



Processo: nº 25.751/12.

Informação: nº 048/2016.

Interessado: Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF.

Assunto: Estudos Especiais.

Ementa: Decisão nº 21/12. Estudos especiais. Compatibilidade das exigências contidas no § 1º do art. 63 do Decreto distrital nº 32.598/10 com os normativos de hierarquia superior que regem a matéria.

Senhor Secretário-Geral,

Cuidam os autos de estudos especiais acerca da compatibilidade das exigências contidas no § 1º do art. 63 do Decreto distrital nº 32.598/10¹ com os normativos de hierarquia superior, no tocante à exigibilidade de comprovação de regularidade fiscal federal previamente ao pagamento de contratada no âmbito do Distrito Federal, na forma determinada no item III da Decisão nº 21/12, adotada no Processo nº 18.122/11.

INTRODUÇÃO

2. O citado Processo nº 18.122/11 trata de auditoria realizada pela Divisão de Controle Interno – DCI, destinada à aferição da regularidade dos procedimentos de concessão de diárias e passagens deste Tribunal.
3. Naquele feito, a Divisão de Licitação, Material e Patrimônio – DLMP solicitou à DCI orientação acerca da exigência de comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Pública Federal na realização de pagamentos de despesas, uma vez que as Decisões nºs 103/99 e 4.032/99 determinam que a regularidade fiscal deve restringir-se aos tributos de competência do DF e relacionados ao objeto da licitação.
4. Em resposta, a unidade de controle interno, considerando as deliberações desta Corte e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF/DF acerca do tema, concluiu pela legalidade da exigência de comprovação da regularidade fiscal das licitantes perante a Fazenda Pública Federal, bem assim pela

¹ Decreto nº 32.598/10:

“Art. 63 (...)

§ 1º Fica vedada a emissão de Previsão de Pagamento – PP e de Ordem Bancária – OB, quando verificado que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra é devedor da Fazenda Pública do Distrito Federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e da Fazenda Pública Federal.”



legitimidade da manutenção de tal exigência para fins de quitação da despesa decorrente do eventual contrato firmado com a vencedora do certame.

5. Em linha de divergência, a Consultoria Jurídica da Presidência – CJP sustentou que o Decreto nº 32.598/10 não se aplica diretamente ao TCDF; que a apresentação da certidão de regularidade fiscal para com a Fazenda Pública fica restrita aos tributos de competência do DF, desde que relacionados ao objeto do certame; e que é vedada a retenção por parte da Administração do pagamento pelos serviços contratados e efetivamente prestados.

6. Chamado ao feito, o Ministério Público de Contas concluiu que, por se tratar de regulamento dos procedimentos da execução orçamentária e financeira, o Decreto nº 32.598/10 é aplicável ao TCDF. Propôs, quanto à exigência de comprovação da regularidade fiscal das licitantes perante a Fazenda Pública Federal, a realização de estudos especiais, em autos apartados, no âmbito do controle externo.

7. O Relator, ilustre Conselheiro Inácio Magalhães Filho, acolhendo a manifestação do douto *Parquet*, apresentou as seguintes considerações acerca da matéria em relevo:

“(…)

Quanto à orientação suscitada pela Divisão de Licitação, Material e Patrimônio – DLMP acerca da necessidade de comprovação de regularidade fiscal das contratadas perante a Fazenda Pública Federal, observo que não há uniformidade de entendimento acerca do mérito da questão.

*Enquanto a DCI e o Parquet especial entendem que o Decreto Distrital nº 32.598/10 é aplicável ao TCDF, a Consultoria Jurídica da Presidência – CJP considera que o referido decreto não se aplica, diretamente, ao Tribunal. Por conta disso, há divergência de entendimento quanto à vedação (ou não) de pagamento a fornecedor ou contratante **devedor** da Fazenda Pública distrital ou federal, do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS – e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.*

Apesar da divergência observada, entendo, em harmonia com o órgão ministerial, que a análise da compatibilidade do § 1º do art. 63 do Decreto Distrital nº 32.598/10 com os normativos da Constituição Federal de 1988 (art. 195, § 3º) e da Lei nº 8.666/93 (art. 29, incisos III e IV, e art. 55, inciso VIII) repercute no âmbito do controle externo.

Nesse sentido, a matéria em questão deve ser tratada em processo específico, sobretudo em razão da suposta existência de decisões conflitantes desta Corte de Contas. Lembro que “a pacificação de entendimento sobre o tema depende da uniformização da interpretação do artigo 29, inciso III, da Lei n.º 8666/93 que, segundo Marçal Justen Filho, ‘é um dos temas mais complexos e problemáticos da Lei de Licitações’”, conforme apontado pela i. Procuradora Márcia Farias.

Assim, acolho o encaminhamento proposto pelo Parquet especial, no sentido de o Tribunal autorizar a DGA a continuar procedendo da forma habitual no tocante à comprovação da regularidade fiscal das contratadas perante a Fazenda Pública Federal, até nova definição em processo específico, se for o caso.



Deverá o Plenário, ainda, determinar a realização de estudos especiais, em autos apartados, de natureza de controle externo, acerca da compatibilidade das exigências contidas no § 1º do artigo 63 do Decreto Distrital nº 32.598/10 com os demais normativos de hierarquia superior que regem a matéria. Para tanto, cabe autorizar a juntada de cópia dos documentos pertinentes aos autos a serem instaurados, a fim de subsidiar o exame ora proposto.”

8. Em decorrência, o Plenário deliberou nos termos do item III da Decisão nº 21/12, de seguinte teor:

*“III. **determinar** à Assessoria Técnica e de Estudos Especiais – ATE, da Secretaria Geral de Controle Externo, **a realização de estudos especiais, em autos apartados, de natureza de controle externo, acerca da compatibilidade das exigências contidas no § 1º do art. 63 do Decreto Distrital nº 32.598/10 com os demais normativos de hierarquia superior que regem a matéria**, autorizando a juntada de cópia do Despacho nº 304/2011 – DLMP (fls. 131/132), da Informação nº 32/2011 – DCI (fls. 145/154), do Parecer nº 192/2011-CJP (fls. 156/163), do Parecer nº 270/2012 – MF (fls. 167/171) e do relatório/voto do Relator (fls. 172/194) aos autos a serem instaurados, a fim de subsidiar o referido exame;”*

OBJETO

9. Os presentes estudos têm por finalidade precípua examinar a compatibilidade das exigências contidas no § 1º do art. 63 do Decreto distrital nº 32.598/10 com os demais normativos de hierarquia superior que regem a matéria, na forma determinada no item III da Decisão nº 21/12.

10. Para tanto e visando dar cumprimento aos objetivos estabelecidos no voto condutor da citada deliberação, a análise abrangerá os seguintes tópicos:

- a) aplicabilidade do Decreto nº 32.598/10 ao TCDF;
- b) compatibilidade das exigências constantes no § 1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10 com os demais normativos de hierarquia superior;
- c) interpretação do inc. III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93 e a exigibilidade de regularidade fiscal previamente ao pagamento da contratada; e
- d) impossibilidade de retenção do pagamento em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal.

ANÁLISE

a) Aplicabilidade do Decreto nº 32.598/10 ao TCDF

11. A questão em tela foi apontada pela douta Consultoria Jurídica da Presidência que, no Parecer nº 192/11-CJP, lançado no Processo nº 18.122/11, concluiu que o normativo em estudo não se aplica diretamente a este Tribunal, nos seguintes termos:

“Prima facie, importa observar que o Decreto nº. 32.598/2010 não é norma dirigida ao Tribunal de Contas do DF, tal como se infere de seu artigo 1º, in verbis:



'Art. 1º A elaboração dos planos de Governo e a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil do Distrito Federal serão realizadas em conformidade com a legislação pertinente à matéria e o que dispõe este Decreto.'

Conclui-se, à toda evidência, que as regras contidas no aludido Decreto, conquanto o citem, não se destinam ao TCDF, ente autônomo por natureza jurídica, o qual não integra a estrutura organizacional do Poder Executivo do Distrito Federal.

Nesse contexto, vale dizer que a autonomia dos Tribunais de Contas não se restringe ao foro institucional ou funcional, ou seja, àquela relativa ao exercício de sua atividade-fim, sem subordinação, ingerência ou dependência de outras autoridades, órgãos ou poderes. Com efeito, a autonomia dos Tribunais de Contas atinge, também, as esferas administrativa e financeira, as quais constituem verdadeiras premissas da autonomia institucional."

12. Em linha de divergência, o douto Ministério Público de Contas, consoante Parecer nº 270/12-MF, concluiu que, por se tratar de regulamento relativo aos procedimentos da execução orçamentária e financeira, o Decreto nº 32.598/10 é aplicável ao TCDF, apresentando a respeito as seguintes considerações:

"7. É competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre Finanças e Orçamento Público, cabendo à União estabelecer normas gerais (artigo 24 da CF) e aos Estados e ao Distrito Federal normas específicas. Também cabe à União, no âmbito de sua competência privativa (artigo 22, inciso XXVII da CF) normas gerais de licitação e contratos. Dessa forma, as normas federais sobre orçamento e finanças - Lei 4320/64 e sobre licitações e contratos - Lei n.º 8666/93, e o regulamento do Distrito Federal - Decreto n.º 32598/10, que revogou o Decreto n.º 16098/94, sobre orçamento, finanças e contabilidade.

8. Tais normativos, por versarem sobre procedimentos financeiros e orçamentários, são matérias privativas do Poder Executivo (artigo 61, §1º, II-"b", da CF), portanto, aplicáveis aos demais Poderes e ao TCDF.

9. As normas em foco não ferem a autonomia orçamentária, financeira ou administrativa da c. Corte, pois possuem caráter meramente procedimental, de uniformização, de forma a viabilizar a atuação dos diversos entes públicos, além de possibilitar a consolidação de dados e, por consequência, a contabilidade. De espécie diversa, a autonomia do TCDF diz respeito à capacidade de elaboração de sua proposta orçamentária, à gestão e aplicação de seus recursos. Portanto, ao ver do Parquet, como regulamento dos procedimentos da execução orçamentária e financeira, o Decreto n.º 32598/10 é aplicável ao TCDF."

13. De fato, como bem ressalta o douto Parquet, trata-se de norma procedimental que visa disciplinar a aplicação da legislação orçamentária e financeira no âmbito distrital.

