

GRUPO I – CLASSE III – Plenário

TC 028.946/2010-3

Natureza: Consulta

Órgão: Tribunal Superior do Trabalho - JT

Interessado: Milton de Moura França (036.326.018-87)

Advogado: não há

SUMÁRIO: CONSULTA. CONHECIMENTO. RESPOSTA AO INTERESSADO. ARQUIVAMENTO.

A comprovação de regularidade com a Fazenda Federal, a que se refere o art. 29, III, da Lei nº 8.666/1993, poderá ser dispensada nos casos de contratações realizadas mediante dispensa de licitação com fulcro no art. 24, incisos I e II, dessa mesma lei.

Relatório

Cuidam os autos de consulta formulada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior de Justiça do Trabalho (TST/CSJT), Ministro Milton de Moura França, mediante Ofício nº 61/2010 – CSJT, de 4/10/2010, a respeito de aparente conflito entre dois acórdãos do Tribunal de Contas da União: Acórdão TCU nº 2616/2008 – Plenário e Acórdão TCU nº 3146/2010- Primeira Câmara.

2. O consulente manifestou-se nos seguintes termos:

“A presente consulta visa a dirimir dúvida suscitada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que observou, por um lado, que o Acórdão TCU nº 2616/2008- Plenário (...) traz em seu bojo que ‘se é justificável a dispensa de apresentação de regularidade fiscal nos casos de convite, em razão do diminuto valor do contrato, com mais razão o será nas hipóteses de contratação direta com fulcro nos incisos I e II do art. 24 da lei de licitações (...). As contratações tratadas neste recurso são de pequena monta e, regra geral, referem-se a situações urgentes ou imprevistas, além de envolverem objetos de extrema simplicidade. Criar exigências para esse tipo de contratação significa, a meu ver, afrontar os princípios da eficiência e da proporcionalidade.

Mais recentemente, em 16/6/2010, o acórdão nº 3146/2010 – TCU 1ª Turma (*sic*) firmou entendimento nos seguintes termos:

‘(...)

9.3.3.1 por força do disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, que se torna sem efeito, em parte, o permissivo do art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a documentação relativa à regularidade fiscal e com a Seguridade Social, prevista no art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade de convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento de pronta entrega;

9.3.3.2. a obrigatoriedade da apresentação da documentação referida no subitem anterior é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação *ex vi* do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;’

Considerando a dúvida suscitada, que aponta um aparente conflito entre as decisões emanadas por essa Corte de Contas, infere-se a necessidade de se realizar a presente consulta”.

3. O AuFC responsável pela instrução verificou o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, V e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU (RI/TCU).

4. Contudo, observou o auditor federal que a consulta versa sobre caso concreto, uma vez que pretende que esta Corte de Contas responda qual decisão, entre as duas apresentadas, se aplica a determinado caso em exame no TST.
5. Sob a perspectiva do auditor, os autos devem se tratados como “incidente de uniformização de jurisprudência”, nos termos do art. 91, *caput* e respectivos parágrafos, do RI/TCU. Assim, propõe:
 - “a) não se conhecer do presente feito como consulta, por tratar de caso concreto;
 - b) a critério do Sr. Ministro Relator, que o feito seja recebido como Incidente de Uniformização de Jurisprudência, observando-se o disposto no art. 91, *caput* e parágrafos do Regimento Interno do TCU; e,
 - c) caso se entenda inviável o recebimento do feito na forma anteriormente indicada, sejam os autos arquivados, dando-se ciência ao consulente da decisão que vier a ser adotada.”
6. O diretor da 2ª Diretoria da 3ª Secex, embora tenha concordado com o auditor quanto ao fato de que a consulta versa sobre caso concreto, diverge do encaminhamento proposto. Segundo o diretor, a análise mais aprofundada do tema na jurisprudência deste Tribunal demonstra não haver contradição entre os julgados, o que viabiliza a resposta à consulta, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade.
7. A partir dessa premissa, o diretor elaborou a seguinte análise, a que anuiu o titular da unidade técnica:

“Da Inexistência de Contradição a Respeito do Tema Objeto da Consulta

5. Resumidamente, o consulente questiona se há “*obrigatoriedade da exigência de comprovação de regularidade perante a Fazenda Federal, nas contratações realizadas por dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.*”. Justificando sua dúvida, aponta que o Acórdão nº 2616/2008 -TCU-Plenário e o Acórdão nº 3146/2010-TCU-1ª Câmara são contraditórios quanto ao assunto.

6. No entanto, demonstrarei que a contradição suscitada deve-se a falha de redação da deliberação proferida pela 1ª Câmara, e não a uma possível incoerência a respeito do entendimento desta Corte sobre o assunto. Senão, vejamos.

7. O Acórdão nº 2616/2008-TCU-Plenário foi proferido em sede de pedido de reexame contra o Acórdão nº 725/2007-TCU-Plenário, o qual havia determinado à Infraero que **exigisse ‘comprovação de regularidade fiscal mesmo de empresas contratadas por meio de dispensa de licitação, fundamentada nos incisos I e II, do art. 24, da Lei 8.666/1993’**. Na oportunidade, foi dado provimento ao pedido do reexame, tornando-se insubsistente a determinação retrocitada. (grifei)

8. Por sua vez, a 1ª Câmara desta Corte, ao analisar a prestação de contas da Administração Regional do Serviço Social do Comércio no Amapá, exercício de 2006, expediu, por meio do Acórdão nº 3146/2010-TCU-1ª Câmara, a seguinte determinação à entidade:

“9.3.3. observar o entendimento prevalecente nesta Corte segundo o qual (cf. *Decisão 705/1994-Plenário e Acórdão 457/2005-2ª Câmara*):

9.3.3.1. por força do disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, que torna sem efeito, em parte, o permissivo do art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993, a documentação relativa à regularidade fiscal e com a Seguridade Social, prevista no art. 29, inciso IV, da Lei 8.666/1993 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

9.3.3.2. a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida no subitem anterior é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento

com dispensa ou inexigibilidade de licitação ex vi do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;”.(grifei)

9. Ao analisar os dois julgados, especificamente os termos destacados, observa-se que o tema trazido ao debate nos remete a duas questões: da exigência de documentação que comprove a regularidade fiscal das empresas que estejam interessadas em contratar com o poder público, prevista no art. 29 da Lei nº 8.666/1993; e dos casos em que a referida documentação poderá ou não ser dispensada, conforme previsão do art. 32, 1º, do Estatuto das Licitações, e do art. 195, §3º, da Constituição Federal.

