

**Procedência:** Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG

**Interessado:** Departamento de Estradas e Rodagens - DER

**Número:** 14.659

**Data:** 12 de maio de 2006

**Assunto:** Estado. Autarquia. Contrato administrativo. Exigência de regularidade perante o INSS. Art. 195, § 3º, CF. Lei 8.666/93. Impossibilidade da contratação de empresa em débito para com o INSS.

## RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG, tendo em vista de divergência de entendimento entre sua Assessoria Jurídica e aquela do DER, solicita a esta Advocacia Geral parecer a respeito da seguinte questão: possibilidade ou não de contratação, por parte do DER, em caráter excepcional, de empresa reconhecida e comprovadamente em débito para com o INSS.

## PARECER

Antes de mais nada, ou seja, de adentrar a controvérsia propriamente dita, é preciso anunciar a existência de entendimento anterior desta Consultoria, lançado no Parecer 14.486, de 18.04.05, a respeito da matéria:

*“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. (...)*

*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”.*

A questão examinada no aludido Parecer 14.486, pois, girava em torno da exigência ou não das certidões negativas de INSS e FGTS, por ocasião da efetivação do pagamento, ou seja, no curso da execução contratual, tendo se concluído positivamente no sentido da validade da exigência, que, inclusive, não encontra com previsão legal expressa.

Mas, nesse mesmo Parecer 14.486, apontou-se que, para a contratação, ou seja, no momento da assinatura do contrato administrativo, a exigência de comprovação de regularidade perante o INSS e FGTS era peremptória, porque prevista expressamente no ordenamento jurídico:

*“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 crédito’.*

*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”.*

Feitos esses esclarecimentos iniciais, coloca-se em exame o problema específico da divergência operada entre as Assessorias Jurídicas da SEPLAG e DER: excepcionalmente, é possível a contratação, por parte da Administração Pública, de empresa em débito para com o INSS?

A Assessoria Jurídica da SEPLAG entendeu que não, sob o seguinte fundamento:

*“Assim, a exigência de regularidade fiscal da empresa que contrata com o Poder Público, seja ela privada ou estatal, encontra farta disciplina legal em vários dispositivos normativos, partindo da própria Constituição Federal de 1988 (art. 195, § 3º); do art. 47, da Lei n. 8.212 de 1991; do art. 27, da Lei n. 8.036 de 1990; do art. 2º, da Lei 9.012 de 1995; e finalmente, do art. 27 ao 29 da Lei n. 8.666 de 1993.*

*Por fim, não pode a Administração, diante da inadimplência constatada nas referidas empresas a serem contratadas, simplesmente fazer vistas grossas, mas, ao contrário, exigir a regularização da pendência no prazo mais breve possível e inclusive oficiar aos entes estatais credores para que tomem as medidas legais cabíveis no caso.*

*Por todo o exposto, diante da inadimplência constatada nas referidas empresas, entendemos não ser viável a referida contratação da Auto Viação Trângulo Ltda. - AVT e Líder de Transportes Ltda. - TRANSCOL”.*

Já a Assessoria Jurídica do DER entendeu possível a contratação no caso, ao seguinte fundamento:

*“No entendimento desta PJU/DER, a Administração Pública está obrigada a exigir a regularidade da documentação fiscal para que possa contratar. No entanto, tendo em vista supremacia do interesse público, poderá exceder a regra quando se tratar de serviço público essencial que não possa sofrer solução de continuidade, restando demonstrado que a (s) empresa (s) a ser (em) contratada (s) para o fornecimento de vale-transporte, é a única capaz de prestar os serviços em questão.*

*(...)*

*“Porém, é evidente que os fins acima não serão alcançados, na hipótese de contratação com empresa prestadora de serviço público essencial, na forma de monopólio. Neste caso, temos uma situação em que o interesse público deve ser maior que o cumprimento dos fins legais. Ou seja, restaria maior prejuízo caso a Administração Pública não pudesse contratar com a empresa estatal prestadora de serviço público essencial.*