14. O Decreto nº 32.598/10, que sucedeu ao Decreto nº 16.098/94, de forma semelhante ao Decreto federal nº 93.872/86², regulamenta a Lei nº 4.320/64 no âmbito

² Decreto nº 93.872/86:

"Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências."



local, tratando da elaboração dos planos de governo e da execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil do Distrito Federal.

15. Não nos parece que o normativo em exame atente contra a autonomia deste Tribunal de Contas, estabelecida a partir das competências previstas no art. 84 da LODF³. O inciso V do citado dispositivo prevê que compete exclusivamente ao TCDF a elaboração de sua proposta orçamentária, observados os princípios na LDO.

16. Nessa esteira, tendo por base a Lei nº 5.695/16, que estabelece as diretrizes orçamentárias para o exercício financeiro de 2017, observa-se que seu artigo 10 determina que os órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, incluindo este Tribunal, devem lançar suas propostas orçamentárias no Sistema Integrado de Gestão Governamental – SIGGO até 29 de julho, para fins de consolidação pelo órgão central de planejamento e orçamento do Poder Executivo, a quem cabe, nos termos do artigo 8º, encaminhar o Projeto de Lei Orçamentária Anual à CLDF até o dia 15 de setembro.

17. Constata-se assim que a operacionalização do orçamento e sua execução é processada pelo Poder Executivo distrital, por intermédio do SIGGO, do qual faz parte o TCDF, concretizando suas operações orçamentárias e financeiras, como unidade gestora, sem ferir sua autonomia.

18. Tanto é assim, que não há nos normativos deste TCDF resolução que trate especificamente da execução orçamentária e financeira deste Tribunal de Contas.

19. Ademais, quando decreto regulamenta matéria de aplicação específica ao Poder Executivo, o texto do normativo não faz referência ao 'Distrito Federal', mas expressamente prevê sua aplicação à 'Administração Direta e Indireta do Distrito Federal' ou 'Poder Executivo do Distrito Federal', a exemplo dos Decretos nºs 36.520/15, 36.575/15 e 36.843/15.

20. Assim, salvo melhor juízo, a conclusão é de que assiste razão ao douto Ministério Público de Contas no sentido de que, por se tratar de norma procedimental que visa disciplinar a aplicação da legislação orçamentária e financeira no âmbito distrital, o Decreto nº 32.598/10 aplica-se, no que couber, a este Tribunal de Contas.

b) Compatibilidade das exigências constantes no § 1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10 com os demais normativos de hierarquia superior

³ LODF:

“Art. 84. É da competência exclusiva do Tribunal de Contas do Distrito Federal:

I - elaborar, aprovar e alterar seu regimento interno;

II - organizar seus serviços auxiliares e prover os respectivos cargos, ocupados aqueles em comissão preferencialmente por servidores de carreira do próprio tribunal, nos casos e condições que deverão ser previstos em sua lei de organização;

III - conceder licença, férias e outros afastamentos a Conselheiros e Auditores;

IV - propor à Câmara Legislativa a criação, transformação e extinção de cargos e afixação dos respectivos vencimentos;

V - elaborar sua proposta orçamentária, observados os princípios estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.”



21. Como antes dito, o Decreto nº 32.598/10, que trata da elaboração dos planos de governo e da execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil do Distrito Federal, sucedeu ao Decreto nº 16.098/94.

22. Na norma anterior, a exigibilidade de comprovação de regularidade fiscal previamente ao pagamento de contratada constava do Capítulo IX – da Liquidação. O inciso VI do § único do art. 56⁴ vedava o pagamento somente a fornecedor devedor da Fazenda Pública do Distrito Federal, vejamos:

23. Por sua vez, no Decreto nº 32.598/10, a exigência está inserida no Capítulo X – do Pagamento. O novo dispositivo é mais amplo, uma vez que o §1º do art. 63 vincula o pagamento à comprovação de regularidade junto à Fazenda Pública local, ao INSS, ao FGTS e à Fazenda Pública Federal, o que revela a clara intenção do dispositivo de ampliar o alcance do normativo em comento, *in verbis*:

“Art. 63. O pagamento de despesa somente será efetivado após sua regular liquidação e emissão de Previsão de Pagamento – PP, observado o prazo de 3 (três) dias úteis antes da data do vencimento da obrigação, contado o dia da emissão, e será centralizado no órgão central de administração financeira para a Administração Direta.

§1º Fica vedada a emissão de Previsão de Pagamento – PP e de Ordem Bancária – OB, quando verificado que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra é devedor da Fazenda Pública do Distrito Federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e da Fazenda Pública Federal.” (grifo nosso)

24. No tocante às exigências constantes do citado dispositivo, importa observar que Inc. III do art. 29 da Lei nº 8.666/93⁵ determina, na fase de licitação, a comprovação de regularidade junto às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, ao INSS, ao FGTS e à Justiça do Trabalho.

25. Por sua vez, o inc. XIII do art. 55 da Lei nº 8.666/93⁶ estabelece que o contratado deve manter durante toda a execução contratual as condições de habilitação exigidas na licitação.

⁴ **Decreto nº 16.098/94:**

“Art. 56. (...)

Parágrafo único. Para a liquidação da despesa, é indispensável constar do processo:

(...)

VI - informação do órgão próprio de que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra não é devedor da Fazenda Pública do Distrito Federal!”

⁵ **Lei nº 8.666/93:**

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:(Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994);”

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)”

⁶ **Lei nº 8.666/93:**

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



26. O inc. XIII do art. 4º da Lei nº 10.520/02⁷ estabelece que a habilitação no pregão far-se-á com a verificação da regularidade perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social, o FGTS, e as Fazendas Estadual e Municipal, quando for o caso.

27. A comprovação de regularidade junto ao INSS está prevista na Constituição Federal que, nos termos do § 3º do art. 195⁸, expressamente, proíbe a contratação pelo Poder Público, assim como o pagamento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, de empresas em débito com a seguridade social. A mesma vedação é repetida na Lei da Seguridade Social, consoante alínea a do inc. I do art. 47⁹.

28. O Superior Tribunal de Justiça entende que a exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório encontra fundamento no referido art. 3º do art. 195 Constituição Federal¹⁰.

29. A previsão relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço encontra amparo na alínea 'a' do art. 27 da Lei nº 8.036/90¹¹, que determina a apresentação de Certificado de Regularidade com o FGTS como condição obrigatória de habilitação em licitação promovida pela Administração Pública em todas as instâncias.

(...)

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."

⁷ **Lei nº 10.520/02:**

"Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

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

⁸ **Constituição Federal:**

"Art. 195 (...)

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

⁹ **Lei nº 8.212/91:**

"Art. 47. É **exigida Certidão Negativa de Débito-CND**, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

I - da empresa:

a) **na contratação com o Poder Público** e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele;"

¹⁰ **STJ – Resp nº 633.432 – MG:**

"A exigência de **regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no 3º do art. 195** que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

¹¹ **Lei nº 8.036/90:**

"Art. 27. A apresentação do **Certificado de Regularidade do FGTS**, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações:

a) **habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município;**"



30. O art. 193 do Código Tributário Nacional¹² veda a realização de contratos e a aceitação de proposta pela administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios sem a comprovação de quitação dos tributos devidos à “Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre”.

31. O art. 42 da Lei nº 123/06¹³, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelece que a comprovação definitiva de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

32. Assim, em cotejo com os dispositivos legais acima mencionados constata-se que, em sua literalidade, no tocante à exigibilidade de comprovação de regularidade junto à Fazenda Pública do Distrito Federal, do INSS, do FGTS e da Fazenda Pública Federal, o §1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10, não revela, *prima facie*, incompatibilidade com os normativos de hierarquia superior.

c) Interpretação do inc. III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93 e a exigibilidade de regularidade fiscal federal previamente ao pagamento da contratada

33. Como bem ressaltou o ilustre Conselheiro Inácio Magalhães Filho, no voto condutor da Decisão nº 21/12, responder à questão central destes estudos, acerca da necessidade de comprovação de regularidade fiscal das contratadas locais perante a Fazenda Pública Federal, exige prévia análise do disposto no inc. III do art. 29 da Lei nº 8.666/93, que trata da documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, *in verbis*:

Lei nº 8.666/93:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

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;”

34. A doutrina pátria diverge acerca da melhor interpretação do disposto no inc. III do art. 29 da Lei nº 8.666/93. Sidney Bittencourt¹⁴ destaca três interpretações possíveis do dispositivo em questão, que exigiriam a demonstração da regularidade fiscal:

- a) em face do ente federativo promotor da licitação;

¹² **CTN:**

“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.”

¹³ **Lei Complementar nº 123/06:**

“Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.”

¹⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**, 7ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2014. p 331/332.



- b) de acordo com o objeto licitado; ou
- c) perante as três Fazendas (municipal, estadual e federal).

35. O referido autor, seguindo a primeira linha interpretativa, recomenda que a Administração exija, no máximo, a comprovação de regularidade quanto aos seus próprios tributos, ou seja, em face do ente federativo promotor da licitação, nos seguintes termos:

“A comprovação de regularidade com a Fazenda (federal, estadual ou municipal) é problemática, em face de texto legal que pouco informa. O dispositivo, em função da falta de objetividade redacional, admite diversas interpretações, causando, fatalmente, insegurança jurídica.

Uma das hipóteses defendidas circunscreve a demonstração da regularidade fiscal junto à Fazenda Pública interessada, ou seja, somente em face do ente federativo promotor da licitação. Neste caso, reputar-se-ia que uma dívida fiscal em qualquer local do País não seria suficiente para acarretar a inabilitação, mas tão somente a existente em face da entidade promotora do certame. Por outro lado, a adoção da primeira alternativa conduzirá à inviabilidade da licitação, porquanto seria praticamente impossível apurar se o licitante está em situação regular diante de todos os municípios.

Outra hipótese circunscreveria a verificação de comprovação de regularidade fiscal do interessado consoante ao ramo de atividade. Verificar-se-ia, a partir conhecimento da hipótese de incidência de determinado tributo, a qual Fazenda se solicitaria a demonstração da documentação. A hipótese funda-se na ideia de que não haveria sentido na exigência de comprovação regularidade em ramos desvinculados do objeto licitado.