10. Para melhor compreensão, transcreveremos os dispositivos citados.

Art. 29 da Lei nº 8.666/1993:

*“A documentação relativa à **regularidade fiscal**, conforme o caso, consistirá em:*

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”.* (grifei)

Art. 32, §1º, da Lei nº 8.666/1993:

*§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei **poderá ser dispensada**, no todo ou em parte, nos casos de **convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão**.*

Art. 195, §3º, da Constituição Federal:

*“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.”.*

11. Apenas com base nos dispositivos transcritos, pode-se abstrair o seguinte entendimento: Não obstante o art. 32, §1º, da Lei nº 8.666/1993 autorize a possibilidade de se dispensar a exigência de comprovação de alguns requisitos de habilitação previstos nos artigos 28 a 31, entre eles a **regularidade fiscal**, e exclusivamente nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, o art. 195, §3º, da CF veda, incondicionalmente, a contratação, pelo poder público, de pessoa jurídica que esteja em débito com a seguridade social.

12. Sendo a **regularidade com a seguridade social uma das exigências para se obter a regularidade fiscal**, prevista no inciso IV do art. 29, evidenciado está aparente conflito entre os dispositivos retrocitados. Entretanto, tal controvérsia já foi solucionada, ainda em 1994, logo após a entrada em vigor da Lei nº 8.666/1993, oportunidade em que este Tribunal firmou entendimento em relação ao tema, **em caráter normativo**, nos termos da Decisão Plenária 705/1994, *in verbis*: (grifei)

“I firmar o entendimento de que:

*a) por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal - que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8666/93 -, a documentação relativa à **regularidade com a Seguridade Social**, prevista no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8666/93 e, mais discriminadamente, no art. 27-a da Lei nº 8036/90, no art. 47-I-a da Lei nº 8212/91, no*

art. 2º-a da IN nº 93/93-SRF e no item 4-I-a da Ordem de Serviço INSS/DARF nº 052/92 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea "a" acima é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexistência de licitação "ex vi" do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;

c) nas tomadas de preços, do mesmo modo que nas concorrências para contratação de obra, serviço ou fornecimento de bens, deve ser exigida obrigatoriamente também a comprovação de que trata o inciso III do art. 29 da Lei nº 8666/93 a par daquela a que se refere o inciso IV do mesmo dispositivo legal;

d) 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;". (grifei)

13. Do exposto, verifica-se, também, que a prova de regularidade perante à seguridade social é apenas um dos documentos exigidos para atestar a regularidade fiscal, a qual ainda requer os documentos previstos nos incisos I a III do art. 29 da Lei 8.666/1993, entre eles os relativos à regularidade com a Fazenda Federal. Ou seja, percebe-se que aquela primeira é espécie do gênero regularidade fiscal. (grifei).

14. Ressalto a importância para essa distinção, pois demonstrarei adiante que em alguns julgados proferidos por este Tribunal houve confusão entre o gênero e a espécie. A expressão regularidade fiscal foi empregada para referir-se à regularidade com a seguridade social.

15. Com as colocações acima, fica claro perceber qual foi o conflito apontado pelo consulente. Enquanto o Acórdão nº 2616/2008-TCU-Plenário dispensa a obrigatoriedade de comprovação da regularidade fiscal nas contratações fundadas nos incisos I e II, do art. 24, da Lei 8.666/1993, aí incluída a regularidade com a Fazenda Federal, o Acórdão nº 3.146/2010-TCU-1ª Câmara não só exige-a para todas as licitações como também para as contratações realizadas por meio de dispensa e inexistência, indistintamente. Como fundamento desse segundo julgado, consta do item 9.3.3.2 acima transcrito que tal exigência é decorrência direta do disposto no § 3º do art. 195 da CF.

16. Ocorre que o § 3º do art. 195 da CF, acima transcrito, proíbe a contratação de pessoa jurídica com o poder público apenas se estiver em débito com o sistema de seguridade social, que é um dos componentes da regularidade fiscal, como já explorado neste despacho. Assim, do ponto de vista legal, poderá um órgão público contratar uma empresa, nos casos especificamente previstos no §1º do art. 32 da Lei nº 8.666/1993, mesmo que ela não esteja regular com a Fazenda Federal, visto que a constituição só exige a regularidade perante a seguridade social. (grifei)

17. A primeira confusão que acredito tenha ocorrido em relação ao emprego das expressões "regularidade fiscal" e "regularidade com a seguridade social" no Acórdão nº 3.146/2010-TCU-1ª Câmara observa-se no item 9.3.3.1, transcrito no parágrafo 4 deste despacho, nos seguintes termos: "(...) a documentação relativa à regularidade fiscal e com a Seguridade Social (...)". Ora, não seria necessário incluir no texto a expressão "e com a seguridade social", pois ela está embutida no conceito de regularidade fiscal (grifei).

Ademais, mais dois trechos do acórdão reforçam o entendimento de que houve falha na sua redação. O item 9.3.3 inicia a deliberação chamando atenção para a existência de um "entendimento prevalecente" deste Tribunal sobre o assunto, exarado nos termos da Decisão Plenária nº 705/1994 e do Acórdão 457/2005-2ª Câmara. Ao analisar os itens 9.3.3.1 e 9.3.3.2 que se seguem, verifica-se que, à exceção da expressão "a documentação relativa à regularidade fiscal e com a seguridade social", todo o conteúdo dos dois itens é cópia fidedigna de dispositivos contidos na Decisão Plenária nº 705/1994, parcialmente transcritos abaixo:

“a) por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal - que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8666/93 -, **a documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social**, prevista no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8666/93 e, mais discriminadamente, no art. 27-a da Lei nº 8036/90, no art. 47-I-a da Lei nº 8212/91, no art. 2º-a da IN nº 93/93-SRF e no item 4-I-a da Ordem de Serviço INSS/DARF nº 052/92 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea "a" acima é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação "ex vi" do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;”. (grifei)

19. Dos termos acima destacados, observa-se que apenas a documentação relativa à **regularidade com a seguridade social** foi registrada na Decisão nº 705/1994-Plenário, em perfeita consonância com o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, nada tendo sido consignado a respeito de exigibilidade de comprovação de “regularidade fiscal”, como constou do Acórdão nº 3146/2010-TCU-1ª Câmara. (grifei)

20. Prosseguindo, há mais um trecho no acórdão, contido no item 9.3.3.1, que nos fornece a ideia errada de que o inciso IV do art. 29 da Lei 8.666/1993 exige a obrigatoriedade de comprovação tanto da regularidade fiscal como da regularidade com a seguridade social. Entretanto, tal dispositivo, segundo a lei, só faz referência quanto à demonstração de prova de regularidade em relação à seguridade social e ao FGTS.

