



Orientação Técnica 0009/2017

UNIDADE ORÇAMENTÁRIA:	Todas Unidades Orçamentárias
ASSUNTO:	Orientação a respeito da exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista quando do pagamento a contratados no âmbito do Poder Executivo Estadual.

Cuiabá - MT
Setembro/2017

1 - INTRODUÇÃO

Em cumprimento à determinação contida na Ordem de Serviço nº 186/2017, de 16/08/2017, e, na observância do papel institucional da Controladoria Geral do Estado que é de zelar pela qualidade, legalidade e responsabilidade fiscal da gestão dos recursos públicos, elabora-se a presente Orientação Técnica, em substituição à OT nº 0011/2016, de 07/07/2016, em face da edição do Decreto Estadual nº 840/2017, mais especificamente, com relação à exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista quando do pagamento de despesas contratuais no âmbito do Poder Executivo Estadual.

2 - DA ANÁLISE

Inicia-se a análise apresentado um resumo da legislação (Federal, Estadual) que trata da exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista para realizar pagamentos relativo às aquisições de bens, contratações de serviços, locações de bens móveis e imóveis no âmbito da administração pública.

Normatização no âmbito Federal

A Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Da referida lei transcrevemos a seguir os fundamentos que disciplinam a exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista no âmbito da administração pública.

(...)

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir se á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

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

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC)

II - 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

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.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943 . (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011).

(...)

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

(...)

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.

(....)

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

Posicionamento do Tribunal de Contas da União - TCU

ACÓRDÃO Nº 964/2012 – TCU – Plenário

(...)

No mérito, acolho a proposta de encaminhamento do Diretor da unidade técnica, com anuência do Secretário, e discordo da conclusão do representante do Ministério Público, quanto à possibilidade de retenção de pagamento.

De fato, desde a Decisão Plenária 705/1994, o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as 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.

Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal também devem incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação

exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula contratual, a rescisão do contrato e a execução da garantia, para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93).

Verificada, no entanto, a situação de irregularidade fiscal da empresa, incluindo a seguridade social, não pode a Administração Pública simplesmente reter o pagamento, na hipótese de regular execução do contrato pela empresa, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

A não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais pode motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento.

Não há fundamento legal para que o pagamento dos serviços contratuais fique condicionado à comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social.

A retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna (Superior Tribunal de Justiça, RMS 24953/CE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicação: DJe17/3/2008).

O contratado deve ser remunerado pelos serviços que efetivamente executou, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração, vedado pelo ordenamento jurídico (Acórdão 2.197/2009-TCU-Plenário).

Normatização no âmbito Estadual

Decreto nº 8.199, de 16 de Outubro de 2006

Fixou critérios para o pagamento relativo às aquisições de bens, contratações de serviços, locações de bens móveis e imóveis e dá outras providências no âmbito do Estado de Mato Grosso, trouxe as seguintes exigências com relação comprovação de regularidade Fiscal e Trabalhista:

(...)

Art. 1º Os pagamentos relativos às aquisições de bens, contratações de serviços, locações de bens móveis e imóveis e indenizações referentes à serviços e/ou locações, serão efetuados mediante a apresentação dos seguintes documentos:

- a) prova de regularidade junto à Fazenda Estadual, expedida pela Secretaria de Estado de Fazenda da sede ou domicílio do credor;*
- b) prova de regularidade junto à Dívida Ativa do Estado, expedida pela Procuradoria Geral do Estado da sede ou domicílio do credor;*
- c) prova de regularidade relativa à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), quando o Poder Executivo do Estado de Mato Grosso for solidário na obrigação.*

Parágrafo único. Excetua-se às disponibilidades do caput as aquisições/contratações atendidas por pessoas físicas, independentemente do domicílio, sendo liquidadas e pagas a partir da apresentação dos documentos pessoais em plena validade e prova de cadastro.

(...)

