



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



Procedência: Secretaria de Estado de Governo, Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Esportes e Secretaria de Estado de Saúde

Interessados: Secretaria de Estado de Governo, Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Esportes e Secretaria de Estado de Saúde

Número: 14.486

Data: 18 de abril de 2005

Assunto: Contrato administrativo. Pagamento ao contratado. Exigência de certidão negativa de débito junto ao INSS. Exame da legalidade. Tribunal de Contas da União. Decisão 705/94.

APROVO. Em 18 / 4 / 2005

RELATÓRIO

Advogado-Geral do Estado

A Secretaria de Estado de Governo solicita a esta Advocacia Geral parecer a respeito da seguinte questão: na execução de contrato administrativo, quando do pagamento dos valores devidos ao contratado, em razão de execução parcial, teria de se exigir apresentação de certidão negativa de débito junto ao INSS e ao FGTS, para liberação do pagamento?

Aponta existência de divergência a respeito da matéria em pareceres de órgãos do Estado: a) parecer da Auditoria Geral do Estado concluindo pela exigibilidade das certidões; e b) parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria de Saúde, em sentido contrário, opinando pela impossibilidade de exigência de certidão para realização dos pagamentos, que seria própria apenas para a realização da licitação.

A respeito da mesma questão, a Secretaria de Estado de



Desenvolvimento Social e Esportes encaminhou à Advocacia Geral do Estado, para manifestação a respeito, parecer de sua Assessoria Jurídica em sentido contrário ao entendimento da Auditoria Geral do Estado, ou seja, concluindo pela inexigibilidade das certidões negativas de INSS e FGTS, para realização de pagamentos no âmbito de contrato administrativo.

Diante da importância da matéria e das divergências instauradas entre órgãos do Estado, impõe-se a uniformização do entendimento, a fim de que a rotina administrativa seja padronizada, com a solução definitiva das pendências.

PARECER

O Tribunal de Contas da União, como informado em manifestação da Auditoria Geral do Estado, concluiu ser exigível, no âmbito de contratos administrativos de execução continuada ou parcelada, quando da realização de pagamentos ao contratado, a devida comprovação da regularidade deste perante o INSS e o FGTS:

“nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior” (Decisão 705/94, DOU de 06.12.95, p. 18599).

Esse entendimento, como se extrai da decisão do Tribunal de





Contas da União, foi firmado “em caráter normativo”, ou seja, passou a valer para toda a Administração Federal.

A fundamentação jurídica da decisão do Tribunal de Contas da União reside nos seguintes argumentos:

“Cabe notar, aliás, que a situação de adimplência com o sistema da seguridade social é condição que deve ser cumprida não somente quando da habilitação na licitação/celebração do contrato, como também durante toda a constância da relação contratual com a Administração Pública, eis que, conforme dispõe o tão mencionado § 3º do art. 195 da CF, o inadimplente com o dito sistema não pode contratar com o Poder Público. O que significa dizer que, em tal situação, ele não pode nem assinar, nem manter contrato com órgão ou entidade da Administração Pública. Então, parece-nos que, nesse particular, os órgãos e entidades públicas deveriam fazer incluir nos instrumentos contratuais, cujo objeto deva ser executado continuada ou parceladamente, cláusula exigindo do particular contratante a obrigação de comprovar, a cada fatura emitida contra a Administração contratante, que encontra-se em dia com suas obrigações para com o sistema da seguridade social, prevendo também, como sanção para o inadimplemento com relação a tal cláusula contratual, a própria rescisão do contrato, tudo isso em atendimento ao disposto no § 3º da Lei Maior e também nos arts. 55-VIII e 78-I da Lei n. 8.666/93”
(Decisão 705/94).

É certo que tal entendimento pode ser questionado em razão da



inexistência de dispositivo legal expresso no sentido da exigência de comprovação da regularidade perante INSS e FGTS quando do pagamento das parcelas devidas em razão da execução de contrato administrativo.

Com efeito, a exigência de regularidade fiscal, principalmente regularidade para com o INSS e o FGTS, é prevista na própria Constituição Federal, no art. 195, § 3º, nos seguintes termos: *“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”*.