21. De todo o modo, não obstante as constatações acima, pesquisa realizada na jurisprudência deste Tribunal revelou a existência de outros julgados que, a exemplo do Acórdão nº 3146/2010-1ª Câmara, fazem referência à regularidade fiscal ao invés de regularidade com a seguridade social. Nesse sentido os acórdãos 461/1998, 62/2001, 1287/2004, do plenário, 1099/2010, 4562/2008, 457/2005 da 2ª Câmara e 427/2008, 32/2008, 1979/2008, da 1ª Câmara. Sendo assim, aprofundi a pesquisa no intuito de encontrar alguma deliberação que tivesse promovido a mudança de entendimento sobre o assunto, já firmada nos termos da Decisão Plenária nº 705/1994.

22. Inicialmente, chamou atenção o fato de todos esses julgados terem tratado de irregularidades verificadas em entidades integrantes do sistema “S”, as quais estavam dispensando, com base em seus regulamentos licitatórios próprios, a apresentação de comprovação de “regularidade fiscal” em todos os seus processos licitatórios. No mérito, em todas as oportunidades este Tribunal se pronunciou no sentido de determinar às entidades que modificassem seu regulamento de licitações e exigissem a comprovação de regularidade fiscal, com vistas a dar efetivo cumprimento à determinação nesse sentido já exarada no âmbito do Acórdão nº 62/2001-Plenário, parcialmente transcrito abaixo:

“8.5 - determinar ao Conselho Nacional do Serviço Social do Comércio - Sesc que promova a alteração do artigo 12 da Resolução/Sesc n. 949, de 26/08/1998, a fim de adequá-lo ao princípio constitucional da igualdade, insito no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, no que concerne à exigência da **comprovação de regularidade fiscal** em todas as licitações efetuadas pela entidade, encaminhando-lhe, a título de subsídio, cópia desta deliberação, bem assim do Relatório e do Voto que a fundamentam;”. (grifei)

23. Por outro lado, existem outros julgados, também referentes às entidades do Sistema “S”, e tratando sobre o mesmo tema, em que foi determinada a mesma providência do parágrafo anterior, com a diferença de ter havido a substituição do termo “regularidade fiscal”, presente no Acórdão nº 62/2001-Plenário, pelo termo “regularidade com a seguridade social”, presente na Decisão Plenária nº 705/1994. São os Acórdãos 1126/2003, 3016/2003 e 2371/2003, 322/2008, todos da 1ª Câmara.

24. Existe, ainda, um terceiro grupo de acórdãos que determina a **comprovação de regularidade fiscal**, mas restringindo-a somente à **seguridade social e ao FGTS** – Acórdãos 2099/2008, 1012/2008, 1012/2008, 1950/2008, 3214/2008, todos da 1ª Câmara. (grifei)

25. Ao compulsar os relatórios e as propostas de deliberação que fundamentaram cada um desses julgados, percebem-se evidências que comprovam ter havido confusão entre o gênero e a espécie - o emprego da expressão “regularidade fiscal” no lugar da expressão “regularidade com a seguridade social”. A maioria das deliberações utiliza como razões de decidir o argumento de que o Tribunal já consolidara o entendimento a respeito do tema por meio das Decisões nº 461/1998-Plenário e 705/1994-Plenário. Ocorre que as duas decisões se distinguem justamente em relação ao emprego das expressões “regularidade fiscal” e “regularidade com a seguridade social”.

26. Aquele primeiro *decisum* foi exarado nos autos do TC 001.620/1998-3, o qual tratou de examinar, em caráter conclusivo, a minuta do Regulamento de Licitações e Contratos dos órgãos integrantes do Sistema “S”.

27. O exame do referido documento foi realizado por meio de um grupo de trabalho constituído de servidores deste Tribunal e teve a finalidade de fornecer subsídios para a elaboração de regulamento próprio de licitações e contratos para as entidades integrantes do sistema, tendo em vista não estarem sujeitas à lei nº 8.666/1993. Houve diversas reuniões entre esse grupo e uma comissão de representantes das entidades integrantes do sistema “S”, com o propósito de discutirem alterações necessárias na minuta. Uma alteração sugerida pelo grupo foi para que fosse incluída no regulamento a obrigatoriedade de os documentos referentes à **regularidade fiscal** serem sempre exigidos dos licitantes, sob o fundamento de assegurar a igualdade de condições entre eles em relação aos seus encargos fiscais. (grifei)

28. Ocorre que tal sugestão foi de encontro ao posicionamento anterior do Tribunal sobre a matéria, vazado nos termos da Decisão Plenária nº 705/1994, **a qual havia firmado o entendimento, frise-se, em caráter normativo**, de que somente é exigível a **obrigatoriedade de comprovação de regularidade em relação à seguridade social**, conforme reza Art. 195, §3º, da CF. (grifei).

29. Oportuno destacar que o estudo realizado por este Tribunal sobre a minuta do Regulamento de Licitações e Contratos das entidades do sistema “S” decorreu de determinação expressa da Decisão Plenária TCU nº 907/97. Tal julgado foi proferido no âmbito de processo de denúncia que tratou de apreciar supostas irregularidades que teriam sido praticadas pelo SENAC/RS, consubstanciadas na inobservância da Lei nº 8.666/1993. No mérito, esta Corte firmou o entendimento de que a referida lei não é aplicável às entidades integrantes do Sistema “S”, e que elas deveriam seguir procedimentos licitatórios próprios regulados em normativos específicos.

30. Em relação ao assunto ora em debate, constou do relatório condutor da Decisão Plenária 907/1997 o seguinte entendimento:

“7.6.2 De fato, a Lei faculta a apresentação da documentação prevista nos arts. 28 a 31 da mesma Lei; entretanto, é de exigência obrigatória nas licitações públicas a apresentação da comprovação quanto à regularidade com a Seguridade Social prevista no inciso IV do art. 29, haja vista disposição constitucional expressa no § 3º do art. 195 da Constituição Federal. O Tribunal já se pronunciou neste sentido por meio da Decisão nº 705/95, proferida pelo Plenário, Ata nº 54/94.” (grifei)

31. Por sua vez, a Decisão nº 461/1998, exarada nos autos que examinou a referida minuta, registrou, por meio do item 2.2, abaixo transcrito, que este Tribunal examinaria a pertinência dos regulamentos que viriam a ser produzidos pelas entidades integrantes do Sistema “S” com os entendimentos firmados na Decisão Plenária 907/1997:

“este Pretório, ao julgar as contas e ao proceder à fiscalização financeira das entidades do Sistema “S”, pronunciar-se-á quanto ao cumprimento dos regulamentos em vigor,

relativamente a licitações e contratos, bem como à pertinência desses regulamentos em relação à Decisão/Plenário/TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97.”.