Art. 3º Para o pagamento de serviços envolvendo mão de obra atuante nas dependências do órgão/entidade contratante, exigir-se-á, além dos documentos descritos no art. 1º deste decreto, também:

I – apresentação da folha de pagamento, juntamente com a GFIP, relativa aos funcionários executores das atividades estabelecidas no contrato, devendo haver concordância com a relação de funcionários entregue ao gestor do contrato;

II – comprovação do recolhimento individual, relativo ao mês anterior, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, referente aos

funcionários executores das atividades estabelecidas no contrato, devendo haver concordância com a relação de funcionários entregue ao gestor do contrato;

III – comprovação do recolhimento, relativo ao mês anterior, da previdência social – INSS, referente aos funcionários executores das atividades estabelecidas no contrato, devendo haver concordância com a relação de funcionários entregue ao gestor do contrato;

IV – comprovação de entrega dos vales transportes, caso couber, relativos aos funcionários executores das atividades estabelecidas no contrato, devendo haver concordância com a relação de funcionários entregue ao gestor do contrato;

(....)

O DECRETO Nº 8.426 , de 18 de dezembro de 2006 , alterou o Decreto 8.199/2006, no seguinte aspecto:

Art. 1º Fica revogada a alínea "b" do Decreto nº 8.199, de 16 de outubro de 2006, que fixa critérios para o pagamento relativo às aquisições de bens, contratações de serviços, locações de bens móveis e imóveis e dá outras providências.

(...)

O DECRETO nº 2.015 , de 24/06/2009 , acrescentou os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º ao artigo 1º do Decreto nº 8.199/2006, conforme se verifica na transcrição abaixo:

Art. 17 . Ficam acrescidos os §§1º, 2º, 3º e 4º ao Art. 1º do Decreto nº 8.199, de 16 de outubro de 2006, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º (...)

§ 1º Excetuam-se às disponibilidades do caput as aquisições/contratações atendidas por pessoas físicas, independentemente do domicílio, sendo liquidadas e pagas a partir da apresentação dos documentos pessoais em plena validade e

prova de cadastro junto ao INSS.

§ 2º Os órgãos e entidades da Administração Pública, do Poder Executivo Estadual, que celebrarem contrato entre si, ficam desobrigados da regra prevista no caput deste artigo.

§ 3º O disposto no parágrafo anterior não isenta a obrigação dos Órgãos da Administração Pública de manter sua regularidade fiscal.

§ 4º Somente é permitida a exigência de regularidade documental na fase habilitatória da licitação e a partir da liquidação da despesa, sujeitando o agente público infrator à responsabilização do ato.”

A Lei nº 10.162, de 10/09/2014, estabelece:

“Art. 1º Fica o pagamento, pelo Estado, de serviços/obras executadas nos Municípios, condicionado a comprovação, pelas empreiteiras do Certificado de Quitação do ISSQN no local onde estiver sendo feito o serviço.”

DECRETO Nº 840, DE 10 DE FEVEREIRO DE 2017.

(...)

Art. 98 As contratações deverão cumprir as exigências estabelecidas na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e outras normas aplicáveis.

§ 1º Como condição para celebração do contrato, o licitante vencedor deverá manter as mesmas condições de habilitação exigidas na licitação, sob pena de aplicação das sanções cabíveis e rescisão contratual.

§ 2º A não manutenção das condições de habilitação durante a execução contratual não permite a retenção do pagamento devido à contratada por serviços já prestados ou produtos já entregues e recebidos sem ressalvas pelo órgão ou entidade contratante, com exceção dos contratos de terceirização de serviços, nos

quais será admitida a retenção de pagamento para garantir o pagamento dos trabalhadores vinculados à prestação do serviço.

(...)

Parecer nº 431/2007, de 31/07/2007 – Procuradoria Geral do Estado-MT.

... Empresa prestadora de serviço público essencial, na forma de monopólio – abordagem da Decisão 431/1997, do plenário do Egrégio Tribunal de Contas da União. É possível a contratação (e eventuais pagamentos pendentes) de empresas estatais fornecedoras de serviços públicos essenciais sob regime de monopólio, ainda que inadimplente com o INSS e o FGTS, desde que expressamente autorizada pela autoridade máxima do órgão contratante (ou consumidor dos serviços), devidamente justificada e analisada casuisticamente.

