



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL

PROCESSO: 25.751/12

ASSUNTO: Estudos Especiais

PARECER: 1061/2017-CF

EMENTA: Exigência de regularidade fiscal no âmbito distrital e federal. Decisão 21/2012: estudos especiais 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. Instrução: comprovação de regularidade fiscal em relação às fazendas federal, estadual/distrital e municipal; vedação à retenção de pagamento por serviço já prestado ou bens já entregues; legalidade da retenção parcial por descumprimento da legislação trabalhista; possibilidade de realização de pagamentos de salários aos funcionários, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS. Publicação do Decreto nº 38.123/2017. Alteração legislativa do § 1º do art. 63 do Decreto Distrital nº 32.598/10. Reinstrução. Instrução pela manutenção das sugestões. Parecer convergente.

Os autos abordam os Estudos Especiais acerca da compatibilidade das exigências contidas no § 1º do art. 63 do Decreto distrital nº 32.598/10, por sugestão do Ministério Público de Contas acolhida pela Corte, conforme determinação contida na Decisão nº 21/2012 (Processo nº 18.122/2011), *in verbis*:

O Tribunal [...], decidiu: I. [...] **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; IV. [...].**

2. A Unidade Técnica, mediante Informação nº 048/2016 (fls. 58/92), realizou o citado estudo emitindo opinião a respeito da: **a)** aplicabilidade do Decreto nº 32.598/2010 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)** retenção do pagamento em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL**

3. Em síntese, o diligente Corpo Técnico apresentou as seguintes conclusões a respeito dos tópicos analisados:

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL**

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.*

4. As análises e sugestões da Unidade Técnica foram remetidas a este **parquet** especializado que, mediante Parecer nº 0167/2017-CF (fls. 96/102), concordou com os apontamentos:

13. *Os autos vieram ao Ministério Público de Contas para parecer que, de plano, concorda com as conclusões alcançadas com relação à aplicabilidade do Decreto nº 32.598/10 ao TCDF, por se tratar de norma que versa sobre procedimentos de execução orçamentária e financeira, como bem ressaltado pelo CT e pelo MPC (Parecer nº 270/2012-MF); à compatibilidade das exigências constantes no § 1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10 com os demais normativos de hierarquia superior, pois em consonância com estes; à interpretação do inc. III do artigo 29 da Lei nº 8.666/93 em razão exigibilidade de regularidade fiscal previamente ao pagamento da contratada, nos termos da jurisprudência advinda do STJ e TCU; à legalidade da 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; e à impossibilidade de retenção do pagamento em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal, por falta de amparo legal, como bem destacado no Parecer nº 911/2015-DA, lançado no Processo nº 11.317/2009, em sede de Tomada de Contas Anual: [...]*

14. *Ante o exposto, opina o Ministério Público de Contas por que a Corte **acolha as sugestões da Unidade Técnica.***

5. Contudo, no dia 12 de abril de 2017, posteriormente à emissão do referido parecer ministerial, foi publicado no Diário Oficial do Distrito Federal – DODF o **Decreto Distrital nº 38.123/2017**, que “**altera o artigo 63, §1º, do Decreto nº 32598/2010**”.

6. Do exposto, o i. Conselheiro Inácio Magalhães, por meio do Despacho Singular nº 288/17-GCIM, solicitou o retorno dos autos à Secretaria-Geral de controle Externo – Segecex, para fins de reinstrução, em face da complexidade da matéria e da recente alteração promovida pelo Decreto Distrital nº 38.123/2017, indicando ainda a necessidade de observação do Parecer nº 054/2017-PRCON/PGDF, que versou sobre a “*orientação de retenção do pagamento por serviços efetivamente prestados por contratada que não apresenta regularidade fiscal*”.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL**

7. Em seguida, os autos foram remetidos à Assessoria Técnica e de Estudos Especiais que elaborou a Informação nº 45/2017-ATE (fls. 105/110), em atendimento ao suscitado pelo i. Conselheiro-Relator.

8. A Unidade Técnica trouxe o texto do Decreto que alterou a redação normativa para realizar a análise:

“DECRETO Nº 38.123, DE 11 DE ABRIL DE 2017

Altera o artigo 63, § 1º, do Decreto nº 32.598, de 15 de dezembro 2010, que aprova as Normas de Planejamento, Orçamento, Finanças, Patrimônio e Contabilidade do Distrito Federal, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 100, VII, X e XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal, DECRETA:

Art. 1º O artigo 63, § 1º, do Decreto nº 32.598, de 15 de dezembro 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 63

§ 1º Na emissão de Previsão de Pagamento - PP e de Ordem Bancária - OB, quando o fornecedor ou contratado estiver em situação irregular perante o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, a Justiça Trabalhista ou Fazenda Pública do Distrito Federal, o órgão central da administração financeira deve noticiar a situação ao gestor do contrato para as providências legais, antes de realizar o pagamento.”
(NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.” (grifou-se)

9. A Unidade Técnica verificou que a vedação de pagamentos a devedores de obrigações tributárias e/ou previdenciárias **foi substituída** pela notificação de situações irregulares, perante o fisco e a Justiça Trabalhista ao gestor do contrato *“para as providências legais, antes de realizar o pagamento”*.