32. Do exposto, percebe-se mais uma evidência de que a alteração proposta pelo grupo de estudo que examinou a minuta do Regulamento de Licitações e Contratos das entidades integrantes do Sistema “S”, nos termos do parágrafo 22 retro, foi equivocada. A própria Decisão Plenária 461/1998, que examinou a minuta, deixou assente que o critério de referência para fins de controle de adequação do conteúdo dos regulamentos que viriam a ser produzidos seria os entendimentos firmados na Decisão Plenária 907/1997. Tendo essa deliberação consignado o entendimento de que só é exigível nas licitações comprovação quanto à regularidade com a Seguridade Social, carece de fundamento lógico proposta contida naquele primeiro julgado em sentido contrário.

33. Com efeito, não há o mínimo sentido em conferir às entidades do sistema “S”, não integrantes da administração pública, e por essa razão menos sujeitas as amarras burocráticas inerentes ao poder público, restrição maior do que as existentes para os órgãos e entidades governamentais. Se por força do art. 32, §1º, da Lei nº 8.666/1993, esses podem dispensar, no todo ou em parte, a comprovação de regularidade fiscal nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, razão não há para não estender tal prerrogativa às entidades do sistema “S”.

34. Passo a demonstrar a seguir, por meio da transcrição de alguns julgados, as contradições observadas entre as deliberações e suas respectivas fundamentações, com o intuito de demonstrar que houve confusão no emprego das expressões “regularidade fiscal” e “regularidade com a seguridade social”.

35. Nas decisões em que se faz menção à regularidade fiscal, exame dos relatórios e dos votos que as fundamentam revela que o termo foi utilizado para registrar, de fato, regularidade com a seguridade social. Destacarei as expressões que possibilitarão comprovar o emprego equivocado daquela primeira expressão.

36. Acórdão 1287/2004-Plenário

“9.2 conhecer, com fulcro nos arts. 32, I e 33, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, do Recurso de Reconsideração interposto pelos Serviços Social da Indústria - SESI e Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI para, no mérito, dando-lhe provimento parcial, alterar a redação do subitem 8.5 do Acórdão recorrido, que passa a ter o seguinte teor:

*“8.5 determinar ao Conselho Nacional do Serviço Social do Comércio - SESC que promova a devida alteração na Resolução/SESC nº 1.012, de 25/09/2001, a fim de adequá-la ao princípio constitucional da igualdade, insito no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, no que concerne à exigência da **comprovação de regularidade fiscal** nas licitações efetuadas pela entidade, exceto nos casos de concurso, leilão e concorrência para alienação de bens, encaminhando-lhe, a título de subsídio, cópia desta deliberação, bem assim do Relatório e do Voto que a fundamentam;”.* (grifei)

37. Voto do Ministro Relator

“Na verdade, este Tribunal já se pronunciou sobre esta matéria, inclusive no tocante ao argumento levantado pelos recorrentes, ao apreciar o TC 020.032/93-5, tendo prolatado a Decisão Plenária nº 705/1994, in Ata nº 54/1994, nos seguintes termos:

‘1. firmar o entendimento de que:

*a) por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal - que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8666/93 -, a documentação relativa à **regularidade com a Seguridade Social**, prevista no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8666/93 e, mais discriminadamente, no art. 27-a da Lei nº 8036/90, no art. 47-I-a da Lei nº 8212/91, no art. 2º-a da IN nº 93/93-SRF e no item 4-I-a da Ordem de Serviço INSS/DARF nº 052/92 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para*

contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea a acima é aplicável igualmente aos casos de **contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação** “ex vi” do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;

(...)

Assim, ante o conflito entre o permissivo constante do § 1º do art. 32 da Lei nº 8666/93 e a mencionada vedação constitucional, foi reconhecida a prevalência da norma constitucional sobre aquela de índole infraconstitucional, o que implica no entendimento de que a **prova de regularidade relativa à Seguridade Social**, especificamente, deve ser obrigatoriamente exigida em qualquer licitação pública cujo objeto seja obra, serviço ou fornecimento de bens, isso independentemente da modalidade licitatória ou da forma do fornecimento adotados.”

(...)

Acrescentou, ainda, o Relator da matéria, Senhor Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, que permitir ao inadimplente participar de licitação pública significaria, em uma análise abrangente, conceder certo tipo de benefício aos devedores, o que, neste caso, é expressamente vedado pelo § 3º do art. 195 da Constituição da República.

Ressalto, apenas, que o aludido Relator excluiu, na ocasião, de tal obrigatoriedade, os casos de concurso e leilão ou de concorrência para alienação de bens, por se tratarem de modalidades especiais, que se exaurem com a classificação dos trabalhos e o pagamento dos prêmios ou pela venda que é feita à vista ou a curto prazo.

(...)

Desse modo, entendo que se deva dar provimento parcial ao presente recurso, para excluir, na esteira da **Decisão 705/1994**, a obrigatoriedade da **exigência da regularidade fiscal** tão-somente aos casos de concurso, leilão e de concorrência para alienação de bens. (grifei)

38. Acórdão 457/2005-2ª Câmara

“9.2. determinar aos Conselhos Nacionais do SESCOOP, SENAC, SENAI, SENAT, SESI e SEST, bem como aos Conselhos Deliberativos do SEBRAE, SENAR e DA APEX-BRASIL, que:

9.2.1. promovam a devida alteração em seus respectivos Regulamentos de Licitações e Contratos, a fim de adequá-los ao princípio constitucional da igualdade, insito no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, no que concerne à **exigência da comprovação de regularidade fiscal** nas licitações efetuadas pelas entidades, exceto nos casos de concurso, leilão e concorrência para alienação de bens;”

39. Voto do Ministro Relator

“2. Como posto no Relatório que antecede este Voto, em recente julgado (TC 007.342/99-3, Acórdão 1287/2004 Plenário) ficou assente a necessidade de se promover a alteração dos Regulamentos de Licitações e Contratos das Entidades dos Serviços Sociais Autônomos, a fim de adequá-los ao princípio constitucional da igualdade, insito no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, concernente à exigência da comprovação da regularidade fiscal em todas as licitações efetuadas pelas entidades, excetuando-se, tão somente, os casos de concurso, leilão e concorrência para alienação de bens.”

