



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER Nº 03/2014/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU  
PROCESSO Nº: 00407.001636/2014-18

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA  
REGULARIDADE FISCAL PERANTE AS FAZENDAS ESTADUAL E MUNICIPAL. LIMITES DA ABRANGÊNCIA. HIPÓTESES DE NÃO OBRIGATORIEDADE DA APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO. CONTRATAÇÕES DIRETAS POR DISPENSA EM FUNÇÃO DO PEQUENO VALOR.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I -identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;  
II -promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e  
III -submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da abrangência da exigência de regularidade fiscal perante as Fazendas Municipal e Estadual, especialmente no que se refere às contratações por dispensa em função do pequeno valor.

4. É o relatório.

I - DA ANÁLISE JURÍDICA

I.I - DA REGULARIDADE FISCAL PERANTE A FAZENDA FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL

5. Nos moldes do inciso XXI, art.37 da Constituição Federal<sup>1</sup>, os requisitos de habilitação nas licitações públicas, salvo exceções previstas na legislação, devem se limitar às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contratado.

6. Ao regulamentar o referido dispositivo constitucional, a Lei nº 8.666/1993, em seu art.27<sup>2</sup> prevê que, para fins de habilitação, os interessados nos certames licitatórios devem apresentar a documentação relativa à regularidade fiscal, definida pelo art.29, vejamos:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, **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. V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.” (Grifos nossos)

7. Assim, a exigência da regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, prevista no artigo acima transcrito, é a regra nas contratações públicas. No entanto, o dispositivo deve ser interpretado de forma a não violar o princípio da razoabilidade e da universalidade, compatibilizando-o com a ideia preconizada no mencionado inciso XXI, art.37, da Constituição Federal, que limita os requisitos de habilitação às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

8. Questiona-se, dessa forma, qual o alcance da exigência do previsto no inciso III, do art.29. Nos casos das contratações promovidas por órgãos e entidades federais, seria obrigatória a apresentação de comprovante de regularidade fiscal pelas empresas licitantes para com as Receitas Estadual e Municipal? Sobre o tema, não há consenso na doutrina e nem jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União.

9. No sentido de que a exigência da comprovação da regularidade generalizada inviabilizaria a licitação, Marçal Justen Filho defende a existência de dois

<sup>1</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998:  
[...]

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.  
[...]

<sup>2</sup> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; Redação dada pela Lei nº 11.440, de 2011: (Vigência)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Incluída pela Lei nº 9.504, de 1999

delimitadores da interpretação quanto ao sujeito em face de quem se exige a regularidade fiscal.

10. Primeiramente, entende o ilustre autor que a comprovação de regularidade com o Fisco deve se dar conforme o ramo de atividade a ser contratado:

Mais precisamente, a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da “Fazenda” (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada.

[ ... ]

Portanto, não há cabimento em exigir que o sujeito – em licitação de obras, serviços ou compras – comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos.<sup>3</sup>

11. Além da regularidade fiscal atinente ao exercício da atividade, Marçal Justen Filho, defende a obrigatoriedade da comprovação de inexistência de débitos fiscais perante o ente federativo que promove a licitação.<sup>4</sup> Nessa linha, cita a seguinte jurisprudência do STJ:

“[ ...]4. Isentar a recorrente de comprovar sua regularidade fiscal perante o município que promove a licitação viola o princípio da isonomia (Lei 8.666/93, art.3º), pois estar-se-ia privilegiando o licitante irregulares em detrimento dos concorrentes regulares.” (REsp nº 809.262/RJ, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 23/10/2007, DJ de 19.11.2007)

12. Quanto à matéria, no Vade-mécum de licitações e contratos de autoria de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, entendeu o autor que a regularidade fiscal do inciso III, art.29 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretada conjugada com o art.193<sup>5</sup>, do Código Tributário Nacional, de tal forma que sua exigência deve ser relativa apenas aos tributos que incidam sobre a atividade a ser contratada:

Pode-se afirmar hoje, com absoluta precisão, que uma das mais importantes evoluções de interpretação foi adotada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) na sessão de 02.11.97, no Processo nº 2.479/97, cujo relator foi o eminente Conselheiro José Milton Ferreira.