A hipótese mais usual, que considera o texto legal na sua literalidade, propugna por uma interpretação mais extensiva, segunda a qual os interessados em contratar com a Administração Pública devem demonstrar a regularidade fiscal para com as três Fazendas (municipal, estadual e federal), reputando-se que a existência de dívida para com as Fazendas determinaria a inabilitação.

Na verdade, o texto legal é de tamanha infelicidade que é possível sustentar que todas as hipóteses são corretas, dependendo da ótica do analista.

Destarte, fazemos nossas as palavras de Ivan Barbosa Rigolin, que, ao apreciar a questão, infere que a norma remete a questão à discricionariedade do elaborador do instrumento convocatório:

‘O inc. III permite exigir prova de regularidade do licitante com as três fazendas, sem jamais exigir que o edital exija regularidade com qualquer delas, ou seja, o edital exige regularidade com a fazenda que quiser, se quiser. Pode inexistir até mesmo com relação à fazenda própria do ente que licita, pois que nem isso é obrigatório.’

Da mesma forma, orientamos como o jurista, que recomenda que a Administração seja a mais parcimoniosa possível a lidar com o assunto, exigindo, no máximo, regularidade quanto aos seus próprios tributos:

É frequentíssimo preferirem excelentes fornecedores que estão “com um probleminha” na Fazenda de outro nível de governo, e com isso desatendem o edital local para grande detrimento do ente licitador. Se quem licita é um



Município, ótimo que possa auxiliar os demais entes (federal e estadual), porém nos parece que até o ponto em que não se prejudica com isso, porque entendemos que o dinheiro, o trabalho e o tempo do ente local deve ser vertido antes para si mesmo, e se restar a possibilidade, se sobrar tempo, se não houve evidência de prejuízo à vista, então também aos demais mas não em outro caso.” (grifo nosso)

36. Na mesma esteira, entendem Jessé Torres Pereira Júnior¹⁵ e Hely Lopes Meirelles¹⁶. Seguindo ainda nessa corrente, Marçal Justen Filho¹⁷ sustenta que a comprovação perante a seguridade social deve ser exigida em qualquer órbita da Federação, uma vez que decorre de norma constitucional, sendo cabível exigir a comprovação de regularidade fiscal somente junto à fazenda do ente contratante e de acordo com o objeto da licitação, lecionando nos seguintes termos:

“4.1.3) Regularidade atinente ao exercício da atividade

*Mais precisamente, **a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado.** Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da “Fazenda” (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito das atividades a ser executada.*

Assim o é porque não cabe ao Estado recorrer a particular que não desempenhe regularmente a atividade ou profissão relacionada com o objeto do contrato.

(...)

4.2) Regularidade em face da União

Reputa-se que a comprovação da regularidade fiscal perante a seguridade social sempre deve ser exigida, mesmo que a licitação seja conduzida perante outra órbita federativa.

(...)

4.3) Regularidade fiscal na órbita em que se realiza a licitação

A regularidade perante a seguridade social deve ser exigida de todo e qualquer licitante. Ademais, somente é cabível exigir a comprovação da regularidade fiscal perante o ente federativo que promove a licitação.

(...)

4.3.2) A inviabilidade de exigência da comprovação da regularidade generalizada

(...)

¹⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*, 2ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 272.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2010. p. 189/192.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.563/565.



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

É claro que a adoção da primeira alternativa conduzirá à inviabilidade da licitação, pela complexidade da comprovação da regularidade fiscal em face dos Estados e, especialmente, dos Municípios. Como é óbvio, todos os argumentos aplicáveis aos Estados estender-se-iam aos Municípios. É praticamente impossível apurar se o licitante está em situação regular diante do Fisco de todos os Municípios.

(...)

4.3.3) O descabimento da invocação à redação literal do inc. III

*Não caberia, sequer, o último argumento de verdadeiro desespero, consistente em invocar o texto literal da Lei. Ou seja, diante da impossibilidade de defender interpretação fundada no espírito da regra e em critérios jurídicos mais profundos, recorrer-se-ia à sua letra. Dir-se-ia que a redação do inc. III induz a conclusão ora combatida. Para rebater o argumento, basta invocar a regra constitucional que restringe as exigências de habilitação ao mínimo. Poderia acrescentar-se a vedação ao desvio de poder e o repúdio a interpretações fundadas exclusivamente no aspecto literal, sem qualquer respaldo por outros métodos hermenêuticos e conducente a resultado despropositado. A redação do inc. III não é o critério fundamental para determinação de seu conteúdo jurídico. **Portanto, deverá reputar-se que a regularidade a ser evidenciada é aquela perante o ente que promove a licitação.**" (grifo nosso)*

37. Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr¹⁸ ensina que os licitantes devem apresentar certidões de regularidade junto às fazendas federais, estaduais e municipais, de acordo com o objeto da licitação e com a tributação a ele relacionada, tecendo a respeito as seguintes considerações:

"Para uma parte da doutrina, a prova de regularidade fiscal só deveria incidir em relação aos tributos pertinentes ao objeto da licitação. Nesse sentido, se a Administração está contratando a prestação de serviço, o instrumento convocatório deveria exigir o cadastro, a certidão de regularidade municipal e as certidões federais, não a estadual, já que os impostos estaduais não incidem diretamente sobre serviço. Seguindo o mesmo raciocínio, se a Administração está adquirindo algo, o instrumento convocatório deveria exigir o cadastro, a certidão a regularidade estadual e as certidões federais, não a municipal, dado que os impostos municipais não incidem diretamente sobre operações de compra e venda.

Aliás, o STJ já tratou do assunto, tendo decidido o seguinte:

[...] a cláusula do Edital que, "in casu", se afirma descumprida (5.5.1.), entremeada da expressão "se for o caso", só pode ser interpretada no sentido de que, a prova de inscrição cadastral (perante as fazendas estadual e municipal) somente se faz necessária se o proponente for destas

¹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.378/379.



(Fazendas) contribuintes, porquanto a lei somente admite previsão de exigência se ela for qualificável, em juízo lógico, como indispensável à consecução do fim. (MS nº 5.655/DF, 1ª Seção. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Sessão de 27.05.1998)

Noutra, oportunidade o mesmo STJ seguiu interpretação distinta. Confira-se:

A Lei nº 8.666/93 exige prova de regularidade fiscal perante todas as fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independente da atividade do licitante. (REsp. nº 138.745/RS, 2ª Turma. Rel. Min. Franciulli Netto. julg. 05.04/2001)

A rigor, o inciso II do art. 29 da Lei nº 8.666/93 exige a prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal. Destaca-se que o legislador utilizou a conjunção alternativo "ou". Portanto, a inscrição não deve ser exigida em ambos, por efeito do que se deve exigir na "Fazenda" responsável pela arrecadação do tributo concernente à atividade que diz respeito ao objeto da licitação.

Sem embargo, o inciso III do mesmo artigo requer a prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal. Desta feita, o legislador utilizou a conjunção aditiva "e". Logo, em interpretação estritamente literal, a conclusão é que o licitante deve apresentar certidões de regularidade expedida pelos três entes federativos.

No entanto, deve prevalecer a interpretação sistemática e teleológica sobre a estritamente literal. Ocorre que a exigência de cadastro está intimamente ligada à regularidade. Com efeito, se o licitante não é cadastrado em dado ente federativo é porque ele não é contribuinte dele. Se ele não é contribuinte, não se deve exigir dele a respectiva certidão de regularidade fiscal.

Soma-se a isso que o art. 193 do Código Tributário Nacional estatui o seguinte:

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.

Note-se que a parte final do supracitado artigo prescreve que a prova de quitação dos tributos é relativa à atividade em cujo exercício o contribuinte contrata ou concorre. Desse modo, as certidões de regularidade, também com supedâneo no Código Tributário Nacional, devem ser pertinentes aos objetos da licitação.

Assim sendo, em exercício de interpretação sistemática, os licitantes devem comprovar regularidade apenas em relação às "fazendas" que arrecadam os tributos pertinentes às atividades correspondentes ao objeto da licitação. Por via de consequência, os licitantes devem apresentar a inscrição e as certidões municipais e estaduais de acordo com o objeto da licitação e a tributação que ele atrai. (grifo nosso)



38. Diferente, José Cretella Júnior¹⁹ defende que os licitantes devem comprovar a regularidade fiscal perante os três entes federativos:

“A documentação comprovadora da regularidade fiscal, por parte da licitante interessada, é a derradeira exigência da lei para a habilitação em licitação. **O interessado deverá fazer prova de que nada deve ao Fisco, à Fazenda Pública, aos cofres públicos, da União, dos Estados, dos Municípios, ou do Distrito Federal. Estar quite com o Fisco, em suma. Se a licitação é aberta em uma das esferas, a estadual, por exemplo, os interessados deverão apresentar certidão negativa de regularidade fiscal, não só nessa esfera como nas demais.** Qualquer débito numa das esferas desqualificará o licitante, impedindo-o de concorrer nessa, ou em qualquer das outras três. A prova de regularidade fiscal pode ser produzida não só pelo modo tradicional, fornecido pelo órgão fiscal competente, em cada esfera, como também por qualquer outro equivalente, na forma da lei.” (grifo nosso)

39. Quanto à jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça dá ao inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93 a interpretação literal, mais extensiva, qual seja, que a regularidade fiscal, independente do objeto licitado, deve ser comprovada em relação às três Fazendas (municipal, estadual e federal).

40. A matéria foi enfrentada no RESP 138.745/RS (DJ de 25/06/2001), tendo o Relator, Ministro Franciulli Netto, consignado o seguinte posicionamento:

“No que tange à ausência de prova da regularidade fiscal de duas integrantes do consórcio, entre elas a impetrante, é de ver que a Lei de Licitações - transcrita no edital -, define duas situações distintas: exige para a comprovação da regularidade fiscal “prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual” (artigo 29, inciso II) e **“prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”** (artigo 29, inciso III).

O ramo de atividade do concorrente somente influi no que diz respeito à prova de inscrição no cadastro de contribuintes. A Lei 8.666/93 exige prova de regularidade fiscal perante todas as fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante. (...)” (grifo nosso)

41. O citado entendimento restou reafirmado em outras deliberações, a exemplo das ementas a seguir transcritas em parte:

RMS 32427/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 19/11/10

“1. (...) **A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei, bem como em 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 (art. 29, III e IV, da Lei 8.666/93(...).**” (grifo nosso)

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Licitações Públicas*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 254.



AgRq no AREsp 2930/PA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 21/10/11

“2. Além disso, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei, bem como em 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 (art. 29, III e IV, da Lei 8.666/93). As disposições da Lei n. 8.666/93 aplicam-se, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.” (grifo nosso)

42. Em que pese não haver jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal de Contas da União, verifica-se a existência de julgados seguindo a linha do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a regularidade fiscal, exigida no inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, deve ser comprovada em relação às três Fazendas (municipal, estadual e federal)²⁰.

43. A matéria restou discutida no voto condutor do Acórdão nº 4.538/10-1ª Câmara, no qual o Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, sustentou referido entendimento:

“A representante se insurge contra a necessidade de se comprovar a regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária. Para tanto, lançou mão da seguinte doutrina de Marçal Justen Filho:

“(…)

Conjugando a Lei 8.666/1993 com a Constituição Federal e os princípios atinentes à atividade administrativa do Estado, deve concluir-se que o sentido de “regularidade fiscal” é diverso daquele que vem sendo praticado. Pode (deve) exigir-se da licitante comprovação de regularidade fiscal atinente ao exercício da atividade relacionada com o objeto do contrato que se pretende firmar. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da “Fazenda” (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada.

Assim o é porque não cabe ao Estado recorrer a particular que não desempenhe regularmente a atividade ou profissão relacionada com o objeto do contrato.

Justamente por isso, o próprio inc. II do mesmo art. 29 exige que o sujeito comprove sua inscrição no cadastro municipal ou estadual pertinente ao ramo da atividade e compatível com o objeto licitado. Ou seja, não teria sentido dispor nesses termos no inc. II e exigir, no inc. III, que o sujeito comprovasse regularidade fiscal em outros ramos, desvinculados do objeto licitado. Se o sujeito não necessita comprovar inscrição cadastral fiscal em todos os ramos possíveis de sua atividade, não há sentido em submetê-lo a demonstrar regularidade fiscal inclusive quanto a esses outros ramos. A

²⁰ **TCU:**

Acórdãos nºs 964/12, 121/11, 119/11, 1.281/10, 1.299/06, 1.299/08, 1.335/09, 984/04, 93/01, 208/00 - Plenário



interpretação adotada usualmente para o inc. III infringe o espírito do art. 29, claramente evidenciado na regra inquestionável do inc. II.

Portanto, não há cabimento em exigir que o sujeito - em licitação de obras, serviços ou compras - comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para investigar se o sujeito pagou a taxa de polícia para a CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado." (grifos acrescidos) (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 8. Ed., 2001, p. 323)

Com a devida vênia, o entendimento supracitado não merece ser acatado, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça se manifestado em sentido diametralmente oposto, conforme se depreende da seguinte ementa de acórdão:

"RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE CONSULTORIA. ARTIGOS 29 E 30 DA LEI 8.666/1993. CERTIFICAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE REGULARIDADE FISCAL JUNTO À FAZENDA ESTADUAL.

A Lei de Licitações determina que deverá ser comprovada a aptidão para o desempenho das atividades objeto da licitação (artigo 30, inciso II), por meio de "atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pelas entidades profissionais competentes (...)" (artigo 30, § 1º).

"Dispositivos do ordenamento jurídico, ainda que não previstos no edital - o edital não tem como reproduzir todas as normas positivas vigentes - devem ser observados pela Administração e pelo particular, os quais se aplicam à licitação indubitavelmente" (Luís Carlos Alcoforado, "Licitação e Contrato Administrativo", 2ª edição, Brasília Jurídica, p. 45).

A Lei 8.666/1993 exige prova de regularidade fiscal perante todas as fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante. Recurso especial provido.

Decisão por unanimidade." (grifos acrescidos) (REsp 138745/RS, Relator: Ministro Franciulli Netto, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento 5.4.2001, Data da Publicação/Fonte: DJ 25.6.2001)

A teleologia do inciso III do art. 29 da Lei de Licitações é evitar que os sonegadores de imposto - todo tipo de imposto, seja ele federal, estadual ou municipal - possam praticar preços mais vantajosos do que aqueles que contribuem, regularmente, para a formação da receita pública. O entendimento apresentado por Marçal Justen Filho vai de encontro ao princípio da isonomia, ao permitir que sonegadores tenham sucesso nos procedimentos licitatórios, em detrimento dos cumpridores de suas regulares obrigações tributárias.

O precedente jurisprudencial do STJ encontra ressonância neste Tribunal, conforme se depreende do excerto do voto condutor do Acórdão 1.788/2003-Plenário, elaborado pelo Ministro Augusto Sherman Cavalcanti (TC 006.081/2001-4):

"61. A Lei de Licitações exige a comprovação de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, sem especificar quaisquer



espécies de créditos, de onde concluo que se deve exigir a apresentação de certidões que comprovem a regularidade atinente a todos os créditos das mencionadas Fazendas.

62. Portanto, os licitantes devem buscar certidões, emitidas pelos órgãos federais, estaduais e municipais competentes, que atestem a plena regularidade fiscal." (grifo nosso)

44. O entendimento restou consignado ainda no Acórdão nº 1.281/2010-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, no qual aquela Corte de Contas determinou a exigência de apresentação pelos licitantes de "(...) *prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, nos termos do art. 29, inciso III, da Lei 8.666/1993 (...)*".

45. Na mesma esteira, na obra "Licitações & Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU"²¹, que contempla orientações sobre licitações e contratos administrativos, consta o seguinte:

"Regularidade fiscal

Na análise da documentação relativa à habilitação fiscal deve ser observada a regularidade do licitante perante o fisco. A documentação exigida, conforme o caso, será:

(...)

- prova de regularidade com relação à **Fazenda Federal, Estadual e Municipal** do domicílio ou sede do licitante, ou outra aceita na forma da lei;"* (grifo nosso)

46. Por último, na Portaria-TCU nº 297/2012, que dispõe sobre a fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados de natureza continuada no âmbito da Secretaria do Tribunal de Contas da União, a orientação a respeito dos documentos a serem exigidos da contratada faz expressa referência à certidão negativa de débitos relativos não só aos tributos federais, mas também aos tributos estaduais e municipais do domicílio sede da contratada:

"Art. 7º Os documentos a serem exigidos da contratada, durante a vigência do contrato, são os seguintes:

*I – certidão conjunta negativa de **débitos relativos a tributos federais e à Dívida Ativa da União;***

*II – certidão negativa de **débitos junto às fazendas estadual ou distrital e municipal do domicílio sede da contratada;***

III – certidão negativa de débitos relativos às contribuições previdenciárias e as de terceiros (CND);

IV – certidão de regularidade junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS/CRF);

V – certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT);

²¹ http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos



VI – aqueles de comprovação de pagamento de salários, inclusive férias e 13º salário, quando cabível, de vale-transporte e de vale-alimentação na forma do artigo 13 desta Portaria; e

VII – extratos comprobatórios do recolhimento do FGTS e da contribuição social previdenciária (INSS) na forma dos artigos 10 e 11 desta Portaria.

VIII - Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência social com comprovante de entrega. (AC) (Portaria – TCU nº 120, de 14/05/2014, BTCU nº 15/2014)” (grifo nosso)

47. Prevalece ainda no Tribunal de Contas da União entendimento no sentido de que deve ser exigida, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, a comprovação da regularidade fiscal com o INSS, com o FGTS e com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal²².

48. Em vista da clareza acerca do tema em estudo, importa transcrever as seguintes deliberações daquela Corte de Contas:

Acórdão nº 5.106/09-2ª Câmara:

“9.6 determinar à Fundação Nacional do Índio - Funai que:

9.6.1. orientar suas unidades regionais quanto à necessidade da exigência, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, da comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, para com o FGTS e para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal e aos arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993;”

Acórdão nº 119/11-Plenário:

“9.1. alertar à Secretaria Municipal de Saúde que:

9.1.1. a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, exija do contratado a comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, o FGTS, as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal e aos arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993;”

Acórdão nº 879/11-Plenário:

“9.2. alertar à Secretaria Municipal de Saúde de Caxias do Sul/RS que:

(...)

9.2.2. a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, deve ser exigida do contratado a comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, o FGTS, as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal e aos arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993;(…)”

(grifo nosso)

49. Esclarecedora é a manifestação do ilustre Ministro João Augusto Nardes acerca do tema, constante do voto condutor do Acórdão nº 6.055/10–1ª Câmara:

“Debruçando-me sobre a matéria, observo que, de fato, entre os princípios sobre os quais se ergue o Estatuto das Licitações e Contratos está a

²² **TCU:** Acórdãos nºs 1.299/2006 - Plenário, 1.299/2008 - Plenário, 1.335/2009 - Plenário, 5.106/2009 - 2ª Câmara, 984/2004 - Plenário, 93/2001 - Plenário, 208/2000 - Plenário, e Decisões 407/2002 - 2ª Câmara, 559/2001 - Plenário, 386/2001 - Plenário, 182/1999 - 1ª Câmara e 377/1997 - Plenário).



*firme ojeriza a empresas sonegadoras de tributos arrecadados pelas diversas esferas de governo. E trata-se de ojeriza ativa e permanente, perpassando todo o processo licitatório e continuando pelo contrato até o último pagamento. Não é por outro motivo que **uma das condições mínimas de habilitação em licitações públicas é a regularidade fiscal com os fiscos federal, estadual e municipal (art. 29, inciso III, da Lei 8.666/1993). De notar também que, em seu art. 55, § 3º, a Lei 8.666/1993 obriga a que “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”.***

De modo que se pode dizer que o administrador público deve agir de maneira mais do que meramente cooperativa no que se refere às obrigações tributárias das empresas contratadas pela administração. Lembro que há, ainda, o art. 71, § 2º, da Lei 8.666/1993, que fixa a responsabilidade solidária do órgão ou entidade pública contratante por débitos de natureza previdenciária oriundos da execução do contrato. Tendo em mente esse papel ativo reservado ao gestor público, entendo que a presente representação merece ser conhecida.” (grifo nosso)

50. O Tribunal de Contas do DF enfrentou o tema no Processo nº 2.479/97, que tratou da possível divergência entre o inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93 e o art. 193 do Código Tributário Nacional.

51. Naqueles autos, consoante Decisão nº 8.596/97, seguindo a linha de Joel de Menezes Niebuhr, o Plenário expediu orientação a todos os jurisdicionados no sentido de que a prova da regularidade fiscal nos procedimentos licitatórios restrinja-se aos tributos relativos à atividade objeto da licitação, *in verbis*:

Decisão nº 8.597/97:

*“(...) decidiu determinar a expedição de ofício-circular às unidades jurisdicionadas, orientando-as no sentido de que, ao discriminar a documentação comprobatória da regularidade fiscal nos procedimentos licitatórios, atente para a necessidade de coordenar o estatuto das licitações com as normas de direito tributário, em especial o disposto no art. 193 do Código Tributário Nacional, que determina que **a prova de quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública seja relativa à atividade em cujo exercício o proponente contrata ou concorre.**”*

52. Por sua vez, no item IV da Decisão nº 103/99²³, Processo nº 909/97, referindo-se à Decisão nº 8.596/97, o Tribunal manteve o entendimento de que a prova de quitação de tributos deve referir-se aos tributos relacionados ao objeto da licitação, inovando, todavia, ao dispor que a referida prova deveria restringir-se aos tributos de competência do Distrito Federal.

53. Neste ponto, cumpre ressaltar que o questionamento feito pela Divisão de Licitação, Material e Patrimônio – DLMP, que deu origem aos presentes estudos

²³ **Decisão nº 103/99:** “(...) IV - reiterar a todos os Jurisdicionados que, a propósito da Decisão nº 8.597/97, a exigência de comprovação de regularidade fiscal, prevista no inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, deve restringir-se aos **tributos de competência do Distrito Federal e relacionados ao objeto da licitação;** (...)”.



especiais, tem por fundamento as determinações constantes do item IV da Decisão nº 103/99 e item I-a da Decisão nº 4.032/99 (corrigido pela DCI para Decisão nº 9.266/00)²⁴.

54. Todavia, ainda no Processo nº 909/97, em sede de recurso, conforme Decisão nº 5.150/00²⁵, o TCDF tornou sem efeito o item IV da Decisão nº 103/99, restabelecendo, por consequência, em seus termos, a Decisão nº 8.596/97.

55. Importa observar que a deliberação restabelecida orienta os jurisdicionados no sentido de ser exigida nos procedimentos licitatórios a prova de quitação dos tributos devidos à Fazenda Pública relativos à atividade licitada, o que incluiria, conforme o caso, a comprovação de regularidade fiscal federal, conforme restou consignado no voto condutor da citada Decisão nº 5.150/00, da lavra do nobre Conselheiro José Roberto de Paiva Martins:

“A questão discutida nos autos é definir se a prova de regularidade para com a Fazenda Pública, prevista no inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666/93, refere-se somente ao ente que realiza a licitação ou a todo o conjunto da Administração Pública.

(...)

Pessoalmente, estaria inclinado a manter o ponto-de-vista esposado anteriormente (Decisão nº 103/99), porque entendo que a expressão "Fazenda Pública interessada", constante do art. 193 do CTN refere-se, evidentemente, à do ente que licita ou contrata, ao passo que o art. 29, III, da Lei nº 8666/93 indubitavelmente se refere à "prova de regularidade ... do domicílio ou sede do licitante". Pelo princípio da consunção: "major absorbet minorem", deveria prevalecer a dicção do CTN.

No entanto, como é perfeitamente legal e possível que empresas com "domicílio ou sede" em outro Município (o Estado é uma ficção jurídico-legal, a realidade fática, material, geográfica é o Município ... que se encontra no território de um Estado) participem de procedimentos licitatórios no Distrito Federal, a prova de regularidade fiscal há que ser exigida, simplesmente na forma do art. 29, inciso III da Lei nº 8666/93 (com a redação que lhe deu a Lei nº 8883/94), ou seja, "prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante ...", sem nenhuma quebra de isonomia em relação às empresas locais cuja regularidade fiscal há de ser com o Distrito Federal (posto que aqui mantém seu domicílio ou sede).

(...)

²⁴ **Decisão nº 4.032/99:** "(...) II - alertar a Administração Regional de Planaltina - RA VI sobre a necessidade de: a) observar na elaboração dos editais de licitação o disposto: (...); a.2) no art. 29, inciso III, da Lei no 8.666/93, exigindo das pessoas jurídicas prova de regularidade para com a **Fazenda Federal, Estadual e Municipal e não prova de quitação;**"

Decisão nº 9.266/00: "(...) I. determinar à Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento do DF que, nas próximas licitações: a) restrinja a comprovação da regularidade fiscal, prevista no inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, aos **tributos de competência do Distrito Federal e relacionados ao objeto da licitação**, conforme determinado na Decisão nº 103/99, item IV;"

²⁵ **Decisão nº 5.150/00:** "(...)a) tomar conhecimento do recurso impetrado pela NOVACAP, relevando sua intempestividade; b) dar provimento ao Pedido de Reexame, **tornando sem efeito o item IV da Decisão nº 103, de 02.02.99;**"



Penso que o Sr. Inspetor da 3ª ICE, Dr. PAULO ROBERTO DA SILVA, feriu com muita sensibilidade o âmago da questão ao encampar a tese da instrução de que, simplesmente, se **torne "sem efeito o item IV da Decisão nº 103, de 02.02.99"**, ao obtemperar que:

"... a manutenção do teor do item IV da Decisão nº 103/99 poderá criar para fornecedores com sede em outros Estados e inadimplentes para com as Fazendas Públicas interessadas (da sede ou domicílio da empresa) uma condição extremamente favorável.

A comprovação de regularidade fiscal de tais fornecedores para com a Fazenda Pública de seu domicílio ou sede seria dispensada, bastando a apresentação de certidões de débito fornecidas pelo GDF, que certamente seriam negativas, mesmo porque o licitante em questão não se enquadraria como contribuinte local.

Desta forma, inadimplentes com as obrigações fiscais de outros estados seriam atraídos a participar de licitações em condições mais vantajosas que os aqui sediados, haja vista que para estes exigir-se-ia a regularidade fiscal junto ao Governo do Distrito Federal, sob pena de serem impedidos de contratar com a Administração local.

Tal situação poderia ainda, levar empresas locais a transferirem seus domicílios para cidades vizinhas, em busca de igualdade de condições com os licitantes de outras praças, bem como serviria de desestímulo àquelas interessadas em aqui se estabelecerem".

(...)

No caso do presente recurso penso que a r. Decisão nº 103/99 foi de todo infeliz ao inserir o inciso IV, ora questionado, em seu bojo. Como Relator do processo que lhe deu surgimento, não tenho nenhum constrangimento em propor sua revisão, conforme pede a recorrente (NOVACAP) e sugere a instrução. Apesar do brilho de seu pronunciamento (fls. 223/233) data venia do douto Ministério Público penso que a alteração de redação proposta, ...

"especificando no ato convocatório da licitação, mediante certidão negativa, que tributos precisam estar quitados".

Além de não encontrar suporte legal, pode trazer mais dificuldades do que facilidades para a elaboração dos futuros editais de licitação. **A meu sentir a melhor alternativa é restabelecer, in totum, a r. Decisão nº 8597/97** cujo Relator foi o nobre Conselheiro JOSÉ MILTON FERREIRA, a quem rendo minhas homenagens pelo rigor jurídico que busca emprestar a todos os seus trabalhos. Em recentes relatos de sua lavra (Processos nº 454/00 e 470/00) cuidando de editais de concorrência da CENTRAL DE COMPRAS/SF vê-se que aquela unidade central continua seguindo a orientação da Decisão nº 8597/97 ... no que obra muito bem." (grifo nosso)

56. A matéria foi ainda objeto de estudos especiais realizados no Processo nº 1.188/01, resultando na Decisão Normativa nº 01/02, que reafirmou o teor da Decisão nº 8.567/97, no sentido de que a **"...a documentação comprobatória da regularidade fiscal deve consistir na prova de quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública, relativamente à atividade em que o proponente contrata ou concorre"**.



57. Com isso, não se confirmou a suposta existência de decisões conflitantes desta Corte de Contas, que ensejou a realização destes estudos especiais, uma vez que a Decisão nº 5.150/00 tornou sem efeito o item IV da Decisão nº 103/99.

58. De fato, o TCDF tem se posicionado pela legalidade da exigência de comprovação da regularidade fiscal relativa à atividade objeto da licitação, cabendo, assim, conforme o caso, a exigência no tocante aos tributos devidos à também perante a Fazenda Pública Federal. Citam-se as seguintes deliberações que endossam a exigência da prova de regularidade fiscal federal:

Decisão nº 4.032/99:

*“(...) II - alertar a Administração Regional de Planaltina - RA VI sobre a necessidade de: a) observar na elaboração dos editais de licitação o disposto: (...) a.2) no art. 29, inciso III, da Lei no 8.666/93, **exigindo das pessoas jurídicas prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal** e não prova de quitação(...)”*

Decisão nº 8.528/01:

*“(...)II. determinar à Fundação Hemocentro e à Secretaria de Estado de Saúde que, nas futuras licitações oriundas de recursos referentes ao Projeto REFORSUS: a) explicita nos editais de licitação que **a prova de regularidade com a Fazenda Federal, constante do inciso III do art. 29 da Lei 8.666/93, será feita mediante a apresentação da Certidão de Tributos e Contribuições Federais, emitida pela Secretaria da Receita Federal, e da Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria da Fazenda Nacional:(...)”***

Decisão nº 247/06:

*“(...)II) determinar à jurisdicionada que, no prazo de cinco (5) dias: b) esclareça no edital que a prova de regularidade com a Fazenda Federal, constante do inciso III do art. 29 da Lei 8.666/93, será feita mediante a **apresentação da Certidão de Tributos e Contribuições Federais, emitida pela Secretaria da Receita Federal, e da Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria da Fazenda Nacional:(...)”***

Decisão nº 1.565/07:

*“(...) III) determinar à Central de Compras da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão que: (...) 2) adote as devidas providências para retificar as falhas formais a seguir elencadas, constantes do edital: (...) b) item 7.2.2, inciso VI: a **prova de regularidade fiscal perante à Fazenda Nacional deverá ser efetuada mediante certidão conjunta expedida pela Secretaria da Receita Federal e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, referente aos tributos federais e à Dívida Ativa da União, por elas administrados**, conforme preconizado no artigo 1º do Decreto Nº 5.586, de 19/11/2005;(...)”*

Decisão nº 4.503/09:



“O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: (...)II – **determinar ao SLU que apresente as contrarrazões que entender pertinentes em relação aos seguintes pontos: (...) b) exigência para que as empresas com sede ou domicílio fora do Distrito Federal comprovem a regularidade perante a Fazenda Distrital (...)**”

Decisão nº 4.312/11:

“(…) II. determinar à Secretaria de Publicidade Institucional do Distrito Federal - SEPI/DF, (...)a alteração do edital e/ou apresentação de circunstanciadas justificativas, devidamente acompanhadas de documentação comprobatória, em relação à ocorrência das seguintes falhas: (...) m) **ausência de previsão legal para a exigência constante do item 16.2.4.I do edital, em relação à apresentação de Certidão Negativa de Débitos emitida pela Secretaria de Fazenda do DF para empresas com sede ou domicílio fora do DF, para comprovação de regularidade fiscal, inobservando os ditames do art. 29 da Lei nº 8.666/93; (...)**”

(grifo nosso)

59. O mesmo entendimento prevaleceu nas decisões adotadas no tocante à exigibilidade de regularidade fiscal distrital e federal previamente ao pagamento da contratada, a exemplo das seguintes decisões:

Decisão nº 8.528/01:

“(…)II. determinar à Fundação Hemocentro e à Secretaria de Estado de Saúde que, nas futuras licitações oriundas de recursos referentes ao Projeto REFORSUS: a) **explicitar nos editais de licitação que a prova de regularidade com a Fazenda Federal, constante do inciso III do art. 29 da Lei 8.666/93, será feita mediante a apresentação da Certidão de Tributos e Contribuições Federais, emitida pela Secretaria da Receita Federal, e da Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria da Fazenda Nacional;** (...) c) esclareça a todos os interessados que **nenhum pagamento poderá ser feito sem a comprovação da regularidade com a Seguridade Social, mesmo no caso de "shopping", sendo indispensáveis a apresentação das Certidões Negativas de Débito junto ao INSS e ao FGTS, de Tributos e Contribuições Federais, e de Quitação com a Dívida Ativa da União;**(...)”

Decisão nº 2.377/13:

“(…)II – determinar à Secretaria de Estado de Saúde do DF que: a) adote providências para evitar a ocorrência de irregularidades de mesma natureza das apontadas nas Notas Técnicas DC 002/2003 e DC EQT 1/2-027/2004, no sentido de: (...) 3) **condicionar o pagamento de despesas à comprovação, por parte da contratada, do adimplemento das obrigações contratuais e da manutenção de todas as condições de habilitação, incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei nº 9.012/1995 (art. 2º) e da Lei nº 8.666/1993 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII); (...)**”



Decisão nº 3.013/12:

“(…) II. alertar a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP para que, doravante: a) estabeleça rigoroso controle: 1) **na verificação da regularidade junto à Fazenda Federal das empresas contratadas, como estabelecido no art. 291 e art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, além do art. 63 do Decreto nº 32.598/2010;**(…)”

Decisão nº 2.377/13:

“(…)”

II – determinar à Secretaria de Estado de Saúde do DF que: a) adote providências para evitar a ocorrência de irregularidades de mesma natureza das apontadas nas Notas Técnicas DC 002/2003 e DC EQT 1/2-027/2004, no sentido de: (...) 3) **condicionar o pagamento de despesas à comprovação, por parte da contratada, do adimplemento das obrigações contratuais e da manutenção de todas as condições de habilitação, incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei nº 9.012/1995 (art. 2º) e da Lei nº 8.666/1993 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII);** (...)”

(grifo nosso)

60. Importa observar que esse entendimento não afasta a necessidade de comprovação de regularidade fiscal das contratadas locais perante a Fazenda Pública Federal, desde que exigidos em relação a tributos relacionados ao objeto da licitação.

61. Todavia, entendemos que a linha de interpretação adotada pelo TCDF merece ser modificada de forma a refletir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a quem, em última análise, cabe a palavra final sobre a interpretação da legislação federal, do Tribunal de Contas da União, assim como de parte da doutrina pátria, que sustentam que a **regularidade fiscal deve ser comprovada em relação às três Fazendas (municipal, estadual e federal), independentemente do ramo de atividade do licitante.**

d) Impossibilidade de retenção do pagamento em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal

62. Vencida a questão acerca da interpretação do inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, passa-se ao exame da vedação de pagamento a fornecedor ou contratante em situação de irregularidade fiscal, prevista no §1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10.

63. A Lei nº 8.666/93 exige a comprovação de regularidade fiscal pelo licitante para fins de habilitação, condição que deve permanecer durante toda a execução do contrato, nos termos dos arts. 29 e 55, inc. XIII²⁶. No caso de inexecução do ajuste, a Administração pode aplicar as sanções de advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade, ou rescindir o ajuste, consoante arts. 78, inc. I, e 87, bem assim reter créditos até o valor do prejuízo causado pela contratante,

²⁶ Citado.



conforme art. 80, inc. IV²⁷. Todavia, a Lei de Licitações e Contratos não prevê a retenção do pagamento por serviços prestados em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal, na forma determinada no §1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10.

64. Nesse sentido, predomina no Superior Tribunal de Justiça entendimento de que não é possível a retenção de pagamento de serviços efetivamente prestados em razão do não cumprimento da regularidade fiscal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, ante a ausência de previsão na Lei nº 8.666/9328. No RMS 24.953/CE, restaram assentados os fundamentos que sustentam que é legítima a exigência de apresentação de certidões que comprovem a regularidade fiscal da contratante, bem assim a possibilidade de a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor, mas vedada a retenção do pagamento devido, por falta de amparo legal:

RMS 24.953/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 17/03/2008:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.

1. *É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei n. 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.*

2. *A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº. 8.666/93, que dispõe ser ‘obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação’.*

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

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

5. ***Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado***

²⁷ **Lei nº 8.666/93:**

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:(..)

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração. (...)

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.”

²⁸ **STJ:** AgRg no AREsp 67265/DF, DJe 31/08/2015; AgRg no AREsp 275744/BA, DJe 17/06/2014; AgRg no AREsp 277.049/DF, DJe 19/03/2013; AgRg no REsp 1.313.659/RR, DJe 06/11/2012; RMS 24953/CE, DJe 17/03/2008; REsp 633.432/MG, DJ 20/06/2005.



descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei n. 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.” (grifo nosso)

65. A jurisprudência do TJDFT também caminha na direção de que a ausência de certidão negativa não inviabiliza o pagamento devido pelo Distrito Federal, sob pena de violação ao princípio da legalidade e de enriquecimento sem causa da Administração Pública²⁹. No Processo nº 2013002012842-4, o DFTRANS manejou agravo de instrumento contra decisão de primeira instância que determinou que a entidade deixasse de condicionar o pagamento da fatura dos serviços prestados à apresentação de certidão negativa de débitos previdenciários. O DFTRANS, entre outros fundamentos, requereu a extinção do feito sob a alegação de que o art. 63, § 1º, do Decreto 32.598/10 proíbe o pagamento a fornecedor em débito. O recurso não foi provido, conforme registra a ementa:

Processo nº2013002012842-4, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Rocha, DJe de 02/08/2013:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE PÚBLICO DE ESTUDANTES E PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS - PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO - RETENÇÃO DE VALORES - IMPOSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL - LEGITIMIDADE PASSIVA DO DFTRANS.

1. É DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO DIRETOR DFTRANS, ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO DISTRITO FEDERAL.

2. O INSS NÃO POSSUI INTERESSE EM DEMANDA RELATIVA A RETENÇÃO DE VALORES DEVIDOS AO AGRAVADO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO.

3. O DIRETOR DO DFTRANS POSSUI LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURA EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DE SUA COMPETÊNCIA.

4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO PODE RETER VALORES DEVIDOS EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA ESTUDANTES E PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS.

5. REJEITADAS AS PRELIMINARES. NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.” (grifo nosso)

66. O Tribunal de Contas da União, até 2012, vinha adotando decisões no sentido de subordinar o pagamento à comprovação de manutenção da regularidade fiscal³⁰. Todavia, a partir do Acórdão nº 964/12-Plenário, em resposta à consulta acerca da matéria, aquela Corte de Contas, tendo em conta a jurisprudência do STJ, passou a se posicionar contra à retenção do pagamento por serviços executados ou

²⁹ **TJDFT**: Processos nºs 2008002012497-3, 2011002024211-5, 2012011196436-8, 2012011163350-9, 2013011031677-7, 2013011156057-6, 2013002012842-4, 2013011086580-5 e 2015002001653-6.

³⁰ **TCU**: Acórdãos nºs 705/94, 740/94, 597/03, 355/06, 837/08, 3.856/09 e 119/11-Plenário.



fornecimento entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. Entendimento que prevalece desde então³¹. O Acórdão nº 964/12-Plenário restou assim ementado:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92; 1º, inciso XXV, 264 e 265, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. conhecer da consulta;

9.2. no mérito, responder à consulente que:

9.2.1. os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal;

9.2.2. os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93);

9.2.3. Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração;

9.3. dar ciência desta deliberação à consulente e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

9.4. arquivar o processo.” (grifo nosso)

67. Na mesma esteira, a Procuradoria-Geral do DF tem orientado os órgãos e entidades distritais também no sentido de que é ilegal a retenção e, portanto, possível o pagamento a empresa em situação fiscal irregular³². O recente Parecer nº 34/2015-PROCAD/PGDF, restou assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL. PAGAMENTO A SERVIDORES POR SERVIÇOS PRESTADOS NO HOSPITAL REGIONAL DE CEILÂNDIA. RETENÇÃO DE PAGAMENTOS AOS SERVIDORES QUE NÃO APRESENTAREM CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS (ART. 63, §1º, DO DECRETO DISTRIAL Nº 32.598/2010). ILEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICAS DOS TRIBUNAIS, JÁ REFLETIDA NOS PARECERES DA CASA.

I - Não há previsão legal para a retenção de pagamentos por serviços já efetivamente prestados à Administração sob fundamento na ausência de apresentação de certidões de regularidade fiscal. Sanção não prevista no art. 87 da Lei nº 8.666/93. Enriquecimento sem causa do Estado. Precedentes.

³¹ TCU: Acórdãos nº 3.527/16, 3.363/15, 2.079/14, 1.054/12, 446/11- Plenário.

³² PGDF: Pareceres nºs 655/11, 56/12, 105/12, 734/12, 298/13 e 274/14-PROCAD/DF.



II – Tratando-se de débitos relativos a exercícios anteriores, o pagamento deverá ser objeto de reconhecimento de dívida, nos termos do art. 87 do Decreto nº 32.598/2010.

*III – **Parecer pela ilegalidade da pretendida retenção de pagamentos.***

68. No entanto, em linha de divergência, predomina deste Tribunal entendimento no sentido de que é legal o condicionamento do pagamento à comprovação de regularidade fiscal pelo contratado, inclusive com fundamento no dispositivo em estudo, a exemplo das seguintes decisões:

Decisão nº 2.377/13:

*“(…)*II* – determinar à Secretaria de Estado de Saúde do DF que: a) adote providências para evitar a ocorrência de irregularidades de mesma natureza das apontadas nas Notas Técnicas DC 002/2003 e DC EQT 1/2-027/2004, no sentido de: (...) 3) **condicionar o pagamento de despesas à comprovação, por parte da contratada, do adimplemento das obrigações contratuais e da manutenção de todas as condições de habilitação, incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal**, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei nº 9.012/1995 (art. 2º) e da Lei nº 8.666/1993 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII); (...)”*

Decisão nº 3.013/12:

*“(…) *II*. alertar a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP para que, doravante: a) estabeleça rigoroso controle: 1) **na verificação da regularidade junto à Fazenda Federal das empresas contratadas**, como estabelecido no art. 291 e art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, **além do art. 63 do Decreto nº 32.598/2010**; (...)”*

Decisão nº 2.377/13:

*“(…)II – determinar à Secretaria de Estado de Saúde do DF que: a) adote providências para evitar a ocorrência de irregularidades de mesma natureza das apontadas nas Notas Técnicas DC 002/2003 e DC EQT 1/2-027/2004, no sentido de: (...) 3) **condicionar o pagamento de despesas à comprovação, por parte da contratada, do adimplemento das obrigações contratuais e da manutenção de todas as condições de habilitação, incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal**, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei nº 9.012/1995 (art. 2º) e da Lei nº 8.666/1993 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII); (...)”*

Decisão nº 4.615/2014:

*“(…)II – julgar REGULARES, COM RESSALVAS, nos termos do art. 17, inciso II, da Lei Complementar nº 01/94, as contas relativas ao exercício de 2012 dos Administradores da Companhia do Metropolitano do Distrito Federal – METRÔ/DF, mencionados no quadro constante do § 7.3 da Instrução, tendo em vista as **impropriedades contidas nos subitens (...) 2.2 (realização de pagamento sem a comprovação da regularidade fiscal do credor)**;*

(grifo nosso)

69. Importa ressaltar, que recentemente, no Processo nº 11.317/09, em sede de exame de contas anuais, a matéria recebeu novel tratamento no âmbito do TCDF, tendo o Plenário, consoante Decisão nº 1.371/16, acolhido manifestação no sentido de que ser indevida a suspensão de pagamento por ausência de comprovação de regularidade fiscal. Naquele feito, a Unidade Técnica apresentou as seguintes considerações acerca do tema:



“63. Diante disso, considerando que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, isto é, só pode fazer aquilo que a lei permite, a retenção do pagamento de serviço realizado sem que haja previsão legal para tanto não é um ato albergado pelas normas de regência.

64. Assim, a superveniência de irregularidade fiscal caracteriza descumprimento de cláusula contratual que poderá motivar a rescisão do contrato, observados os devidos procedimentos. Contudo, não há, nesta hipótese, autorização legal para a suspensão, retenção ou bloqueio do pagamento relativamente a serviços que foram prestados. Agir assim significa transgredir o princípio da legalidade insculpido na Carta Federal, por não constar do rol das condições para o pagamento, de acordo com o que dispõe o art. 87 da Lei n.º 8.666/1993.

65. Dessa forma, em sintonia com o entendimento jurisprudencial **a retenção de pagamento por serviços prestados, sob o argumento de que não foram apresentados os comprovantes de regularidade fiscal, se mostra desarrazoada e sem amparo legal.**”

66. Assim, com razão a justificante, cujas ponderações são procedentes. Logo, as questões abordadas no subitem 5.1.2 (ausência dos comprovantes de regularidade nos processos licitatórios) do Relatório de Auditoria n.º 87/2011 – DIRAG/CONT (fls. 351352*) não se revestem de materialidade para macular a gestão do exercício de 2008 dos dirigentes da CODHAB. **(grifo nosso)**

70. No mesmo sentido opinou o Procurador Demóstenes Tres Albuquerque, no Parecer n.º 911/15:

“68. Conforme bem anotado pela Unidade Técnica, a superveniência de irregularidade fiscal caracteriza descumprimento de cláusula contratual que poderá motivar a rescisão do contrato, observados os devidos procedimentos, **não havendo, contudo, na hipótese em questão, autorização legal para a suspensão, retenção ou bloqueio de pagamento por serviços que foram comprovadamente prestados**, posicionamento ao qual se alinha este representante ministerial.” **(grifo nosso)**

71. De outro giro, em resposta à consulta formulada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, este Tribunal entendeu possível a contratação e o pagamento a entes públicos monopolistas em situação irregular junto ao INSS, ao FGTS e à Fazenda Distrital, nos termos da Decisão n.º 3.046/04:

“O Tribunal, de acordo com o voto do Relator, tendo em conta a instrução, em parte, e o parecer do Ministério Público, decidiu: I - tomar conhecimento: a) da consulta formulada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal por meio do Ofício n.º 021/04-GMD; b) da Informação n.º 028/04; II - informar ao Órgão consulente que **é possível a contratação e o pagamento a pessoas jurídicas em débito para com o INSS, o FGTS e a Fazenda Distrital**, desde que os atos respectivos sejam previamente justificados e autorizados pela mais alta autoridade do órgão ou entidade, e desde que presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos: a) a entidade que se pretende contratar deve ser detentora de monopólio na prestação de serviços públicos; b) tais serviços devem ter caráter essencial, imprescindíveis à condução normal das atividades do órgão ou entidade interessados, sempre com vista ao atendimento do interesse público; c) a contratação deve ser o único meio para solucionar o problema, de forma que o administrador, ao fundamentar sua decisão, deve demonstrar de forma inequívoca que não dispunha de outra opção; III - alertar a jurisdicionada para que, diante dessa hipótese, a



Administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação fiscal, informando do fato, inclusive, ao INSS, ao FGTS e ao órgão competente da Fazenda Distrital; IV - autorizar: a) seja dada ciência a todos os Jurisdicionados do inteiro teor desta decisão; b) o arquivamento dos autos. Decidiu, mais, mandar publicar, em anexo à presente ata, o Relatório/Voto do Relator.” (grifo nosso)

72. Assim, é forçoso reconhecer que, a vedação de pagamento a fornecedor ou contratante em situação de irregularidade fiscal, prevista no §1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10, não encontra amparo na legislação pátria, bem assim configura enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, nos termos da jurisprudência do Poder Judiciário e do TCU, bem como do entendimento da PGDF.

73. No caso, apesar da análise realizada no Processo nº 11.317/09, predomina neste Tribunal entendimento no sentido de que é regular o condicionamento do pagamento de despesas à comprovação da regularidade fiscal pelo contratado. Posicionamento que, entendemos, carece de modificação a partir destes estudos especiais.

74. Ainda em relação à possibilidade de retenção de pagamento por falta de comprovação de regularidade fiscal, impende destacar que o art. 71, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, prescreve que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

75. Ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, o Supremo Tribunal Federal, entendeu constitucional o citado dispositivo, reconheceu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir automaticamente a responsabilidade à Administração Pública, o que ocorreria caso evidenciada a conduta culposa na contratação e a omissão de fiscalizar o cumprimento das obrigações pela contratada³³.

76. Em decorrência, o Tribunal Superior do Trabalho reformulou a Súmula nº 331, passando os itens IV e V a apresentar a seguinte redação:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

³³ STF: ADC nº 16: “EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.”



77. O Tribunal Superior do Trabalho entendeu ainda que “Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços, **reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas**. Não o fazendo assume o risco de responder com subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na lei de licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por omissão”³⁴.

78. O aparente conflito que se apresenta entre a impossibilidade de retenção de pagamentos e a responsabilização da Administração não persiste, todavia, ante o fato de que a vedação de pagamentos por serviços prestados em decorrência da situação de irregularidade fiscal do contratante configura medida coercitiva não prevista em lei e, por sua vez, a retenção de pagamentos relativos a contratos de prestação de serviços terceirizados, decorrentes da inadimplência do contratado em relação às verbas trabalhistas dos trabalhadores disponibilizados, é medida acautelatória que visa prevenir eventual responsabilidade subsidiária da Administração. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1241862/RS:

“1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, **se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular** que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente.” (grifo nosso)

79. Ainda em 2012, o Tribunal de Contas da União entendeu que a exigência da certidão negativa de débitos trabalhista (CNDT) ao longo da execução contratual poderia afastar eventuais condenações subsidiárias da Administração Pública com base nesse novo Enunciado nº 331, expedindo a determinação constante do Acórdão nº 1.054/12-Plenário:

“9.1. conhecer da presente Solicitação, em caráter excepcional, com amparo no art. 63 da Resolução TCU nº 191, de 21 de junho de 2006, para, no mérito, determinar:

9.2. a todas as unidades centrais e setoriais do Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União que orientem os órgãos e entidades a eles vinculados no sentido de que **exijam das empresas contratadas, por ocasião de cada ato de pagamento, a apresentação da devida certidão negativa de débitos trabalhistas**, de modo a dar efetivo cumprimento às disposições constantes dos artigos 27, IV, 29, V, e 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c os artigos 1º e 4º da Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, atentando, em especial, **para o salutar efeito do cumprimento desta nova regra sobre o novo Enunciado 331 da Súmula de Jurisprudência do TST**, sem

³⁴ TST: AIRR - 2101-38.2010.5.18.0000



prejuízo de que a Segecex oriente as unidades técnicas do TCU nesse mesmo sentido;” (grifo nosso)

80. Evoluindo acerca da matéria, o Tribunal de Contas da União proferiu recomendações autorizando a Administração Pública a reter cautelarmente valores, assim como a realizar pagamentos de salários e encargos diretamente, conforme Acórdão nº 1.214/13-Plenário:

“9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

9.1.1 que os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

*9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que **a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;***

*9.1.3 **que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;**” (grifo nosso)*

81. Recentemente, o TCU especificou as situações de retenção legal de valores, nos termos do Acórdão nº 3.301/15, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

“REPRESENTAÇÃO. CEAGESP. PREGÃO PRESENCIAL. COLETA SELETIVA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS. CONCESSÃO DE CAUTELAR. QUITIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA.