*“Contudo, coube a esta PJU/DER ressaltar que tal hipótese só é cabível tendo em vista a supremacia do interesse público. Assim, sendo imprescindível à continuidade do serviço público, sendo as empresas concessionárias do transporte e da comercialização do vale-transporte, detentoras da exclusividade do serviço, ou seja, única capacitada a prestação do serviço em questão, restando devidamente justificada essa situação e havendo autorização da autoridade superior, a Administração Pública poderá contratar com tais empresas com documentação fiscal irregular”.*

Cita, ainda, a Assessoria Jurídica do DER, em favor da tese defendida, a Decisão 431/97 do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União, na aludida Decisão 431/97, respondeu a consulta formulada pelo Superior Tribunal de Justiça, a respeito de contratação de empresas estatais, integrantes da Administração indireta, que prestam serviço público taxado de essencial, como se pode extrair de passagens da decisão:

*“Entretanto, forçoso é reconhecer que a situação ora examinada guarda suas peculiaridades, concretizadas na especialidade dos serviços que as estatais fornecem e que são reconhecidos como essenciais. (...) Importa frisar, ainda, que, em regra, os serviços essenciais são exercidos exclusivamente pela Administração, diretamente ou mediante concessão a empresas estatais, detentoras de monopólio. Em síntese, serviço essencial é aquele imprescindível aos usuários. Ganha relevo, neste ponto, o princípio da continuidade do serviço público, retratado por Maria Sylvia Zanella de Pietro: ‘Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar’ (‘in’ ob. cit., pp. 64)”.*

E, em razão do monopólio e da essencialidade do serviço público, bem como de a contratação ser determinante para a continuidade do serviço do STJ, além da impossibilidade de outras alternativas, é que admitiu, excepcionalmente, repita-se, o Tribunal de Contas da União, na citada Decisão 431/97, a contratação de empresta estatal prestadora de serviço público em monopólio:

*“E, no caso sob análise, em que o usuário dos serviços é um órgão da cúpula do Poder Judiciário - STJ -, que tem jurisdição em todo o País e, como consequência, suas decisões alcançam repercussão nacional, é imperioso que os serviços públicos sejam fornecidos a contento e de forma ininterrupta (...) Ressalte-se que, nesta situação, em que inexiste a possibilidade de contratar-se terceiros, não há outra alternativa viável a não ser a contratação daquelas empresas (...)”.*

Sem embargo da excepcionalidade admitida, reiterou o Tribunal de Contas da União no mesmo precedente a necessidade da observância da condição da regularidade perante o INSS para as contratações efetuadas pelo Poder Público:

*“Ademais, tais normativos, ao estabelecerem as condições acima,*

*fazem-no de forma geral, sem prever exceções para nenhuma situação. Nesse sentido foi a Decisão nº 705/94-Plenário, pela qual se firmou o entendimento de que é dever do licitante comprovar sua situação regular perante a seguridade social, independentemente do tipo de licitação (Concorrência, Tomada de Preços ou Convite) e, até mesmo, para as hipóteses de contratação direta (dispensa ou inexigência de licitação). Ainda ficou assente que, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetuado, é necessário que exista a prévia verificação das condições ora tratadas”.*

Diante do quadro exposto, adota-se, aqui, entendimento restritivo, ou seja, o entendimento da SEPLAG, no sentido de que na hipótese não pode haver a contratação, pois não cabe o afastamento excepcional das normas constitucionais e legais que exigem a comprovação da regularidade perante o INSS, para as contratações efetuadas pela Administração Pública.

Sem embargo, registre-se, desde já, respeitável e com a devida fundamentação o entendimento da Assessoria Jurídica do DER. Só que, entre as duas interpretações juridicamente possíveis - situação comum no direito ou na ciência jurídica -, adota-se, aqui, a posição restritiva.