40. Comentário: A fundamentação do voto apenas reforça a necessidade de se reiterar a determinação já exarada no Acórdão 1287/2004-Plenário, o qual, como já visto nos itens 32 e 33, foi redigido equivocadamente no tocante a expressão “regularidade fiscal”.

41. Acórdão 1979/2008 -1ª Câmara

“9.5.9. *inclua em seus editais de licitação a necessidade de comprovação da regularidade fiscal dos participantes, exigindo-a em todas as contratações feitas pelo Sesc/AR/PA, inclusive nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação;*”

42. Voto do Ministro Relator

“(…)

No que concerne à falta de **comprovação de regularidade fiscal** das empresas participantes de processos licitatórios, os responsáveis aduziram que, após o Acórdão 457/2005 - 2ª Câmara e, posteriormente, com a Resolução Sesc 1102/2006, os editais do Sesc/PA passaram a exigir a referida comprovação.

Ocorre que, anteriormente a 2004 (ano relativo às presentes contas), este Tribunal já tinha se manifestado conclusivamente sobre **a necessidade da comprovação da regularidade fiscal em todas as modalidades de licitação**, bem como nos casos de dispensa e inexigibilidade de certame licitatório, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"[determinar] ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - Administração Nacional para que estenda a exigência de apresentação da **documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social**, prevista na alínea "d" do inciso IV do art. 12 da Resolução 32, de 15.09.1998, Regulamento de Licitações e Contratos do Senar, a todas as modalidades de licitação para contratação de obras, serviços ou fornecimento de bens, assim como em situações de contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação, de acordo com entendimento firmado na Sessão Plenária de 21.11.1994 (Ata 54/1994, DOU de 6.12.1994)" (TC 013.007/2002-5, Acórdão 1.126/2003-Primeira Câmara)." (grifei).

43. **Comentário:** É citado como fundamento o fato de o Tribunal já ter se manifestado conclusivamente sobre o assunto, por meio do Acórdão 457/2008-2ª Câmara. Ocorre que esse julgado também conteve erro ao tratar ao assunto, conforme consignado nos itens 34 e 35 deste despacho. Adicionalmente, houve a citação de um acórdão precedente o qual registra a obrigatoriedade de apresentação da documentação de regularidade exclusivamente referente à seguridade social.

44. De todo o exposto, verifica-se que nas oportunidades em que este Tribunal se manifestou pela obrigatoriedade de se exigir a comprovação de regularidade fiscal como condição de participação nos certames, até mesmo para os casos autorizados pelo art. 32, §1º, da Lei 8.666/1993, o fez invocando como fundamento deliberações anteriores que já tratara do assunto. Entretanto, como já discorrido neste despacho, todas essas deliberações referências remetem ao entendimento já consolidado na Decisão Plenária 705/1994, a qual exige apenas regularidade com a seguridade social.

45. Logo, não há que se falar em conflito de entendimento deste Tribunal sobre o assunto. O que de fato ocorreu é que em alguns julgados a expressão regularidade fiscal foi empregada para se referir à regularidade com a seguridade social.

46. Afastada a hipótese de contradição deste Tribunal a respeito do tema trazido ao debate nestes autos, passaremos ao exame de mérito da consulta.

Da Consulta

47. O consulente questiona se há "**obrigatoriedade da exigência de comprovação de regularidade perante a Fazenda Federal, nas contratações realizadas por dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.**"

48. Para fins de habilitação para participação nas licitações, o art. 27 da Lei nº 8.666/1993 estabelece uma série de exigências, entre elas que os interessados apresentem documentação comprovando sua regularidade fiscal.

49. Ao discriminar os documentos necessários para comprovar a regularidade fiscal, o art. 29 da lei assim dispõe:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”.

50. Do exposto, verifica-se que a prova de regularidade com a Fazenda Federal, prevista no inciso III do artigo 29, é um dos requisitos exigidos para se obter a regularidade fiscal.

51. De outra parte, a própria Lei 8.666/1993, mitigando a exigência do seu art. 27, estabeleceu, em seu artigo 32, §1º, que a documentação referente à habilitação poderá ser dispensada, no todo ou em parte, e a critério do órgão/entidade licitante, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, *in verbis*:

“§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.”.

52. Sendo assim, mesmo que não esteja regular em relação à Fazenda Federal, que é um dos requisitos exigidos para atestar a regularidade fiscal, prevista no art. 29 do Estatuto das Licitações, poderá uma empresa, a critério da administração, participar de licitação e ser contratada pelo poder público nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão. E é justamente nesse ponto que reside o foco da consulta, pois os casos de dispensa de licitação não foram contemplados entre as exceções previstas pelo §1º do art. 32 da lei 8.666/1993.

53. Entretanto essa questão não é nova para este Tribunal. É o próprio Acórdão 2616/2008-TCU-Plenário, trazido à colação pelo consulente, que inovou o entendimento por parte desta Corte de Contas de que é dispensável a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal, nos casos de contratações realizadas por dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993. Consequentemente, é dispensável a comprovação de regularidade em relação à Fazenda Federal, pois incluída no conceito de regularidade fiscal.

54. Tal julgado foi proferido em sede de pedido de reexame contra o Acórdão nº 725/2007-TCU-Plenário, o qual havia determinado à Infraero que exigisse comprovação de regularidade fiscal mesmo de empresas contratadas por meio de dispensa de licitação, fundamentada nos incisos I e II, do art. 24, da Lei 8.666/1993. Na oportunidade, foi dado provimento ao recurso, tornando-se insubsistente a determinação retrocitada.

55. Embora não tenha havido consenso entre as instâncias que se manifestaram nos autos, prevaleceu o entendimento de que as hipóteses elencadas pelo art. 32, §1º, da Lei 8.666/1993, como de decisão discricionária da administração quanto à exigibilidade ou não da documentação relativa à habilitação nas licitações, não são exaustivas.