Decidiram-se então importantes temas da questão que tem a ver com a aparente divergência entre o art.29, inc.III, da Lei nº 8.666/93, e o art.193 do Código Tributário Nacional (CTN), os quais estabelecem:

[ ... ]

No próprio direito positivo é oferecida importante solução de profunda densidade lógica, na medida em que se coordena o art.29, inc. III, da Lei nº 8.666/93 – norma geral, Lei Ordinária – com o art.193 do CTN, norma específica, com força de Lei Complementar: só devem ser exigidas as provas

<sup>3</sup> JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 15ª ed. São Paulo: dialética, 2012 p 478.

<sup>4</sup> Ver em *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* – 15ª ed. São Paulo: dialética, 2012 p 479-481.

<sup>5</sup> Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre. (Grifamos)

de regularidade com os tributos que incidam sobre a atividade a ser contratada.

13. Numa interpretação mais extensiva e literal da Lei, há também o entendimento no sentido de que os interessados em contratar com a Administração Pública devem comprovar a regularidade fiscal para com as três Fazendas. Nessa linha, vale citar a seguinte decisão do STJ:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE CONSULTORIA. ARTIGOS 29 E 30, DA LEI 8.666/93. CERTIFICAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE REGULARIDADE FISCAL JUNTO À FAZENDA ESTADUAL. [...] **A Lei 8.666/93 exige prova de regularidade fiscal perante as todas as fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante.** Recurso especial provido. Decisão por unanimidade. (STJ, REsp nº 138745/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25/06/2001)

14. A interpretação extensiva do requisito de habilitação da regularidade fiscal, no entanto, diverge claramente do disposto no inciso XXI, art.37, da Constituição Federal, que veda as exigências excessivas para habilitação nas licitações públicas.

15. Exigir a ausência de dívidas fiscais perante todas as Fazendas Públicas, independentemente da esfera interessada e do objeto contratado, além de violar frontalmente o princípio da razoabilidade, prejudica a universalidade de acesso às licitações, impedindo que a Administração realize o contrato mais vantajoso.

16. No sentido da inconstitucionalidade da interpretação extensiva quanto à regularidade fiscal, vale transcrever o entendimento esposado por Marçal Justen Filho:

A interpretação extensiva da regularidade fiscal não apenas infringe o princípio da razoabilidade e da universalidade de acesso a licitações. É incompatível com o princípio da República. Ao se defender a desnecessidade de comprovação ampla de dívidas fiscais, não se pretende proteger os sonegadores ou devedores tributários. Não se trata de focar o interesse privado, eticamente reprovável, de pagar menos tributos. As excessivas exigências a propósito de ausência de dívidas de qualquer natureza perante a Fazenda Pública têm produzido a redução do número de licitantes e propostas nas licitações. Suponha-se licitação na órbita federal. Imagine-se empresa em perfeitas condições de executar satisfatoriamente objeto e que formulará a melhor proposta. Ocorre que essa empresa deixa de obter certidão de regularidade quanto a tributos imobiliários do Município em que está estabelecida. Será inabilitada e a União perderá a possibilidade de realizar o contrato mais vantajoso.<sup>6</sup>

17. Destarte, a interpretação meramente literal e extensiva do inciso III, do art.29, da Lei nº 8.666/1993, pode ser de pronto rebatida pela regra constitucional que restringe as exigências de habilitação ao mínimo.

18. Ademais, conforme defende Jacoby, no próprio direito positivo é possível encontrar uma solução lógica para o empasse, que consiste numa interpretação sistemática do art.29, inciso III, da Lei nº 8.666/93 com o art.193 do CTN.

19. **Assim, a norma específica contida no art.193 do CTN coordena a norma geral prevista no inciso III, do art.29 da Lei de Licitações, no sentido de restringir a exigência de comprovação da regularidade tributária relativa à Fazenda Pública interessada e à atividade ou objeto a ser contratado.**

<sup>6</sup> JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 12ª ed. São Paulo: dialética, 2008 p 395.

20. Embora a Lei de Licitações não tenha sido expressa quanto aos limites da abrangência relativa à regularidade fiscal, mais recentemente, a Lei nº 10.520/2002, ao tratar do pregão, em seu art.4º, inciso XIII<sup>7</sup>, dispôs que a situação regular perante as Fazendas Estadual e Municipal seria exigida, **quando for o caso**.