- Apesar da recomendação supra, deve se exigir da contratada ou da prestadora de serviços, a imediata regularização da inadimplência, assim como, levar ao conhecimento do INSS e do FGTS as irregularidades verificadas.

- este entendimento também vale para as concessionárias de serviços essenciais que, no caso de energia elétrica e telefonia, sugestionam-se, em adição, a realização de estudos prévios, pesquisas, planos de trabalho, na tentativa de se viabilizarem a contratação mediante Procedimento Licitatório.

Resolução da Procuradoria Geral nº 74 DE 05/10/2016

Colégio de Procuradores da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso considerando a necessidade de disciplinar e uniformizar a orientação quanto à exigência de certidões negativas para liberação de pagamento à empresa em recuperação judicial que presta serviço para o Poder Público, por força de contrato de prestação de serviços;

Resolve:

Art. 1º O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Art. 2º O fato da empresa estar submetida à recuperação judicial disciplinada pela Lei nº 11.101, de 09.02.2005, em nada altera tal cenário, vez que prevalece a possibilidade de responsabilização subsidiária do tomador do serviço por débitos advindo da relação de trabalho, na hipótese de culpa no ato de fiscalizar o adimplemento das obrigações;

Art. 3º No exercício do dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações decorrentes da relação de trabalho, devem ser exigidas das empresas em recuperação judicial que mantém contrato com o Poder Público prova da regularidade relativa à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), bem como deve ser observado o que estabelece o artigo 3º, do Decreto nº 8.199, de 16.10.2006, para fins de liberação de pagamento.

Art. 4º As demais certidões referentes à prova de regularidade fiscal podem ser dispensadas, para fins de liberação de pagamento.

(...)

Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso - TCE MT

Resolução de Consulta 6/2015, decisão de 09/06/2015

(...)

1) A regularidade fiscal e trabalhista é exigida para quaisquer das formas de contratação previstas na Lei nº 8.666/1993, incluídas as compras diretas, sendo condição a ser mantida durante toda a execução contratual e verificada para cada pagamento realizado ao contratado (conforme inteligência dos arts. 27 e 29 c/c art. 55, XIII, todos da Lei de Licitações), observada a faculdade prevista no § 1º do seu art. 32, bem como a obrigatoriedade imposta pela Resolução de Consulta nº 39/2008 deste Tribunal.

2) A não comprovação da regularidade fiscal e trabalhista do contratado na constância da execução contratual é motivo para a rescisão administrativa do contrato, garantida a ampla defesa e o contraditório, nos termos dos arts. 78, I, II, parágrafo único, e 79, da Lei nº 8.666/1993. Nesse caso, os créditos do contratado decorrentes da efetiva execução do objeto contratual devem ser pagos, ressalvada a possibilidade de retenção dos créditos até o limite de eventuais prejuízos suportados pela Administração, conforme previsão do art. 80, IV, da Lei nº 8.666/1993.

3) *É possível à Administração, antes de adotar as medidas necessárias para a rescisão administrativa do contrato, conceder um prazo para que o contratado regularize suas obrigações fiscais ou trabalhistas, quando não identificar má-fé ou constatar a capacidade do contratado de corrigir a situação irregular.*

4) *Na hipótese de rescisão contratual em face da irregularidade fiscal ou trabalhista do contratado, a Administração deve analisar o custo/benefício da rescisão, ou seja, deve avaliar e formalmente justificar, sob a ótica da economicidade e da eficiência, o que melhor satisfaz o interesse público nessa situação, levando em conta: o estágio de evolução do cumprimento do contrato; os custos inerentes a uma nova contratação; e, a suficiência das garantias contratuais e dos créditos do contratado para indenizar eventual prejuízo ao erário decorrente da rescisão administrativa.*

5) *Não é possível a retenção de créditos devidos a contratados por motivo exclusivo de não comprovação de regularidade fiscal ou trabalhista – desde que não existam quaisquer outras pendências decorrentes da relação contratual que possam eventualmente causar prejuízos ao erário – tendo em vista a inexistência de previsão legal que autorize a retenção e que tal prática importaria em enriquecimento sem causa da Administração.*

Conforme fartamente consolidado na legislação apresentada os pagamentos relativos às aquisições de bens, contratação de serviços, locação de bens móveis e imóveis e indenizações referentes à serviços e/ou locações, serão efetuados após apresentação de certidões e regularidade fiscal e trabalhista.