56. Conforme entendimento defendido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Ubiratan Aguiar em seu voto, corroborado pelo MP/TCU e diversos doutrinadores, como Marçal Justen Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, seriam três os critérios que teriam norteado o legislador quando da enumeração das hipóteses, previstas no §1º do art. 32, autorizadas da dispensa das exigências de habilitação previstas nos artigos 28 a 31 da lei 8.666/1993: a busca da relação custo-benefício da contratação; a desnecessidade, em alguns procedimentos licitatórios mais simplificados, de se indagar a capacidade de o interessado em cumprir o avençado; e a possibilidade de se criar entraves burocráticos

desnecessários para assegurar a execução satisfatória da futura contratação. Por ser bastante esclarecedor, transcrevo trecho do voto condutor do acórdão 2616/2008-TCU-Plenário:

“12. Com relação à dispensa de que trata o art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a sua compreensão remete, a meu ver, à relação custo x benefício da contratação. A dispensa deve decorrer do fato de a Administração não identificar na situação risco à satisfação do interesse público, uma vez que não se vislumbraria a possibilidade de ocorrência de inadimplência do contratado. Significa dizer que o gestor está capacitado a identificar a desnecessidade de verificação da habilitação do licitante em face da certeza da satisfação da futura contratação. Nesse sentido, ensinamento do já mencionado Marçal Justen Filho (pág. 353 da citada obra):

‘Alterando entendimento anterior, reputa-se que a previsão do § 1º do artigo 32 não é exaustiva. A dispensa da apresentação dos documentos será admissível não apenas quando o montante quantitativo da contratação for reduzido ou quando a natureza do contrato não exigir maiores indagações sobre a situação subjetiva do interessado. Também se admitirá que o ato convocatório deixe de exigir a comprovação de outras exigências facultadas em lei se tal for desnecessário para assegurar a execução satisfatória da futura contratação. Assim, por exemplo, não teria sentido exigir a comprovação da experiência anterior em toda e qualquer contratação, eis que há aquelas em que tal poderá ser dispensado.’”

57. Assim, restou consignado o entendimento de que a contratação fundada nos incisos I e II do artigo 24 da Lei 8.666/1993 enquadra-se nos mesmos critérios que fundamentaram a inclusão da modalidade convite entre as hipóteses previstas no §1º do art. 32: a busca da relação custo-benefício da contratação e a possibilidade de se criar entraves burocráticos desnecessários para assegurar a execução satisfatória da futura contratação.

58. Na oportunidade, foi argumentado que se a lei dispensou a exigibilidade de comprovação da regularidade fiscal para o convite, em razão da modicidade dos valores, descabida seria tal imposição para as contratações fundadas nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, eis que representam apenas uma fração dos valores previstos para aquela modalidade de licitação.

59. Sobre o assunto, assim se manifestou o relator em seu voto:

“14. As contratações tratadas neste recurso são de pequena monta e, regra geral, referem-se a situações urgentes ou imprevistas, além de envolverem objetos de extrema simplicidade. Criar exigências para esse tipo de contratação significa, a meu ver, afrontar os princípios da eficiência e da proporcionalidade. Impor ao gestor que cumpra, nesses casos, fases preliminares de verificação de habilitação acrescenta pesado ônus ao interesse público, tanto de satisfação de objeto, quanto financeiro, que não encontram justificativas na exata compreensão dos dispositivos constitucionais e legais mencionados. Diante de eventuais obstáculos, que, na verdade, não têm qualquer relevância perante o diminuto objeto que se pretende ver satisfeito, os diversos interesses devem ser sopesados para, em nome dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assegurar a satisfação do interesse essencial que deve ser suprido, no caso, o público.”

60. Analisando a jurisprudência do Tribunal, percebe-se não existir controvérsia a respeito desse entendimento, pois, como já registrado no parágrafo 54 retro, não há outra deliberação que tenha abordado a questão em debate.

61. Há de se ressaltar, ainda, que a dispensa da exigência de documentação de habilitação nos casos previstos no art. 32, §1º, da Lei 8.666/1993, bem como nos de dispensa de licitação que ora se discute não é absoluta. Conforme exaustivamente explorado na primeira parte deste despacho e consignado pelo relator do voto condutor do Acórdão 2616/2008-TCU-Plenário, a regularidade perante à seguridade social, por força do art. 195, §3º, da CF e do entendimento firmado na Decisão Plenária 705/94 deverá sempre ser exigida nas licitações públicas e nos ajustes firmados com dispensa ou inexigibilidade de licitação, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega.

62. Importante salientar, também, que, ainda no âmbito da unidade técnica que instruiu os autos do pedido de reexame, tentou-se ampliar a exegese do art. 195, §3º, da CF no sentido de estender a vedação nele contida para todos os demais tributos afetos à regularidade fiscal, e não apenas à seguridade social. Entretanto, tal entendimento não prosperou.

Conclusão

63. De todo o exposto, verifica-se que nas oportunidades em que este Tribunal se manifestou pela obrigatoriedade de se exigir a comprovação de regularidade fiscal como condição de participação nos certames, até mesmo para os casos autorizados pelo art. 32, §1º, da Lei 8.666/1993, o fez invocando como fundamento deliberações anteriores que já tratara do assunto. Entretanto, como já discorrido neste despacho, todas essas deliberações referências remetem ao entendimento já consolidado na Decisão Plenária 705/1994, a qual exige apenas regularidade com a seguridade social.

64. Ou seja, não houve inovação de qualquer tese jurídica, além da desenvolvida na referida decisão, que modificasse o entendimento já firmado de que é exigível apenas a comprovação da regularidade com a seguridade social, e não da regularidade fiscal. Cabe ressaltar que, de tanto explorado por esta Corte, está em curso um anteprojeto de súmula a respeito do tema.

65. Logo, não há que se falar em conflito de entendimento deste Tribunal sobre o assunto. O que de fato ocorreu é que em alguns julgados a expressão regularidade fiscal foi empregada para se referir à regularidade com a seguridade social.

66. Quanto ao mérito da consulta, já existe posicionamento do Tribunal sobre o tema, nos termos do Acórdão nº 2616/2008-TCU-Plenário.

67. Dessa forma, propor-se-á responder ao consulente que é dispensável a comprovação de regularidade com a Fazenda Federal, nos casos de contratações realizadas por dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.

Proposta de Encaminhamento

68. Com fundamento nos arts. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/1992, e 264, inciso V, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU, propõe-se:

- a) conhecer da presente consulta, por atender os requisitos de admissibilidade previstos para a espécie;
- b) responder ao consulente que é dispensável a comprovação de regularidade com a Fazenda Federal, para fins de habilitação para contratação com o poder público, nos casos de contratos firmados por dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993;
- c) remeter cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentarem, ao consulente.”

É o relatório.

Proposta de Deliberação

A presente consulta, formulada pelo Ministro-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior de Justiça do Trabalho, Exmo. Sr. Milton de Moura França, atende aos requisitos de admissibilidade de que tratam os arts. 1º, XVII, da Lei nº 8.443/1992 e 264, V, §§ 1º e 2º, do RI/TCU, e, portanto, deve ser conhecida por este Tribunal.