Essa orientação normativa vem reiterada na legislação ordinária, Lei 8.212/91, que em seu art. 47, I, “a”, dispõe ser exigido comprovação da inexistência de débito de contribuições sociais no caso de *“contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício”*.

O momento em que essa exigência se impõe vem fixado na Lei de Licitações, Lei 8.666/93, que dispõe, em seu art. 29, IV, que a empresa participante de licitação deve apresentar, na fase de habilitação, *“prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”*, a título de comprovação da regularidade fiscal. Sem essa prova, a empresa é inabilitada e não pode prosseguir no certame.

Essas são, pois, as normas que regulam a espécie.

Assim, como afirmado, nada existe na legislação, de maneira expressa ou explícita, quanto à extensão da exigência para a realização dos pagamentos das prestações ajustadas em contrato administrativo firmado com o



Poder Público. Daí o razoável e ponderável entendimento das Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado da Saúde e do Desenvolvimento Social e Esportes no sentido da impossibilidade da exigência da comprovação da regularidade junto ao INSS e FGTS para pagamento de parcelas do contrato administrativo.

Todavia, não obstante a inexistência de norma expressa, a extensão da exigência de comprovação de regularidade fiscal para com o INSS e o FGTS no curso da execução contratual é também razoável e ponderável, porque se pode entender a contratação com o Poder Público em sentido amplo, abarcando a execução contratual.

E assim ocorre tendo em vista que a empresa deve manter sua regularidade fiscal no curso do contrato, sob pena de burla da exigência, no sentido de que, após vencer a licitação, poderia deixar de pagar o INSS e o FGTS e manter o contrato intacto.

Nesse sentido, é cristalina a disposição do art. 55, XIII, da Lei 8.666/93, no sentido da obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação exigidas para a licitação. Essa norma, portanto, corrobora o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido da exigibilidade de CND relativamente às contribuições previdenciárias e FGTS no curso da execução do contrato, ou seja, para realização de cada pagamento contratual.

Aliás, esse entendimento já foi consignado por esta Advocacia Geral do Estado ao aprovar minuta-padrão de contrato da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, contendo exigência no sentido de se exigir



regularidade junto ao INSS e FGTS por ocasião do pagamento do serviço ou fornecimento. E a razoabilidade desse entendimento foi consignada na Nota Jurídica 531, de 20.08.04.

Nesse quadro, cabe reiterar, não há dúvida de que ambos os entendimentos encontram-se baseados em fundados e pertinentes argumentos de ordem jurídica.

Todavia, impõe-se, aqui, optar por um deles, para efeito de uniformizar a rotina administrativa.

E, deixando de lado a exclusiva argumentação jurídica que pode pender para um lado ou outro, com argumentos razoáveis e ponderáveis, e pensando a hipótese sob a ótica da prática administrativa e da segurança jurídica que deve permear a atividade estatal e de seus agentes, opta-se pela obediência à decisão normativa do Tribunal de Contas da União.

Cabe aqui registrar que não apenas o Tribunal de Contas da União efetivou tal exigência. Segundo informação prestada pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, por ocasião da confecção da Nota Jurídica 531, de 20.08.04, a exigência, como é natural, foi encampada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Com isso, mesmo embasado em fundados argumentos jurídicos, se os ordenadores e gestores da despesa pública deixarem de seguir o entendimento, certamente terão suas condutas glosadas pelos Tribunais de Contas, situação que pode até importar em responsabilidade pessoal.



E, o que é pior: pode-se derivar para o entendimento da responsabilidade estatal pelas contribuições previdenciárias, com base, por exemplo, na interpretação do art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93

Marçal Justen Filho, a respeito do tema, lança o seguinte entendimento:

“E se a Administração comprovar que o particular está em situação irregular perante a seguridade social, mas por outras dívidas? Não cabe à Administração reter os pagamentos e locupletar-se indevidamente (permanecendo tanto com a prestação executada pelo particular como com a remuneração a ele devida). A solução é comunicar a existência do crédito ao órgão de controle previdenciário e aguardar as providências correspondentes. Se não for tomada qualquer decisão, a solução mais recomendável é promover a consignação em pagamento em juízo, convocando os interessados (particular e Previdência) a definir em favor de quem deverá realizar-se o pagamento” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 9ª ed., 2002, p. 515/516).