21. Tal inovação demonstra a tendência do legislador em restringir as exigências de regularidade perante o Fisco Estadual e Municipal. Há até mesmo quem defenda que a Lei nº 10.520 se aplica a todas as modalidades de licitação, no que tange à restrição da amplitude das exigências quanto à regularidade fiscal. É esse o entendimento adotado por Marçal Justen Filho, vejamos:

[...]Sendo a Lei nº 10.520 um diploma veiculador de normas gerais sobre licitação, resulta inquestionável a viabilidade de estabelecer regras sobre habilitação em licitações. Mas há uma indagação que não quer calar: por que a regularidade fiscal atinente ao pregão deve ser tratada diversamente do que se passa com as demais modalidades de licitação? Veja-se que o regime jurídico das condições de participação no pregão (aí incluídas as questões quanto à habilitação) não apresenta nenhuma particularidade. Afinal, o que diferencia pregão e outras modalidades de licitação não é a disciplina da habilitação.

Em se reconhecendo que a temática sobre requisitos de habilitação apresenta natureza idêntica no pregão e em todas as demais modalidades licitatórias, surgem novas luzes sobre o tema examinado. Se a norma contida na Lei nº 10.520 não é especialmente relacionada com o pregão, então apresenta natureza de norma geral quanto a toda e qualquer licitação. Assim sendo, ter-se-ia de convir que, nos termos dos princípios da posteridade, a norma da Lei nº 10.520 teria alterado o regime jurídico genérico de toda e qualquer licitação.

Não se contraponha que as normas da Lei nº 10.520 destinam-se a reger apenas o pregão. A asserção não encontra respaldo na lógica jurídica, na medida em que é perfeitamente possível que um diploma legislativo contemple tanto a disciplina de um tema especial como normas de natureza geral. Aliás, lembre-se o caso da Lei nº 9.468, que dispôs sobre inúmeros assuntos, alguns especiais e outros não – inclusive alterando o conteúdo da Lei nº 8.666.<sup>8</sup>

**22. A partir dessas considerações, por meio de uma interpretação sistemática, em conformidade com as regras e princípios constitucionais, outra leitura do inc. III, do art.29 da Lei nº 8.666/93 não é possível, se não aquela no sentido de que exigência da regularidade fiscal se restringe aos tributos de responsabilidade da Fazenda interessada na contratação e àqueles atinentes à atividade ou objeto a ser contratado.**

## I.II – DAS CONTRATAÇÕES POR DISPENSA EM FUNÇÃO DO PEQUENO VALOR

23. Embora a exigência da regularidade fiscal seja a regra geral, ainda que limitada à Fazenda interessada e à atividade a ser contratada, importa não olvidar da exceção prevista na Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 32, parágrafo primeiro<sup>9</sup>, que faculta à

<sup>7</sup> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

<sup>8</sup> JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 12ª ed. São Paulo: dialética, 2008 p 398.

<sup>9</sup> Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

Administração a dispensa no todo ou em parte, da documentação exigida para a habilitação dos licitantes, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

24. Percebe-se que a exceção acima apontada reflete a finalidade da norma constitucional do inciso XXI, art.37, no sentido de que as exigências de habilitação devem se restringir ao essencial para a garantia do cumprimento das obrigações do contratado. Sendo assim, não seria razoável a criação de entraves burocráticos, com exigências exageradas de requisitos para habilitação, nas contratações de pequena monta ou que envolvem objetos de extrema simplicidade. Exigir toda a documentação prevista nos arts.28 a 31 para esses tipos de contratações seria verdadeira afronta aos princípios da eficiência e da proporcionalidade. Nessa linha, ensina Marçal Justen Filho, *in verbis*:

**No caso do convite, o valor a ser contratado é diminuto. Supõe-se, por isso, que a prestação a ser executada será tão simples que dispensará maiores exigências de capacitação técnica, qualificação econômico-financeira etc. E o custo do desenvolvimento da fase de habilitação não seria justificável pelo valor da contratação.**

No caso de concurso, os requisitos técnicos serão evidenciados na disputa propriamente dita, sendo irrelevante a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal.

No caso do leilão, o fundamental é a qualificação econômico-financeira, a qual será evidenciada através do pagamento. Lembre-se, no entanto, que existem hipóteses de utilização anômala do leilão, em que os requisitos de habilitação podem ser exigidos. Assim se passa no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, em que se admite o leilão para selecionar licitantes para contratações administrativas que não correspondem propriamente à figura da alienação de bens<sup>10</sup>. (Grifos nossos)

25. Embora a Lei tenha sido omissa quanto à prescindibilidade da apresentação, total ou em parte, da documentação de habilitação nas hipóteses de contratação direta, se considerarmos que a dispensa dos documentos de regularidade fiscal é justificável 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<sup>11</sup>, da Lei nº 8.666/1993, em que os valores contratados atingem o limite de 10% do maior valor previsto para a modalidade de convite.

26. Ainda nas hipóteses previstas na Lei nº 11.107/2005, que eleva o referido percentual para 20%, nos casos de consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e Agências Executivas, o custo do procedimento da fase de habilitação não seria justificável frente ao reduzido valor da contratação, ainda bem inferior ao valor previsto para o convite.

27. Assim, nas contratações diretas previstas nos incisos I e II do art.24, a exigência da totalidade dos documentos de habilitação previstos na Lei seria desarrazoada e desproporcional, tendo em vista o pequeno valor de tais contratos, bem como, em regra, a simplicidade de seus objetos.

---

**§ 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.** (Grifos nossos).

<sup>10</sup> JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 12ª ed. São Paulo: dialética, 2008 p 456 e 457.

<sup>11</sup> Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.613, de 1998);

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.618, de 1998)

28. Esse raciocínio foi extraído do Acórdão 2616/2008-Plenário, através do qual o TCU julgou insubsistente o subitem 9.3.1 do Acórdão 725/2007-Plenário, que determinava à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), a exigência da comprovação de regularidade fiscal, mesmo nos casos de contratações diretas fundamentadas nos incisos I e II, do art.24, da Lei 8.666/93. Vale citar os seguintes trechos do relatório e voto condutor do Acórdão 2616/2008-Plenário:

#### Relatório do Ministro Relator

[...]

5. Como é cediço, a norma do art. 32, § 1.º, da mencionada Lei n.º 8.666/93, ao disciplinar a dispensa de apresentação total ou parcial de documentos, dentre os quais os concernentes à regularidade jurídico-fiscal, não contempla expressamente as hipóteses do art. 24, incisos I e II - dispensa de licitação baseada na modicidade dos valores -, entretanto, como bem salientou o Senhor Analista, se a lei assim o fez em relação ao Convite, descabida e desproporcional a exigência nas hipóteses em causa, em que as aquisições representam uma fração do valor desta modalidade de licitação (até o limite de 20%, nos casos de contratações realizadas, no âmbito das sociedades de economia e mista e empresa pública, a teor do art. 24, parágrafo único, do mencionado diploma legal, agora com a redação da Lei n.º 11.107/2005).

[...]

#### Voto do Ministro Relator

[...]

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, 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 "a busca por uma solução harmônica, diante da colisão entre os princípios, nos conduz à inteligência 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.

16. Por fim, saliento que não se pretende aqui esgotar a discussão acerca da exceção à regra criada pelo art. 195, § 3º, da Constituição Federal, mas, apenas, suscitar novas reflexões sobre o tema, em especial em decorrência do seu caráter punitivo e das possibilidades de questionamento de débitos previdenciários e conseqüentes alternativas de regularização conferidas pelo próprio Estado. Acórdão n.º 2616/2008-Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 21/11/2008. (Grifo nosso)

4

29. Posteriormente, ao responder consulta formulada pelo Presidente do Superior Tribunal do Trabalho, por meio do Acórdão 1661/2011-Plenário, o TCU novamente adotou o entendimento acima apresentado, vejamos:

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 8.666/93, poderá ser dispensada nos casos de contratações realizadas mediante dispensa de licitação com fulcro no art.24, incisos I e II, dessa mesma lei. Acórdão n.º 1661/2011-Plenário, rel. Min. Weder de Oliveira. (Grifo nosso)**

30. Ainda quanto ao Acórdão supracitado, vale transcrever os seguintes trechos do voto do Ministro Relator:

**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. 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.**

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

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. 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." (Grifos nossos)

31. Do acórdão acima, conclui-se que nas contratações de pequena monta previstas nos incisos I e II, do art.24 da Lei nº 8.666/93, por ser o requisito do art.29, inc.III dispensável, seria possível, inclusive, a não exigência da comprovação da regularidade fiscal com a Fazenda Nacional.

**32. Vale não olvidar que, por força do previsto no §2º, art.1º, da Lei nº 8.443/1992<sup>12</sup>, as resposta à consulta formulada ao TCU possui caráter normativo, e como tal deve ser obedecida pela Administração. Assim, com base na conclusão de natureza normativa proferida no Acórdão 1661/2011-Plenário/TCU, a exigência da regularidade fiscal perante as Fazendas, em tese, poderia ser dispensada também nas hipóteses previstas nos incisos I e II, do art.24, da Lei nº 8.666/93, ainda que não elencadas no § 1º, do art.32 da Lei de Licitações.**

<sup>12</sup> Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

[...]

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

[...]

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.



33. Vale considerar, contudo, que a citada conclusão do item 9.2 do Acórdão n.º 1661/2011-TCU/Plenário autoriza a dispensa de alguns documentos de habilitação, como uma faculdade confiada ao administrador. Observa-se que a Corte de Contas utilizou a expressão “*poderá ser dispensada*”.

34. Dessa forma, é possível que a Administração exija a regularidade fiscal perante as Fazendas, tendo em vista as peculiaridades da contratação.

35. Nessa linha, no âmbito da Administração Pública Federal, por força do art.4º-A, da Instrução Normativa nº 2/MPOG, de 11 de outubro de 2010<sup>13</sup>, **para os casos de dispensa dos incisos I e II, do art.24**, a regularidade junto à Seguridade Social e ao FGTS, bem como a regularidade perante a Fazenda Nacional deverão ser obrigatoriamente exigidas. Observa-se, portanto, que a norma não impõe a comprovação da regularidade fiscal com a Fazenda Estadual e Municipal.

36. **A regularidade fiscal, no entanto, não se restringe apenas ao inciso III do art.29 da Lei nº 8.666/93 e não pode ser totalmente dispensada.**

37. **A comprovação de situação regular perante a seguridade social, que consiste também em uma das documentações relativas à regularidade fiscal, é exigência obrigatória em qualquer tipo de contratação. O cumprimento desse requisito não admite exceção, por força do §3º, art.195 da Constituição Federal<sup>14</sup>, segundo o qual é vedado ao Poder Público contratar com empresas em débito com o sistema de seguridade social.**

38. Assim, a regularidade fiscal prevista no inciso III, art.29 da Lei nº 8.666/1993, pode ser dispensada nas hipóteses dos incisos I e II, do art.24. Já a regularidade relativa à Seguridade Social, prevista no inciso IV, do mesmo art.29, por ser exigida constitucionalmente, jamais poderá ser dispensada por meio de Lei, sendo requisito obrigatório em todas as licitações públicas e ainda nas contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade, não admitindo exceções.

39. Esse tem sido o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, desde que proferida, em caráter normativo, a Decisão nº 705/94-Plenário, *in verbis*: (grifei)

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

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<sup>15</sup>, no art. 47-I-a da Lei nº 8212/91, no art. 2º-a da IN nº

<sup>13</sup> Art 4º-A Nos casos de dispensa estabelecidos no art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666, de 1993, deverá ser comprovada pelas pessoas jurídicas a **regularidade** com o INSS, FGTS e **Fazenda Federal** e, pelas pessoas físicas, a quitação com a Fazenda Federal. (Incluído pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012 e alterado pela Instrução Normativa nº 5, de 18 de junho de 2012).

<sup>14</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 3º - 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.

<sup>15</sup> Art. 27. A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações:

a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município;

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; [...] (Decisão n.º 705/1994-Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, 06/12/1994).


**40. Embora a Decisão acima não se refira diretamente à regularidade perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, dela se extrai que apenas a regularidade com a Seguridade Social e com o FGTS jamais poderão ser dispensadas, ainda que com a previsão do §1º, do art.32, da Lei 8.666/93. Por outro lado, se somente a regularidade fiscal do inciso IV, do art.29, da Lei de Licitações, é de exigência obrigatória, a do inciso III, do mesmo artigo, pode ser dispensada nos casos de contratação direta prevista nos incisos I e II do art.24.**

41. Observa-se, ademais, que na decisão acima, a Corte de Contas também determina a exigência obrigatória da comprovação da regularidade tratada no inc. III, do art.29, apenas nos casos de tomadas de preços e concorrências para contratação de obra, serviço ou fornecimento de bens. A mesma determinação não foi feita para as licitações na modalidade de convite e contratações com dispensa por pequeno valor.