2. Esclareço, preliminarmente, que a alegação do consulente acerca da existência de contradição entre julgados desta Corte de Contas não será objeto de considerações nesta proposta de deliberação, tendo em vista não ser a consulta o instrumento processual adequado para dirimir conflitos entre decisões.

3. A consulta a ser apreciada refere-se, objetivamente, à “obrigatoriedade da exigência de comprovação de regularidade perante a Fazenda Federal, nas contratações realizadas por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993”.

4. A exigência de apresentação de prova de regularidade para com a Fazenda Federal consta do inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666/1993, que relaciona a documentação necessária à comprovação da regularidade fiscal, termo mais amplo que abrange a regularidade com a Fazenda Federal (inciso III) e a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS (inciso IV).

5. O art. 32, § 1º, da Lei de Licitações permite a dispensa dos documentos relativos à habilitação de licitantes (arts. 28 a 31 da referida lei), no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão. Não faz menção aos casos de dispensa de licitação fundamentados no art. 24, incisos I e II (dispensa em razão do valor).

6. O art. 195, § 3º, da Constituição Federal, de outro lado, dispõe que a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social está impedida de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

7. No Acórdão TCU nº 2616/2008-Plenário, este Tribunal decidiu que o disposto no art. 32, § 1º, também se aplica aos casos dos incisos I e II do art. 24.

8. O acórdão em referência foi proferido em sede de pedido de reexame contra o Acórdão TCU nº 725/2007-Plenário, mediante o qual foi determinado à Infraero que exigisse ‘comprovação de regularidade fiscal mesmo de empresas contratadas por meio de dispensa de licitação, fundamentada nos incisos I e II, do art. 24, da Lei 8.666/1993’. O referido pedido de reexame foi provido, tornando-se insubsistente a determinação retrocitada.

9. Para o correto entendimento do Acórdão TCU nº 2616/2008-Plenário, destaco excerto do voto condutor, de autoria do eminente Ministro Ubiratan Aguiar:

“(…) Quanto a essa dispensa, cabe salientar entendimento deste Tribunal acerca da regularidade fiscal, conforme consta da Decisão nº 705/94-Plenário:

“1. firmar o entendimento de que:

a) por força do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal - que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do art. 32 da Lei nº 8666/93 -, a documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social, prevista no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8666/93 e, mais discriminadamente, no art. 27-a da Lei nº 8036/90, no art. 47-I-a da Lei nº 8212/91, no art. 2º-a da IN nº 93/93-SRF e no item 4-I-a da Ordem de Serviço INSS/DARF nº 052/92 é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;

b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea "a" acima é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação "ex vi" do disposto no § 3º do art. 195 da CF, citado;

c) nas tomadas de preços, do mesmo modo que nas concorrências para contratação de obra, serviço ou fornecimento de bens, deve ser exigida obrigatoriamente também a comprovação de que trata o inciso III do art. 29 da Lei nº 8666/93 a par daquela a que se refere o inciso IV do mesmo dispositivo legal;

d) 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;

(…)”

6. Feitos esses registros, entendo ser essencial à resolução deste recurso a exata compreensão dos dispositivos constitucionais aplicáveis, bem como a ponderação dos princípios também aplicáveis.

7. Nesse sentido, é de se destacar inicialmente o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, haja vista estar ali contido o princípio constitucional da licitação: "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

8. Por sua vez, o art. 195 da Constituição Federal, ao dispor sobre o financiamento da seguridade social, estabelece em seu § 3º 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."

9. Pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, tem-se que a Administração, ao contratar, não tem autorização para exorbitar nas exigências de qualificação técnica e econômica de concorrentes, de modo a assegurar ampla participação de interessados e, ao mesmo tempo, permitir a seleção da proposta mais vantajosa, certificando-se de que o futuro contratado terá condições de executar o objeto, sem o comprometimento do interesse público, que é o bem tutelado pelo princípio da licitação.

10. Em paralelo, pelo art. 195, § 3º, da Constituição Federal, restringe-se a participação de interessados em contratar com a Administração Pública que não estejam em situação de regularidade perante a seguridade social.

11. Conjugando-se essas disposições, verifica-se, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, Ed. Dialética, págs. 315/316), ser excepcional a regra do referido art. 195, § 3º, consagrando espécie de "punição" determinada pela própria Constituição Federal. Seria, portanto, ao ver do doutrinador, "a única ressalva permitida, no âmbito de regularidade fiscal, ao disposto no art. 37, inciso XXI (...)". Nesse sentido, não haveria permissão ao aplicador da lei para incluir outras restrições, em face do art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/93 ("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;"), por ser incompatível com o texto constitucional.

12. Com relação à dispensa de que trata o art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a sua compreensão remete, a meu ver, à relação custo x benefício da contratação. A dispensa deve decorrer do fato de a Administração não identificar na situação risco à satisfação do interesse público, uma vez que não se vislumbraria a possibilidade de ocorrência de inadimplência do contratado. Significa dizer que o gestor está capacitado a identificar a desnecessidade de verificação da habilitação do licitante em face da certeza da satisfação da futura contratação. Nesse sentido, ensinamento do já mencionado Marçal Justen Filho (pág. 353 da citada obra):

‘Alterando entendimento anterior, reputa-se que a previsão do § 1º do artigo 32 não é exaustiva. A dispensa da apresentação dos documentos será admissível não apenas quando o montante quantitativo da contratação for reduzido ou quando a natureza do contrato não exigir maiores indagações sobre a situação subjetiva do interessado. Também se admitirá que o ato convocatório deixe de exigir a comprovação de outras exigências facultadas em lei se tal for desnecessário para assegurar a execução satisfatória da futura contratação. Assim, por exemplo, não teria sentido exigir a comprovação da experiência anterior em toda e qualquer contratação, eis que há aquelas em que tal poderá ser dispensado.’

13. Com efeito, entendi necessário ao exame da matéria trazer essas considerações para permitir uma reflexão acerca da ponderação dos princípios que devem ser observados nos atos do administrador público. Por certo aqueles insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal são de observância obrigatória: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

eficiência. Quanto a outros, verifico ser de capital importância para o caso que se examina destacar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista que não se pode pretender inviabilizar a gestão de nenhum órgão ou entidade públicos.