A não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais pode motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento.

A retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna (Superior Tribunal de Justiça, RMS 24953/CE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicação: DJe17/3/2008).

O contratado deve ser remunerado pelos serviços que efetivamente executou, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração, vedado pelo ordenamento

jurídico.

A retenção de pagamento por serviços prestados só será possível quando envolver contratos de terceirização de serviços, e referida retenção tem como objetivo garantir o pagamento dos trabalhadores vinculados à prestação dos serviços.

Assim, diante da fundamentação legal apresentada, recomendamos:

- Os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual devem passar a incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula contratual, a rescisão do contrato e a execução da garantia, para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93).
- os órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da empresa contratada, a regularidade fiscal e trabalhista, mediante apresentação das certidões referentes a:
 - (...)
 - a) *prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei* (Art. 29 da Lei 8.666/93).
 - b) *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 da Lei 8.666/93).
 - c) *prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos da Lei 12.440, de 2011.* (Art. 29 da Lei 8.666/93).
- Quando couber, o pagamento, pelo Estado, de serviços/obras executadas nos Municípios, fica condicionado a comprovação, pelas empreiteiras do Certificado de Quitação do ISSQN no local onde estiver sendo feito o serviço. (art. 1º da Lei 10.162/2014).

- Regra geral a não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais pode motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas (*arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93*), mas não a retenção do pagamento .
- A retenção do pagamento pela não apresentação de certidões de regularidade fiscal e trabalhista é possível nos contratos de terceirização de serviços, para garantir o pagamento dos trabalhadores vinculados à prestação dos serviços (Art. 3º do Decreto nº 8.199/2006). Nesta situação os Empenhos e as Liquidações devem ser emitidos em nome das empresas, consignando-se em nome dos trabalhadores os valores referentes ao pagamento dos salários. O procedimento é o mesmo com relação aos encargos sociais e trabalhistas.
- Quando não identificar má-fé ou verificar a capacidade do contratado corrigir a situação irregular, o gestor, antes de adotar as medidas necessárias para a rescisão administrativa do contrato, pode conceder um prazo para que o contratado regularize suas obrigações fiscais e/ou trabalhistas. (*Resolução de Consulta TCE-MT 06/2015*).
- Persistindo a irregularidade o processo deve ser encaminhado ao setor de gestão de contratos para providências visando a rescisão ou denúncia do contrato.
- Tratando-se de empresa prestadora de serviço público essencial, na forma de monopólio é possível a contratação (e eventuais pagamentos pendentes), ainda que inadimplente com o INSS e FGTS. Este entendimento também vale para concessionárias de serviços essenciais (energia elétrica). Desde que expressamente autorizado pela autoridade máxima do órgão contratante (ou consumidor dos serviços) analisado caso a caso e devidamente justificado. Além disso, deve-se exigir da contratada ou da prestadora de serviços, imediata regularização da inadimplência, assim como, levar ao conhecimento do INSS e FGTS as irregularidades verificadas. (*Parecer nº 431/2007 – PGE/MT*).
- Devem ser exigidas das empresas em recuperação judicial que mantêm contrato com o Poder Público prova da regularidade relativa à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), bem como deve ser observado o que estabelece o artigo 3º, do Decreto nº 8.199, de 16.10.2006, para fins de liberação de pagamento. (*Resolução PGE/MT nº 74 de 05/10/2016*).

- Somente é permitida a exigência de regularidade documental na fase habilitatória da licitação e a partir da liquidação da despesa, sujeitando o agente público infrator à responsabilização do ato. (art.17 do Decreto nº 2.105/2009).

À apreciação superior.

Cuiabá, 18 de Setembro de 2017

Silvano Botelho Lucidos
Auditor do Estado

Fabiano Ferreira Leite
Superintendente de Controle em Gestão Fiscal e Patrimonial

VIRTUTE

PLUSQUAM