*

140
kan
1/4



GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
 CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO
 Primeira Coordenadoria de Supervisão
 do Controle Interno

DERTINS
 Fis. 529
 F
 Visto DERTINI
 Fis. 1075
 RT
 Visto

"...é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação..."

"...nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior."

4. Na mesma linha, também determinou o TCU que o contratante deve exigir comprovação de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS quando da dispensa ou inexigibilidade de licitação, tanto na contratação como na efetuação de pagamentos." (Decisão nº 1.241/02-Plenário)

5. Em outra decisão o Tribunal Pleno do TCU deliberou que:

"...as empresas estatais prestadoras de serviços essencial sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas" e que "a administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação, informando, inclusive, o INSS e o FGTS a respeito dos fatos." (Decisão nº 431/97-TCU)

6. Conforme o voto do Relator no processo nº TC 004.389/96-4, há orientação do Poder Executivo Federal, nos termos da Mensagem nº 842.259, da CONED/STN, em que se prevê a possibilidade de contratação de empresas inadimplentes com seus encargos sociais, desde que plenamente justificada e com a devida autorização da autoridade maior do órgão ou entidade contratante, de modo que, completou ainda o Relator, se houver contratação licita de empresas, pela mesma razão se deve realizar o pagamento dos respectivos fornecimentos ou serviços prestados, na conformidade da redação transcrita abaixo:

"Se ilícito será contratar as respectivas empresas, pelas mesmas razões deverá a administração realizar o pagamento pelos serviços já prestados. Isso em respeito, inclusive, ao princípio que proíbe o enriquecimento sem causa por parte da administração."

7. Ainda, segundo o relator da decisão supracitada, as exigências de regularidade fiscal têm basicamente as seguintes finalidades:

"a) evitar que a administração contrate com quem não demonstre boa situação econômico-financeira, refletida na inadimplência com encargos sociais; e

b) servir como meio indireto de coerção, incitando as empresas a estarem adimplentes com suas obrigações perante o INSS e o FGTS." (Decisão nº 431/97-TCU)



GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO
Primeira Coordenadoria de Supervisão
do Controle Interno

Fis 330

7
VSBERTINS

Fis 1076
2
Visto

8. Neste sentido, também ensina o Prof. Renato Geraldo Mendes que:

"não se pode considerar iguais, sob o ponto de vista jurídico, o cumpridor das suas obrigações tributárias e o que sonega ou descumpra tais obrigações. A questão tem implicação direta no preço ofertado. É possível dizer que a exigência de regularidade fiscal tem dupla finalidade: a) forçar a manutenção da condição de regularidade perante o fisco; e b) assegurar tratamento isonômico aos interessados." (in Revista Diálogo Jurídico, Ano 1, nº 9, "A licitação é regra ou exceção: repensando a contratação direta, 2001)

9. Quanto à possibilidade de retenção de pagamento nos casos de inadimplência das empresas contratadas, proferiu o Superior Tribunal de Justiça:

* 1. (...)

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando o rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços." (Resp 633432, Primeira Turma – STJ)

10. Sobre este assunto discorre o autor Marçal Justen Filho:

"Isso não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou com outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência do crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (pág. 549)

11. Por essa análise, entendemos que em regra geral é obrigatória a exigência de certidões de regularidade fiscal junto ao INSS e FGTS para efeito de processo licitatório, inclusive nos casos de dispensa ou inexigibilidade, no âmbito da administração pública, não devendo se descuidar das situações excepcionais em que o órgão ou entidade pública se vê obrigado a fazer concessões para contratar empresas inadimplentes com a seguridade social e com o Fundo de Garantia no interesse de manter a prestação de serviços públicos essenciais, em observância a um dos princípios fundamentais do Estado do Direito.



GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO
Primeira Coordenadoria de Supervisão
do Controle Interno

Fis. 331
Visto
DERTINS
Fis. 1077
Visto

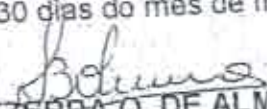
12. Com isso, é forçoso reconhecer que tal situação guarda suas peculiaridades e, neste caso, ganha relevo o princípio da continuidade do serviço público, como se extrai da doutrina do Diógenes Gasparini que define o conceito dos serviços públicos essenciais, conforme redação a seguir:

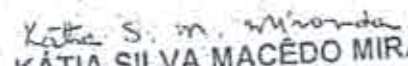
"são essenciais os assim considerados por lei ou os que pela própria natureza são tidos como de necessidade pública, e, em princípio, de execução privativa da Administração Pública. (omissis) Essenciais, por fim, diga-se, são os serviços que não podem faltar,"
(in Direito Administrativo. 4ª ed., Saraiva, pág. 213).

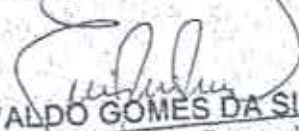
13. Por fim, no caso em comento, a unidade contratante deve verificar previamente nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado, a regularidade da contratada (matriz e, quando for o caso, também da filial) com o INSS e FGTS, de modo que, detectando inadimplência, seja comunicada a interessada para regularizar sua situação, sob pena de possível rescisão contratual. Nesse sentido, permanecendo a situação de irregularidade da contratada, e caracterizada a essencialidade do serviço público, o pagamento do fornecimento ou do serviço prestado será feito mediante autorização prévia da autoridade máxima do órgão ou entidade contratante, acompanhada das devidas justificativas, comunicando-se os fatos ao Conselho Curador do INSS e do FGTS.

14. Ressalte-se, ainda, que nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, verificando inadimplência de empresa com a regularidade fiscal, a unidade contratante deverá optar pela empresa que comprovar a sua situação de habilitação jurídica e regularidade fiscal, observando-se sempre os preços ofertados dentro da média do mercado local ou regional.

PRIMEIRA COORDENADORIA DE SUPERVISÃO DO CONTROLE INTERNO,
Palmas, aos 30 dias do mês de maio de 2007.


IONÁ BEZERRA O. DE ALMEIDA
Analista de Controle Interno


KÁTIA SILVA MACÊDO MIRANDA
Coordenadora de Supervisão do Controle Interno


EDIVALDO GOMES DA SILVA SOUSA
Superintendente de Gestão e Supervisão do Controle Interno

De acordo. Encaminhe-se o expediente aos interessados do Núcleo Setorial de Controle Interno da Polícia Militar.


JACQUES SILVA DE SOUSA
Secretário-Chefe