Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 16 – novembro/dezembro/janeiro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

PROVA DE REGULARIDADE FISCAL COMO PRESSUPOSTO AO PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA

Prof. Marcelo Neves

Assessor da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – TRT/RJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Engenheiro de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Administração Pública pela FGV.

Palavras-chave: Regularidade fiscal. Obrigação de pagamento. Lei nº 8.666/93. Tribunal de Contas da União.

Este trabalho aborda diversos pontos que gravitam em torno do seguinte tema: da obrigatoriedade ou não da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada como condição para o adimplemento da obrigação de pagamento da despesa por parte do órgão público contratante.

Por oportuno, damos conhecimento sobre uma importante deliberação contida no Acórdão nº 1.299/2006 do Tribunal de Contas da União, que negou provimento ao Recurso de Reconsideração interposto pelo TRT/RJ contra o Acórdão nº 740/2004, *mantida, pois, a determinação a esse Tribunal do Trabalho de "efetuar pagamentos decorrentes de obrigações assumidas mediante a verificação da situação da regularidade fiscal do credor,*[1] *em observância à Decisão nº 705/94 – Plenário (Ata nº 54/94)*". Por via de conseqüência, a partir dessa deliberação, deve a Administração desse Tribunal (servindo também como referência para todos os demais órgãos públicos) dar eficácia à determinação 9.3.15 do citado Acórdão nº 740/2004, *verbis*:

[1] Decisão nº 705/1994 – "Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade do contratado com o sistema de seguridade social, sob pena de violação do disposto no §3º do art. 195 da Lei Maior."

"incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, em observância ao §3º do art. 195 da Constituição Federal".

Logicamente, a inclusão deste tipo de cláusula[2] não deve se limitar aos termos de contrato, mas ser estendida também aos demais instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, *nota de empenho de despesa*, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, o que certamente conduzirá o órgão de Controle Interno desse Tribunal a recomendar, com espeque também na Súmula nº 111[3] do C. TCU, que os responsáveis pela área de contratos tomem as providências cabíveis a fim de dar eficácia à respectiva determinação.

Ademais, é pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União[4] no sentido que, nos pagamentos efetuados pela Administração, decorrente ou não de contratação para pronta entrega, inclusive nos contratos de execução continuada ou parcelada, é obrigatória a exigência da documentação relativa à regularidade para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e Fazenda Federal,[5] além, como foi dito, da Seguridade Social (CND).

Verdadeiramente, refoge da determinação do TCU o condicionamento do pagamento à verificação da regularidade em relação à Fazenda Estadual e a Municipal e, deste modo, a cada pagamento realizado, devem ser verificadas as condições de habilitação do contratado. Essa é *a pedra de toque da questão, ou seja, a análise da documentação do contratado, como condição para o pagamento da despesa, deve guardar relação com as exigências da habilitação da licitação, quer de regularidade, quer de qualificação, inteligência do inc. XIII do art. 55 da Lei 8.666/93*.

---

[2] Nesse mesmo sentido, a Egrégia Corte de Contas no Acórdão nº 355/2006 – Plenário orienta pela inclusão "(...) em futuros editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei n. 9.012/1995 (art. 2º) e da Lei n. 8.666/1993 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII) (...)."

[3] Súmula nº 111 **-** Aos órgãos próprios do Controle Interno cabe baixar Instruções e Recomendações para o regular funcionamento do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, de modo que se criem condições indispensáveis para assegurar eficácia ao Controle Externo.

[4] Ver julgados: Acórdãos 593/2005 – Primeira Câmara, 251/2005 – Plenário, 984/2004 – Plenário, 295/2004 – Segunda Câmara, 1.708/2003 – Plenário, 208/2000 – Plenário, e Decisões 407/2002 – 2ª Câmara, 559/2001 – Plenário, 386/2001 – Plenário, 182/1999 – 1ª Câmara, 472/1999 – Plenário, 377/1997 – Plenário.

[5] A prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional far-se-á mediante apresentação de certidão conjunta emitida pela Secretaria da Receita Federal (SRF) e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) com informações da situação do sujeito passivo quanto aos tributos administrados pela SRF e à Dívida Ativa da União (ver Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 22 de novembro de 2005).

Lembramos, entretanto, nos exatos termos utilizados pelo Analista de Controle Externo da Secretaria de Recursos (SERUR)[6] do TCU, que inaugurou o exame do mérito do Recurso de Reconsideração acima citado, que "a retenção exige prudência no sentido de não ser retido mais do que o suficiente para resguardar a Administração", tendo ele invocado a lição do prestigioso Marçal Justen Filho (*Comentário à Lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Dialética, 1998. p. 531), vejamos:

> *"E se a Administração verificar que o sujeito não liquidou suas dívidas previdenciárias produzidas pela atividade necessária à execução do contrato? Cabe à Administração o dever de promover a retenção dos valores necessários a sua liquidação, pagando ao particular os valores remanescentes."*

Deve-se destacar, contudo, que já há entendimento divergente no Superior Tribunal de Justiça,[7] bem como junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AI nº 2004.01.00.0289960/DF),[8] que começam a apontar no sentido da ilegalidade da retenção de pagamento por serviços prestados.