Primeiro, porque determinado setor da doutrina aponta que a observância da regularidade perante o INSS, para efetivação da contratação, é de rigor:

*“Quanto à regularidade perante a Seguridade Social, há de ser interpretada restritivamente, porque a Constituição de 1988, em seu art. 195, § 3º, proíbe o Poder Público de contratar ‘pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social’. Vale dizer: aqui, a noção de regularidade passa, por força do comando constitucional, pela mora, inescusavelmente”* (Jessé Torres Pereira Júnior, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5ª ed., 2002, p. 332).

A mesma linha, em princípio, é seguida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*“Mandado de segurança. Pessoa jurídica. Débito. Contrato com o poder publico. A pessoa jurídica em débito para com a Previdência Social não pode contratar com o poder publico nem dele receber benefício”* (RMS 5.318/BA, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 08.05.95, p. 12303).

Do precedente do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se, ainda, que o entendimento é baseado no disposto no art. 195, § 3º, da CF, bem como no art. 47, I, “a”, da Lei 8.212/91:

*“Como se vê, a pessoa jurídica em débito para com a Previdência Social, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios, porque, para isso, teria de apresentar documento comprobatório de inexistência de débito relativo às contribuições sociais”* (RMS 5.318/BA, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 08.05.95, p. 12303).

Sem embargo, partindo dessa premissa geral, tem-se, também, que é bastante jurídico e razoável o entendimento do Tribunal de Contas da União de, excepcionalmente, efetuar a contratação, com inobservância da exigência da regularidade perante o INSS, de empresas estatais, prestadoras de serviços públicos essenciais, em regime de monopólio, para evitar a paralisação de outro serviço público essencial, que não poderia funcionar sem o primeiro, desde que não houvesse outra alternativa.

E aqui entra o segundo argumento ora adotado, para a opção pelo entendimento mais restritivo: a hipótese fática narrada no expediente administrativo pode não se encaixar no precedente do TCU.

Isso por várias razões:

a) o DER pretende contratar empresas privadas, concessionárias de serviço público, de modo que não se trata de empresa estatal, prestadora de serviço público em regime de monopólio, tanto que existe mais de uma prestadora;

b) a venda de vale-transporte não se afigura serviço público essencial, voltado a atender necessidades essenciais da população;

c) o fato de o DER encontrar-se impossibilidade de comprar o vale-transporte não parece inviabilizar as atividades dele DER, como serviço público;

d) também não parece configurada aquela inexistência de uma outra alternativa viável, no caso, para suprir a ausência do vale-transporte, podendo-se cogitar, v.g., em tese, diante das circunstâncias, da possibilidade de efetuar o repasse do valor do vale-transporte em dinheiro para aqueles que teriam direito de recebê-lo.

Em razão dessas duas considerações, uma de ordem jurídica e outra de ordem fática, é que se prefere adotar, aqui, com a devida vênia, o entendimento restritivo, da impossibilidade da contratação pretendida, em razão de a empresa se encontrar em débito perante o INSS.

Todavia, ressalte-se, mais uma vez que se trata de questão controvertida, relativa à interpretação do direito, bem como interpretação dos fatos, para verificar se eles se amoldam ao precedente do TCU, e que, entre as duas opções postas, aqui apenas se promove, de acordo com a livre convicção jurídica de cada um, acompanhada da devida fundamentação, que, registre-se, existe nos dois entendimentos apresentados, a opção por um deles.

### **CONCLUSÃO**

Em suma, opina-se, reiterada vênia ao entendimento em contrário, pela impossibilidade, no caso apresentado pelo DER (pretensão de contratar, para aquisição de vale transporte, empresa particular, concessionária de serviço público, em débito com o INSS), de a contratação se efetivar, em razão, da existência do débito previdenciário, adotando-se, aqui, a posição restritiva da SEPLAG.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2006

Érico Andrade  
Procurador do Estado  
OAB-MG 64.102 - Masp 1050975-0