Nessa linha de pensamento, não vê nenhuma vantagem em persistir em entendimento teórico questionável, pois, se vier a prevalecer a tese encampada pelo Tribunal de Contas da União, essa situação poderá causar toda sorte de prejuízo ao Estado e aos ordenadores de despesas ou gestores de despesa.

Ademais, o art. 3º da Lei 8.443/92, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, dispõe ter ele, *“no âmbito de sua competência e jurisdição”*,



“o poder de regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições (...), obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade”. Noutras palavras, pode editar decisões normativas como é o caso da Decisão 705/94.

Assim, de melhor alvitre a efetivação e cumprimento do entendimento normativo adotado pelo Tribunal de Contas da União.

É certo que o entendimento vem sendo questionado na Justiça, e que algumas empresas obtiveram, como anunciado no parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Esportes, julgamento favorável no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Todavia, como são pouquíssimos os precedentes, e a discussão ainda não chegou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, intérpretes últimos da Constituição Federal (art. 102, CF) e da lei federal (art. 105, CF), só se prestam tais decisões a corroborar o entendimento que ora se espousa: em princípio, exige-se, a comprovação da regularidade perante o INSS e o FGTS, quando da realização dos pagamentos, ou seja, no âmbito de toda a execução do contrato.

Se o particular não se conformar, e obtiver decisões judiciais favoráveis, nada resta à Administração senão obedecer ao comando judicial. Mas, nessa hipótese, não se cogita de responsabilidade do gestor: agiu ele em cumprimento de decisão judicial.

Portanto, em avaliando a situação atual da questão jurídica posta em





exame, a conclusão, reitere-se, é no sentido de que deve ser obedecida, por toda a Administração estadual, a Decisão 705/94 do Tribunal de Contas da União.

Algumas observações finais se impõem, a título de sugestão, para uniformizar o procedimento na Administração estadual.

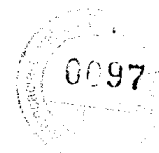
Segundo entendimento do eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a retenção de pagamento em função da não-comprovação da regularidade perante o INSS não poderia ocorrer sem previsão contratual:

“Não há, no contrato em questão, cláusula que condicione expressamente o pagamento dos serviços prestados pela contratada à apresentação de Certidão Negativa de Débito (CND) junto ao INSS e do Certificado de Regularidade de Situação (CRS) relativo ao INSS” (REO1997.01.00.059.790-1/PA, Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJU 17.03.00, p. 299).

A *contrario sensu*, possível a exigência de CND e a retenção do pagamento acaso haja previsão contratual.

Daí a orientação da Decisão 705/94 do Tribunal de Contas da União no sentido de se inserir nos contratos administrativos cláusula expressa no sentido da exigibilidade da comprovação da regularidade junto ao INSS e FGTS, por ocasião da emissão de cada fatura.

Deve, ainda, segundo a orientação da Decisão 705/94 do Tribunal de Contas da União, ser inserida nos contratos cláusula prevendo expressamente a rescisão do contrato, como sanção para o inadimplemento da obrigação de



manter, durante toda a execução do contrato, a regularidade perante a seguridade social e FGTS.

Na mesma linha está a determinação contida no Ofício Circular 434/2004 da Auditoria Geral do Estado de Minas Gerais.

As orientações, nesse particular, são válidas, e não atritam com o princípio da legalidade, pois se trata apenas de estabelecer no contrato obrigações preexistentes, previstas em lei (CF, art. 195, § 3º; e Lei 8.666/93, art. 55, XIII).

Ademais, em se tratando de contrato, existe certa margem de liberdade discricionária, para acrescer no contrato cláusulas a fim de promover a boa execução das obrigações, sem que haja, para tanto, necessidade de anterior previsão legal expressa.

Daí a necessidade de se explicitarem no contrato tais exigências, de modo a afastar a orientação jurisprudencial no sentido da impossibilidade da exigência, acaso não conste expressamente do contrato.

Todavia, não se pode concordar com uma das orientações da Auditoria Geral do Estado de Minas Gerais: segundo seu entender, a regularidade perante o INSS "*deve ser efetuada através de cópia autenticada da Guia de Recolhimento da Previdência Social (GRPS) e da respectiva folha de pagamento*".

Isso porque, o mecanismo para comprovação da regularidade fiscal, no caso perante o INSS e o FGTS, é por meio da apresentação de certidão





negativa de débito - CND.

É o que consta do art. 47, I, da Lei 8.212/91: o documento exigível das empresas para comprovar regularidade perante o INSS é a CND.

Nesse sentido, tenha-se, v.g., lição de Fábio Zambitte Ibrahim:

“Em determinadas situações, as empresas são obrigadas a comprovar a regularidade fiscal perante o Poder Público. A comprovação é feita, em regra, pelo documento conhecido como Certidão Negativa de Débito, ou CND” (Curso de Direito Previdenciário, Editora Impetus, 2ª ed., 2003, p. 358).

Também a Decisão 705/94 do Tribunal de Contas da União faz referência expressa ao art. 47, I, da Lei 8.212/91, ou seja, CND, como o documento a ser exigível para a comprovação da regularidade fiscal perante o INSS.

Na mesma linha, esse também foi o entendimento consagrado por esta Advocacia Geral do Estado na Nota Jurídica 531, de 20.08.04.

Portanto, deixa-se assentado que, para fins de liberação do pagamento, nos termos previstos no contrato, deve o gestor exigir não a GRP do mês ou folha de pagamento, mas sim a certidão negativa de débito junto ao INSS e FGTS, único documento hábil a comprovar a regularidade fiscal.

E assim ocorre porque, do contrário, poderia o contribuinte ser devedor de vários meses de contribuição e pagar apenas a do mês em curso para





efeito de receber o pagamento.

Portanto, reitere-se, o único meio de comprovar a regularidade fiscal é mediante apresentação da CND, único documento que deve ser exigido pela Administração para liberação dos pagamentos das parcelas contratuais executadas pelo contratado.

CONCLUSÃO

Em suma, opina-se pela necessidade de observância da Decisão 705/94 do Tribunal de Contas da União, de caráter normativo, de modo que a Administração Estadual, de maneira uniforme, deve exigir dos contratados, no âmbito de contratos administrativos, a comprovação da regularidade fiscal perante o INSS e FGTS durante todo o curso da execução contratual.

A exigência se concretiza quando da emissão das faturas, por parte dos contratados, solicitando pagamento da prestação contratual, nos termos previstos no contrato. Nesse momento, deve o contratado fazer acompanhar a fatura da certidão negativa de débito - CND perante o INSS e o FGTS.

A Administração Estadual deve incluir nas minutas-padrão de contrato administrativo duas cláusulas: a primeira, prevendo expressamente a obrigação de comprovar a regularidade perante INSS e FGTS, via apresentação de CND, por ocasião da emissão das faturas para os pagamentos do objeto contratual; e a segunda, prevendo como causa de rescisão do contrato, a situação de irregularidade perante o INSS e o FGTS.

A comprovação da regularidade perante o INSS e FGTS, por



ocasião da emissão das faturas, se faz mediante apresentação da CND, e não de documentos outros.

O pagamento só pode ser efetuado acaso comprovado a regularidade do contratado perante INSS e FGTS. Se, ao contrário, não comprovada a regularidade, o Estado deve reter o pagamento e notificar o contratado e entes federais responsáveis pelas contribuições previdenciárias e FGTS, para a solução da questão, sob pena de rescisão do contrato e consignação de eventuais parcelas devidas em juízo.

Belo Horizonte, 8 de abril de 2005

Erico Andrade

Procurador do Estado

OAB-MG 64.102 - Masp 1050975-0

APROVADO. Em 14/04/2005

Mariane Ribeiro Bueno Freire
Consultor-Juridico Chefe
MASP 363.167-8 - OAB/MG 56566