14. As contratações tratadas neste recurso são de pequena monta e, regra geral, referem-se a situações urgentes ou imprevistas, além de envolverem objetos de extrema simplicidade. Criar exigências para esse tipo de contratação significa, a meu ver, afrontar os princípios da eficiência e da proporcionalidade. Impor ao gestor que cumpra, nesses casos, fases preliminares de verificação de habilitação acrescenta pesado ônus ao interesse público, tanto de satisfação de objeto, quanto financeiro, que não encontram justificativas na exata compreensão dos dispositivos constitucionais e legais mencionados. Diante de eventuais obstáculos, que, na verdade, não têm qualquer relevância perante o diminuto objeto que se pretende ver satisfeito, os diversos interesses devem ser sopesados para, em nome dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assegurar a satisfação do interesse essencial que deve ser suprido, no caso, o público.

15. A manutenção da determinação ora recorrida pode representar a inversão, no meu entendimento, da prevalência da segurança de que o bem jurídico tutelado - o interesse público - será sempre o fator determinante nas contratações. Por isso, manifesto minha total concordância com as palavras da representante do Ministério Público, quando salienta que ‘ busca por uma solução harmônica, diante da colisão entre os princípios, nos conduz à intelecção de que há de prevalecer - nos exatos limites da questão em debate, isto é, nas hipóteses adstritas aos preceitos do art. 24, incisos I e II, da Lei n.º 8.666/93 - os requisitos da eficiência, economicidade e racionalidade administrativa, sob pena de se afastar, visceralmente a incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, igualmente abrigados pela Carta Magna e também norteadores da administração pública’. Assim, ciente de que essa é a melhor compreensão para as disposições constitucionais e legais aplicáveis, deve ser provido o recurso.

(...).”

10. O argumento síntese inserto no voto condutor do Acórdão TCU nº 2616/2008-Plenário é que a dispensa de documentação nos casos de dispensa de licitação em razão do valor visa priorizar a busca da relação custo-benefício da contratação, e também a evitar a criação de entraves burocráticos desnecessários para garantir a execução adequada do objeto do contrato.

11. Dessa forma, com supedâneo nesse mesmo argumento, a comprovação de regularidade com a Fazenda Federal, sendo um dos itens de comprovação de regularidade fiscal, poderá ser dispensada, quando se tratar de dispensa de licitação com fulcro nos art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.

12. Permanece, contudo, a obrigação quanto ao cumprimento do art. 195, § 3º da Constituição Federal.

13. O tema foi exaustivamente abordado na Decisão TCU nº 705/1994, por meio da qual o Plenário desta Casa firmou entendimento, em caráter normativo, de que a comprovação da regularidade em relação à seguridade social não pode ser dispensada, mesmo nos casos de que trata o já mencionado art. 32, § 1º.

14. Considerando, portanto, os esclarecimentos ora expendidos, a presente consulta deve ser respondida nos seguintes termos:

“A comprovação de regularidade com a Fazenda Federal, a que se refere o art. 29, III, da Lei nº 8.666/1993, poderá ser dispensada, nos casos de contratações realizadas mediante dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, incisos I e II, dessa mesma lei.”

Diante do exposto, manifesto-me pela aprovação do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de junho de 2011.

WEDER DE OLIVEIRA

Relator

VOTO REVISOR

Preliminarmente, esclareço que, fundado no art. 112 do Regimento Interno, solicitei vista destes autos na Sessão de 13/4/2011 para melhor examinar a matéria.

2. Também, já de início, confiro elogios à 3ª Secretaria de Controle Externo pela percuciente instrução lançada aos autos, trazendo lúcidos esclarecimentos quanto ao objeto da consulta ora formulada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

3. Da mesma forma, Sua Excelência, o ilustre Relator, Ministro-Substituto Weder de Oliveira, enfrentou com precisão a dúvida sugerida pelo nobre consulente, ao lecionar, no que se refere às contratações e aquisições de materiais e serviços por ente público, como deve ser tratada a contratação direta fundamentada no art. 24, incisos I e II, da Lei de Licitações, no tocante à comprovação da regularidade fiscal e junto à seguridade social.

4. De fato, o que se propõe nestes autos é trazer maior luz ao que ficara delineado na multicitada Decisão nº 705/1994-TCU-Plenário, a qual esclarecera que nas licitações, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento de materiais, é obrigatória a comprovação de regularidade perante a seguridade social, nos termos do mandamento constitucional inserto em seu art. 195, § 3º.

5. Por outro lado, referido **decisum** não albergou as demais exigências atinentes à regularidade fiscal referida no art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, posto que a dispensa de documentos comprobatórios da regularidade fiscal concedida no § 1º do art. 32 daquele diploma legal refere-se às provas frente à fazenda federal, estadual e municipal do domicílio do licitante.

Resta cristalino, portanto, totalmente adequado o tratamento dado pelo ilustre Relator à consulta formulada pelo então Exmo. Ministro-Presidente do TST, consubstanciado no relatório, na proposta de deliberação e minuta de acórdão ora propostos a este egrégio Plenário, razão pela qual VOTO por acompanhar Sua Excelência nos exatos termos e fundamentos ali consignados.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de junho de 2011.

AUGUSTO NARDES

Revisor

ACÓRDÃO Nº 1661/2011 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 028.946/2010-3.
2. Grupo I – Classe III – Assunto: Consulta.
3. Interessado: Milton de Moura França (036.326.018-87).
4. Órgão: Tribunal Superior do Trabalho - JT.
5. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade: 3ª Secretaria de Controle Externo (Secex-3).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se examina consulta acerca da obrigatoriedade da exigência de regularidade perante a Fazenda Federal, nas contratações realizadas por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da consulta formulada pelo Ministro-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, por atender aos requisitos de admissibilidade elencados nos arts. 1º, XVII, da Lei nº 8.443/1992, e 264, inciso V, §§ 1º e 2º, do RI/TCU;

9.2. responder ao consulente, considerando os esclarecimentos tecidos na proposta de deliberação que conduz este acórdão, com o objetivo de melhor delinear o objeto da consulta, que:

“A comprovação de regularidade com a Fazenda Federal, a que se refere o art. 29, III, da Lei nº 8.666/1993, poderá ser dispensada nos casos de contratações realizadas mediante dispensa de licitação com fulcro no art. 24, incisos I e II, dessa mesma lei.”

9.3. remeter cópia desta deliberação ao Ministro-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho;

9.4. arquivar os autos e encerrar o presente processo.

10. Ata nº 24/2011 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/6/2011 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1661-24/11-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Ubiratan Aguiar, Augusto Nardes (Revisor), Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro e José Jorge.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira (Relator).

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WEDER DE OLIVEIRA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral