

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 04/2020

Dispõe sobre o procedimento adotado quando da contratação de empresas estatais detentoras de monopólio de serviços públicos essenciais que não apresentam certidões comprobatórias de regularidade bem como a respeito dos pagamentos por serviços já prestados.

CONSIDERANDO que, em se tratando de prestação de serviço público em regime de monopólio, a jurisprudência do Colendo Tribunal de Contas da União, diante da irregularidade fiscal da contratada, admite tanto a sua contratação, quanto a manutenção do contrato, com o respectivo pagamento pelos serviços já prestados, pois, a inviabilidade de competição tornaria inócua a medida sancionatória da rescisão contratual prevista na Lei no 8.666/93;

CONSIDERANDO que é dever desta unidade de controle, implementar procedimentos que viabilizem o cumprimento da legislação atinente às fases da despesa pública, com o fito de evitarmos possíveis prejuízos financeiros e patrimoniais, além do atendimento aos princípios insertos no art. 37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

A Controladoria Geral do Município de Marechal Deodoro, orienta que:

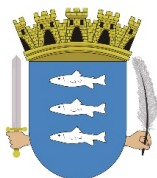
De acordo com o quanto dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF/88, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública:

“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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente prevista em lei.

Com intuito de regulamentar o artigo mencionado acima, o Legislador Infraconstitucional editou a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei no 8.666/93), que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Dentre as normas orientadoras contidas na Lei 8.666/93, encontram-se os artigos 27 a 31, aplicáveis tanto aos processos de licitação,



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARECHAL DEODORO
Controladoria Geral

como nas contratações diretas, que dispõem sobre a documentação exigida aos licitantes na fase habilitatória do certame, que envolvem qualificações jurídica, técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e documentos que demonstrem o cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do art. 7º, da CF/88.

Quanto à regularidade fiscal, o art. 29, especificamente, dispõe o seguinte:

“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.”.

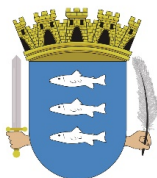
Fixadas tais premissas, pontua-se que a apresentação da documentação da regularidade fiscal não se limita apenas à fase habilitatória da licitação, devendo incluir toda a execução do contrato firmado entre o Poder Público e o particular, conforme ensina o inciso XIII, do art. 55, do Estatuto das Licitações, *in verbis*:

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

XIII- a obrigação do contratado de manter, **durante toda a execução do contrato**, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, **todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação**.” (grifado)

Neste sentido, encontra-se a jurisprudência do C. STJ, no Processo Resp 1319390 DF 2012/0078656-0, Relator Ministro Sérgio Kukina, Publicado no DJ 07/05/2015.

Todavia, é salutar destacar que quando se trata de prestação de serviços públicos em regime de monopólio, a jurisprudência do C. Tribunal de Contas da União admite tanto a contratação quanto o pagamento da concessionária de serviço público, mesmo diante da irregularidade fiscal.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARECHAL DEODORO
Controladoria Geral

estando afastada, nesta situação, o dever de rescisão disposto na Lei no 8.666/93.

É forçoso convir que os órgãos e entidades públicos utilizam-se de serviços essenciais (a exemplo dos postais, fornecimento de água e energia elétrica, telefonia, etc.) prestados por empresas paraestatais que detêm o monopólio desses serviços, não deixando outra alternativa para a Administração senão a de contratar diretamente com essas empresas.

Neste sentido, cita-se o Acórdão no 1.402/2008, da lavra do Ministro Raimundo Carreiro:

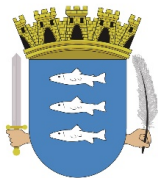
“As empresas prestadoras de serviços públicos essenciais sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, recebendo o pagamento pelos serviços já prestados, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão acompanhada com as devidas justificativas. No caso das empresas concessionárias que não estão sob o regime de *monopólio*, mas nas mesmas condições, é possível o pagamento dos serviços prestados, caso a rescisão contratual não se mostre mais conveniente e oportuna, não podendo ser formalizado qualquer termo de prorrogação dos contratos celebrados, devendo a Administração dar início a novo procedimento licitatório - quando possível.

O posicionamento acima, é ratificado nos Acórdãos nº 431/1997 – TCU, Acórdão nº 1402/2008 e Acórdão 1.105/2006 – TCU.

A rescisão contratual, nesta hipótese, não se mostra eficiente na medida em que a competição é inviável, por inexistirem outros prestadores de serviços essenciais ao atendimento dos interesses da Administração Pública. Contudo, tal medida excepcional não afasta o dever da Contratada em sanar a sua pendência fiscal, na medida em que a regularidade fiscal constitui um dos requisitos de habilitação exigidos por lei para a contratação pública.

Portanto, temos que, em se tratando de prestação de serviço público em regime de monopólio, a jurisprudência do C. TCU, diante da irregularidade fiscal da contratada, admite tanto a sua contratação, quanto a manutenção do contrato, com o respectivo pagamento pelos serviços já prestados, pois, a inviabilidade de competição tornaria inócua a medida sancionatória da rescisão contratual prevista na Lei no 8.666/93.

Nesse sentido, em harmonia com os precedentes do TCU, entendemos que, em se tratando de serviço público em regime de monopólio, a Administração



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARECHAL DEODORO
Controladoria Geral

Pública não pode se furtar de realizar o pagamento, sob pena de enriquecimento sem causa e sob pena de macular a continuidade dos serviços públicos essenciais.

Ademais, com base nos princípios da continuidade dos serviços público e supremacia do interesse público, entendemos pela não possibilidade de realizar a rescisão do contrato, devendo o gestor contratual, informar à contratada, a existência de irregularidade fiscal/social.

Esta orientação normativa serve de parâmetro para os casos de necessidade de pagamento para credores que desempenham atividades em regime de monopólio.

Marechal Deodoro/AL, 15 de junho de 2020.



Arykoerne Lima Barbosa

Controlador Geral do Município