---

[6] TC nº 013.661/2003-0. ACE Miguel Jerônimo de Maya Vianna, p. 24.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 633.432 – MG (2004/0030029-4):

"ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. 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 nº 8.666/93.
2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.
3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.
4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança" (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).
5. Recurso especial a que se nega provimento."

[8] "Processo Civil. Antecipação de tutela. Suspensão de comprovação de regularidade perante o Sicaf e/ou apresentação de certidões negativas e balanço atualizado como condição para o pagamento dos serviços prestados. Precedentes da Corte. 1- É incabível condicionar o

Quanto ao correto tratamento a ser dispensado às concessionárias de serviço público em débito fiscal, informamos que o Controle Externo já se posicionou no sentido de ser possível a contratação de pessoas jurídicas inadimplentes com o INSS/FGTS quando o serviço a ser oferecido pela contratada for considerado de caráter essencial, nos termos do inc. VII do art. 10 da Lei nº 7.783/1989. De igual modo o fez em relação ao tratamento a ser dado em relação aos valores devidos pelo contratante (órgão público) no correr da execução, face à falta de regularidade da contratada, *in expressis verbis*:

> *"Decisão nº 431/1997 – Plenário*
>
> *...omissis...*
>
> *Assunto: Contratação de empresas estatais prestadoras de serviço público sob o regime de monopólio - Possibilidade, ainda que inadimplentes com o INSS e o FGTS. Ementa: Consulta formulada pelo Secretário de Controle Interno do Superior Tribunal de Justiça relativa à contratação de empresas paraestatais sem a apresentação das certidões comprobatórias de regularidade junto ao INSS e ao FGTS - Possibilidade de a Administração Pública contratar os entes paraestatais detentores do monopólio de serviços públicos essenciais, mesmo sem a apresentação das citadas certidões - Princípio da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público - Pagamento dos valores devidos - Necessidade de apresentação de justificativas devidas e da autorização da autoridade superior do Órgão - Comunicação dos fatos ao Conselho Curador do FGTS e ao INSS - Remessa de cópia da Decisão, Relatório e Voto ao responsável - Arquivamento dos autos.*
>
> *(...)*
>
> *Decisão O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:*
>
> *(...)*
>
> *2. responder ao responsável que as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas;"(g.n)*

Assim, nos casos de contratação de empresas estatais inadimplentes, sob o regime de monopólio, considerada a supremacia do interesse público e o princípio da continuidade administrativa, poderão ser contratadas aquelas em situação

---

pagamento por um serviço já prestado à comprovação da regularidade fiscal da agravada, sob pena de enriquecimento ilícito. Agravo de Instrumento. Improvido".

irregular com o INSS e o FGTS, quando se tratar de serviços essenciais aos órgãos da Administração.

Considerada, pois, a essencialidade da prestação e a necessidade de continuidade da ação administrativa, bem como a horizontalidade da relação verificada na prestação de serviços públicos por concessionárias/permissionárias, nos termos do inc. II do §3º do art. 62 da Lei nº 8.666/93, o pagamento da despesa deve ser realizado, mesmo à vista da não regularidade.

Resta-nos, nessa condição, recomendar a necessidade da comunicação da irregularidade da pessoa jurídica prestadora de serviços ao órgão interessado (*vg*: INSS, Conselho Curador do FGTS), fazendo constar dos autos tal providência.

Gostaríamos de ressaltar que — da mesma forma que a Administração deve atentar para o que disposto no art. 3°, §1°, inciso I da Lei nº 8.666/93, bem como para a redação dada ao Decreto n° 3.722/2001, pelo Decreto n° 4.485/2002, observando que, em qualquer modalidade de licitação, não se pode exigir, mas se deve aceitar, a inscrição prévia no SICAF como meio de prova da habilitação de interessado (cf. item 1.5, TC-014.511/2005-4, Acórdão nº 989/2006-TCU-1ª Câmara e item 9.3, Acórdão nº 1.070/2005-TCU-1ª Câmara) —, deve também essa mesma Administração acolher outros meios de comprovação de regularidade como pressuposto ao pagamento.

Por fim, alertamos aos gestores que o descumprimento das determinações do Tribunal de Contas da União pode ensejar aos responsáveis a aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei nº 8.443/92.[9]

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NEVES, Marcelo. PROVA DE REGULARIDADE FISCAL COMO PRESSUPOSTO AO PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

[9] Cf. art. 1º da Portaria-TCU nº 17/2008, está fixado em R$ 32.885,68 (trinta e dois mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e oito centavos), para o exercício de 2008, o valor máximo da multa a que se refere o art. 58, *caput,* da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.