



PROPOSTA DE ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 09/2008

A COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO OU NO PAGAMENTO DE SERVIÇOS JÁ PRESTADOS, NO CASO DE EMPRESAS QUE DETENHAM O MONOPÓLIO DE SERVIÇO PÚBLICO, PODE SER DISPENSADA EM CARÁTER EXCEPCIONAL, DESDE QUE PREVIAMENTE AUTORIZADA PELA AUTORIDADE MAIOR DO ÓRGÃO CONTRATANTE E CONCOMITANTEMENTE, A SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE SEJA COMUNICADA AO AGENTE ARRECADADOR E À AGÊNCIA REGULADORA.

INDEXAÇÃO: REGULARIDADE FISCAL. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. MONOPÓLIO. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. AUTORIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO.

REFERÊNCIA: Decisão TCU 431/1997-Plenário, Acórdão TCU 1105/2006-Plenário.

FUNDAMENTAÇÃO:

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no § 3º do art. 195, que *"a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem receber dele benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios"*. Assim, em princípio, a Administração não poderia contratar com nenhuma empresa que estivesse inadimplente com o INSS e FGTS.

Ocorre que os direitos e garantias fundamentais consagrados no art. 5º da Carta Magna são considerados essenciais para a manutenção da vida e dos direitos do cidadão, sendo atendidos pela Administração mediante a prestação dos serviços públicos.

Estes, por sua vez, devem ser ininterruptos, advindo daí o princípio da continuidade do serviço público. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella de Pietro *"entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar"*.

No caso de um serviço, como o fornecimento de água, gás, energia elétrica, correios, e outros, ser prestado sob regime de monopólio, e a prestadora estiver em débito para com o INSS e FGTS, não pode a Administração deixar de contratá-la devido a esta situação irregular, vez que, nestes casos, impõe-se um interesse público maior, qual seja, a continuidade da prestação do serviço público dependente dos serviços objeto de monopólio.

No confronto entre dois valores constitucionais, deve prevalecer o que melhor atende o interesse público.

Esta é a linha de entendimento do Tribunal de Contas da União, esposada na Decisão 431/1997-Plenário, de seguinte teor:

2. responder ao responsável que as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas; 3. informar, ainda, ao consulente que,



diante da hipótese acima, a administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação, informando, inclusive, o INSS e o FGTS a respeito dos fatos;

Esse mesmo entendimento foi estendido, por analogia, às empresas privadas concessionárias de serviço público essencial sob o regime de monopólio, por meio do Acórdão 1105/2006-Plenário.

Entretanto, não está dispensados, na situação ora ementados, de caráter excepcional, os requisitos impostos pela Corte de Contas relativos à autorização do dirigente maior do Órgão, acompanhada das devidas justificativas sobre a essencialidade dos serviços prestados e, ainda, a necessidade de se comunicar o fato aos credores e à respectiva agência reguladora.

9