## II – CONCLUSÃO

42. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) A regularidade perante a Seguridade Social, o FGTS e a Fazenda Nacional são requisitos obrigatórios em todas as licitações e contratações no âmbito da Administração Pública Federal, não se admitindo exceções.
- b) A exigência de regularidade fiscal prevista no inc. III, do art. 29, da Lei nº 8.666/1993, restringe-se aos tributos de titularidade da fazenda nacional e àqueles de competência das fazendas estadual, distrital ou municipal pertinentes às obras, serviços e compras a serem contratados.
- c) Tendo em vista o disposto no art.4º-A, da IN/MPOG nº 02/2010 e a jurisprudência do TCU (Acórdãos 1661/2011-Plenário e 2616/2008-Plenário), nas contratações diretas previstas nos incisos I e II, do art.24, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a comprovação da regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual e Municipal. No entanto, poderá a Administração exigi-la de acordo com as peculiaridades do caso concreto.
- d) No tocante à regularidade trabalhista, reafirma-se o entendimento consignado na Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 51/2013, item I, firmada com base no Parecer nº 09/2013/CPLC/PGF/AGU.

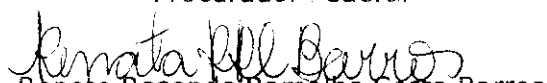
  
Fabia Moreira Lopes  
Procuradora Federal

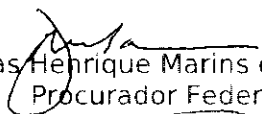
De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria 98, de 26 de fevereiro de 2013).

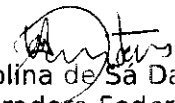
Diego da Fonseca H. Ornellas de Gusmão  
Procurador Federal

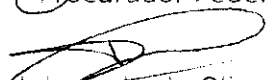
Bráulio Gomes Mendes Diniz  
Procurador Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira  
Procurador Federal

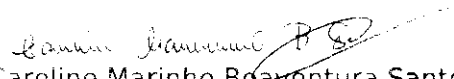
  
Renata Resende Ramalho Costa Barros  
Procuradora Federal

  
Douglas Henrique Marins dos Santos  
Procurador Federal

  
Ana Carolina de Sa Dantas  
Procuradora Federal

  
Daniel de Andrade Oliveira Barral  
Procurador Federal

  
Daniela Silva Borges  
Procuradora Federal

  
Caroline Marinho Boaventura Santos  
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

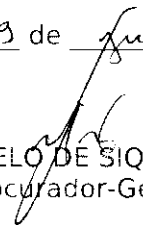
Antonio Carlos Soares Martins  
Diretor do Departamento de Consultoria

#### DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 03 /2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 03 de fevereiro de 2014.

  
MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS  
Procurador-Geral Federal

1) A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL PREVISTA NO INC. III, DO ART. 29, DA LEI Nº 8.666/1993 RESTRINGE-SE AOS TRIBUTOS DE TITULARIDADE DA FAZENDA NACIONAL E ÀQUELES DE COMPETÊNCIA DAS FAZENDAS ESTADUAL, DISTRITAL OU MUNICIPAL PERTINENTES ÀS OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS A SEREM CONTRATADOS.

2) NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS POR DISPENSA DE LICITAÇÃO, PREVISTAS NOS INCISOS I E II, DO ART. 24, DA LEI Nº 8.666/93, A REGULARIDADE FISCAL PERANTE A FAZENDA ESTADUAL E MUNICIPAL PODERÁ SER REQUERIDA DE ACORDO COM CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. NO ENTANTO, SUA EXIGÊNCIA NÃO É OBRIGATÓRIA, TENDO EM VISTA O DISPOSTO NO ART. 4º-A, DA IN/MPOG Nº 02/2010 E A JURISPRUDÊNCIA DO TCU (ACÓRDÃOS 1661/2011-PLENÁRIO E 2616/2008-PLENÁRIO).

3) A REGULARIDADE PERANTE A SEGURIDADE SOCIAL, AO FGTS E A REGULARIDADE FISCAL JUNTO À FAZENDA FEDERAL SÃO REQUISITOS OBRIGATÓRIOS EM TODAS AS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, NÃO SE ADMITINDO EXCEÇÕES.

4) NO TOCANTE À REGULARIDADE TRABALHISTA, REAFIRMA-SE O ENTENDIMENTO CONSIGNADO NA CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 51/2013, ITEM I, FIRMADA COM BASE NO PARECER Nº 09/2013/CPLC/PGF/AGU.