1. É legal retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação de mão de obra, para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas.

2. A possibilidade de retenção parcial tem como fundamento os "poderes implícitos", princípio basilar de hermenêutica constitucional, segundo o qual a outorga de competência a determinado ente estatal importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução.

3. Retenção parcial não constitui sanção, mas medida preventiva e acautelatória, destinada a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário.

4. Somente é possível retenção de valores devidos à contratada, por descumprimento de obrigação contratual acessória, nos casos em que o ente estatal possa ser responsabilizado por essas obrigações, que não é o caso do descumprimento de obrigações comerciais e fiscais stricto sensu, nem da inadimplência de obrigações trabalhistas relativas a empregados não dedicados exclusivamente ao contrato.

5. Retenção integral dos pagamentos à contratada só é admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido.



6. À exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Como regra, deve ser mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial.

7. É lícita a previsão contratual de aprovisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, prevista no art. 19-A, I, da IN/SLTI/MP 6/2013, haja vista tratar-se de procedimento de pagamento de valores devidos, e como tal, livremente pactuável pelas partes.

8. Não é ilícita a previsão contratual de retenção parcial de faturas em montantes correspondentes aos valores reclamados judicialmente pelos empregados da prestadora de serviços, haja vista que tais valores não apresentam, necessariamente, correspondência com os efetivamente devidos pela empresa.”

82. A Procuradoria-Geral do Distrito Federal tem o mesmo entendimento acerca do tema em questão. O Parecer nº 298/13-PROCAD/PGDF, restou assim ementado:

“ADMINISTRATIVO CONTRATO ADMINISTRATIVO COMPRA DE NOTEBOOKS - EMPRESA EM SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA FISCAL - ILEGALIDADE DA RETENÇÃO DE PAGAMENTO (PRECEDENTES PGDF) - INAPLICABILIDADE DO ART. 63, §1º, DO DECRETO DISTRITAL N. 32.598/2010 AO CASO CONCRETO.

1. Esta especializada, com fundamento nos princípios da legalidade e da vedação do enriquecimento sem causa, tem precedentes no sentido da ilegalidade de retenção de pagamento ao argumento de a empresa contratada estar em débito fiscal (Pareceres PROCAD ns. 601/2007, 1003/2010, 56/2012 e 255/2013).

2. Por outro lado, firmou-se entendimento pela legitimidade da retenção no que tange aos encargos de natureza previdenciária incidentes sobre a folha salarial dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços decorrentes de específico contrato administrativo (Pareceres PROCAD ns. 387/2008 e 857/2010). A medida, aí, é acauteladora, em face da responsabilidade solidária prevista no art. 71, §20, da lei n. 8.666/93.

3. O art. 63, §1º, do Decreto Distrital n. 32.598/2010, que autoriza o não pagamento ante a constatação de irregularidade fiscal, não é aplicável ao caso concreto por cuidar de hipóteses diversas: enquanto a norma fala em obra ou serviço, este procedimento teve por objeto uma compra.

4. Parecer pela possibilidade jurídica de pagamento à empresa, se não existir pendência outra que não a situação de inadimplência fiscal, devendo, contudo, ser previamente comunicada a Fazenda Pública credora da existência de crédito em favor do contribuinte inadimplente.”

83. Assim, pode-se afirmar, em síntese, que é ilegal a retenção de pagamento de bens fornecidos e serviços prestados por empresa em situação de regularidade fiscal, mas é legal retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação de mão de obra, para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas.

CONCLUSÃO

84. O presente estudo abrangeu os seguintes tópicos:



- a) aplicabilidade do Decreto nº 32.598/10 ao TCDF;
- b) compatibilidade das exigências constantes no § 1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10 com os normativos de hierarquia superior;
- c) interpretação do inc. III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93 e a exigibilidade de regularidade fiscal previamente ao pagamento da contratada; e
- d) impossibilidade de retenção do pagamento em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal.

85. Quanto à **aplicabilidade do Decreto nº 32.598/10 ao TCDF**, verificou-se que referido normativo visa tão-somente disciplinar a aplicação da legislação orçamentária e financeira no âmbito distrital, motivo pelo qual entende-se não haver óbice a sua aplicação no âmbito do Tribunal de Contas do DF.

86. No tocante à **exigibilidade de comprovação de regularidade junto à Fazenda Pública do Distrito Federal, do INSS, do FGTS e da Fazenda Pública Federal**, a análise demonstrou que, em sua literalidade, o dispositivo não se revela incompatível com as normas de hierarquia superior, no caso, a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e as Leis nºs 8.666/93, 10.520/02, 8.212/91 e 8.036/90.

87. Acerca da **interpretação do disposto no inc. III do art. 29 da Lei nº 8.666/93**, que trata da documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista exigida na fase de licitação, foi possível observar que não há consenso na doutrina pátria quanto ao tema em relevo, existindo ao menos três linhas interpretativas, ou seja, a comprovação da regularidade fiscal se daria: a) em face do ente federativo promotor da licitação; de acordo com o objeto licitado; ou perante as três Fazendas (municipal, estadual e federal).

88. Entendeu-se que a linha de interpretação adotada por este TCDF merece ser modificada de forma a refletir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a quem, em última análise, cabe a palavra final sobre a interpretação da legislação federal, do Tribunal de Contas da União, assim como de parte da doutrina pátria, que sustentam que a **regularidade fiscal deve ser comprovada em relação às três Fazendas (municipal, estadual e federal), independentemente do ramo de atividade do licitante.**

89. Quanto à possibilidade de **retenção de pagamento dos serviços prestados em decorrência de não comprovação de regularidade fiscal**, prevalece no TCDF e no Tribunal de Contas da União o entendimento de que deve ser exigida, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, a comprovação da regularidade fiscal com o INSS, com o FGTS e com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, como condição prévia para realização de pagamentos, em consonância com o disposto no art. 63, §1º, do Decreto distrital nº 32.598/10.

90. Verificou-se, no entanto, que tal entendimento deve ser modificado pois a retenção de pagamento por falta de comprovação de regularidade fiscal não encontra respaldo na Lei de Licitações e Contratos, que prevê a aplicação das sanções de advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade, ou, até mesmo rescindir o ajuste, mas não a autoriza a retenção do pagamento por serviços prestados em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal.



91. A impossibilidade de retenção de pagamento por falta de comprovação de regularidade fiscal está em consonância com a jurisprudência do STJ, do TJDF e do TCU, assim como o entendimento da Procuradoria-Geral do DF, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, ante a ausência de previsão legal.

92. Por outro lado, ante o risco de a Administração Pública responder subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, na forma do Enunciado nº 331/TST, a Administração Pública poderá, com base em posicionamento do STF, do Tribunal Superior do Trabalho, do TCU, bem assim da PGDF, adotar medida acautelatória consistente na retenção de pagamentos relativos a contratos de prestação de serviços terceirizados, podendo realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas.

93. Por fim, cumpre registrar que os estudos em tela integram universo de aproximadamente 40 (quarenta) outros estudos em curso ou com processamento não encerrado identificado no início de 2015 na SEGECEX. Considerando que o esforço necessário para andamento e análise desse conjunto supera, em muito, a capacidade operacional da Assessoria Técnica e de Estudos Especiais desta Secretaria-Geral, foram buscadas soluções para tratamento do tema, entre elas a participação de colaboradores externos a esta Unidade na pesquisa e instrução daqueles selecionados para tratamento prioritário.

94. Nesse contexto, por honestidade intelectual, imperioso registrar que o profundo e fundamentado trabalho desenvolvido nestes autos foi realizado pelo digno Auditor de Controle Externo, Sr. André de Oliveira Costa, o qual, gentilmente, aceitou o convite de colaborar na redução do elevado estoque de estudos especiais existente, antes citado.

95. Assim, por todo o exposto, sugerimos ao egrégio Plenário que:

- I) tome conhecimento da presente informação, considerando cumprida a determinação constante do item III da Decisão nº 21/12, adotada no Processo nº 18.122/11;
- II) firme entendimento no sentido de que:
 - a) nos termos do art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/93, a regularidade fiscal deve ser comprovada em relação às três Fazendas (municipal, estadual e federal), independentemente do ramo de atividade do licitante;
 - b) a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, deve ser exigida do contratado a comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, o FGTS, as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, assim como a apresentação da certidão negativa de débitos trabalhistas, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal e aos arts. 29, incisos III a V, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, bem como para o salutar efeito do cumprimento do Enunciado 331 da Súmula de Jurisprudência do TST;



- c) os editais e contratos de execução continuada ou parcelada devem incluir cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93);
- d) verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, por falta de amparo legal e sob pena de enriquecimento sem causa da Administração;
- e) diante da hipótese de situação de irregularidade fiscal, a Administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação fiscal, informando do fato, inclusive, ao INSS, ao FGTS e ao órgão competente da Fazenda, que, no caso de não atendida, deve iniciar procedimento licitatório para nova contratação;
- f) é legal a retenção parcial cautelar de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação de mão de obra, para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas.
- g) os editais e contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra devem incluir cláusula que autorizada a Administração a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;
- III) dê ciência a todos os órgãos e entidades do Complexo Administrativo do Distrito Federal da decisão que vier a ser proferida;
- IV) autorize o arquivamento dos autos.

A consideração superior.

Brasília, 28 de novembro de 2016.

ALEXANDRE POCHYLY DA COSTA
ACE – 367-1