10. Em relação às potenciais irregularidades, **foram suprimidos** os débitos com a Fazenda Pública Federal e **incluída** a referência à Justiça do Trabalho.

11. Quanto à proibição de pagamentos a devedores, indica que permanecem válidas as conclusões da informação anterior (048/2016-ATE), que consignou como sugestões ao Plenário a vedação da *“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”*.

12. No que diz respeito a inclusão do texto da norma sobre a verificação da regularidade perante a Justiça Trabalhista, destaca que o disposto *“encontra amparo no art. 29, V, da Lei de Licitações, que prevê expressamente no rol de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista”*. Assim, por força da Lei nº 12.440/2011 e da



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL**

Resolução Administrativa TST nº 1470/2011¹, já era obrigação a exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.

13. Por fim, a UT indica que a exclusão da exigência da regularidade em relação à Fazenda Pública Federal é indiferente, pois essa tem fundamento no art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

14. Do exposto, conclui que a alteração legislativa não implicou em mudanças no teor das conclusões anteriormente apresentadas na Informação nº 048/2016-ATE.

15. Dessa forma, reitera as proposições, com ajustes redacionais, apenas para evidenciar as alterações promovidas pelo Decreto Distrital n.º 38.123/2017, especialmente no tocante à regularidade trabalhista:

I. considere cumprida a determinação constante do item III da Decisão Administrativa nº 21/12;

II. firme entendimento 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 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 no edital do certame, sob pena de rescisão do contrato e da execução de garantia para ressarcimento ao erário, 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) ainda que verificada a irregular situação fiscal, trabalhista ou a da seguridade social da contratada, 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 a que se refere o item precedente, a Administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação, informando o

¹ <http://www.tst.jus.br/certidao>



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL**

fato ao INSS, ao FGTS, à Justiça do Trabalho ou à Fazenda competente, iniciando procedimento licitatório para nova contratação, em caso da não reversão da irregularidade verificada;

- 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 autorize a Administração a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando esses 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.

16. Os autos vêm ao exame do **MPCDF** em razão do Despacho Singular n.º 640/2017-GCIM (fl. 112), para manifestação.

17. Inicialmente, retomo o entendimento deste *parquet* a respeito da aplicabilidade do Decreto nº 32.598/10 ao TCDF; à legalidade da 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; e à impossibilidade de retenção do pagamento em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal, conforme Parecer nº 0167/2017-CF, questões ainda pendentes de análise pelo Plenário desta Casa.

18. Quanto à compatibilidade das exigências constantes no § 1º do art. 63 do Decreto nº 32.598/10 com os demais normativos de hierarquia superior, aquiesço as considerações da Unidade Técnica de que as mudanças promovidas pelo Decreto n.º 38.123/2017 não alteram o entendimento anteriormente disposto.

19. Para efeito de comparação apresento as descrições das alterações realizadas no §1º, art. 63 do Decreto Distrital nº 32.598/2010:

Redação Anterior

§ 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.

Nova Redação

§ 1º Na emissão de Previsão de Pagamento - PP e de Ordem Bancária - OB, quando o fornecedor ou contratado estiver em situação irregular perante o Instituto Nacional



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL**

de Seguridade Social - INSS, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, a Justiça Trabalhista ou Fazenda Pública do Distrito Federal, o órgão central da administração financeira deve noticiar a situação ao gestor do contrato para as providências legais, antes de realizar o pagamento." (NR)

20. Verifica-se que a alteração normativa se mostra ainda mais compatível com os apontamentos anteriormente realizados. Na redação anterior, havia a indicação de que pagamentos eram **vedados** a contratadas devedoras, o que iria contra ao entendimento sobre a *"impossibilidade de retenção do pagamento em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal, por falta de amparo legal"*, descrito no Parecer anterior.

21. Assim, a indicação de *"notificação do gestor do contrato para as providências legais"*, mostra-se mais adequada, visto que este deve atuar no sentido de aplicação de sanções ou rescisão do ajuste.

22. Quanto a **supressão** da verificação dos débitos com a Fazenda Pública Federal e **inclusão** da Justiça do Trabalho, observa-se que tais alterações não modificam as sugestões e entendimentos anteriormente dispostos, visto que a aferição da Fazenda Federal se dá por força do art. 29 da Lei nº 8.666/93, aplicável ao DF, e a conferência da CNDT² já era obrigatoriedade, por conta da Lei nº 12.440/2011 e da Resolução Administrativa TST nº 1470/2011.

23. Pelo exposto, opina este **parquet** pelo **acolhimento das sugestões** ofertadas pela Instrução, ressaltando, ainda, que restam pendentes de deliberação as análises e apontamentos realizados no âmbito da Informação nº 048/2016-ATE (fls. 58/92) e Parecer nº 0167/2017-CF (fls. 96/102).

É o parecer.

Brasília-DF, 13 de novembro 2017.

CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA

Procuradora-Geral

² Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.