



MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
AUDITORIA INTERNA
SECRETARIA DE ORIENTAÇÃO E AVALIAÇÃO
PARECER CORAG/SEORI/AUDIN – MPU/Nº 137/2012

Referência : Ofício nº 1.859/2012/DIRGE/ESMPU. DIAP/AUDIN-DF 305/2012.
Assunto: Administrativo. Empresa detentora de monopólio de serviço essencial. CNDT positiva.
Interessado: Diretoria Geral. Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU.

Por meio do Ofício em epígrafe, o Exmo. Sr. Diretor-Geral da ESMPU consulta acerca da possibilidade ou não de ser dispensada a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, por ocasião do pagamento à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, detentora de exclusividade na prestação de serviço postal, ante a existência de débitos inadimplidos perante à Justiça do Trabalho.

2. Encaminha, anexado por cópia, parecer da Assessoria Jurídica do Órgão que concluiu pela possibilidade de se dispensar, excepcionalmente, a exigência da CNDT, considerando tratar-se de contratação de empresa pública detentora do monopólio do serviço postal, cuja suspensão pode trazer prejuízos à continuidade dos serviços prestados, tendo por fundamento os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assinala também, no mencionado parecer, entendimento do Tribunal de Contas da União, que permitiu à Administração Pública contratar com entidades detentoras de monopólio de serviços públicos essenciais, mesmo inadimplentes com o INSS e FGTS (Acórdão nº 1.105/2006 – Plenário).

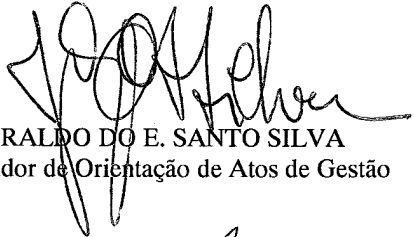
3. Em atendimento, esta Auditoria Interna tem orientado, em harmonia com os precedentes do TCU (Decisão nº 431/97 – Plenário, Acórdãos nºs 1.105/2006 e 1.408/2008 - Plenário), pela possibilidade de se realizar pagamento à entidade detentora de monopólio de serviços públicos essenciais, inadimplente com o INSS e FGTS, haja vista o cumprimento ao princípio da continuidade do serviço público.

4. Isso posto, considerando ser a empresa pública (ECT) a única capaz de prestar o serviço essencial à ESMPU, os princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público, somos de parecer, excepcionalmente, pela possibilidade de se realizar o pagamento à contratada, não obstante a existência de débitos inadimplidos perante à Justiça Trabalhista.

É o parecer que submetemos à consideração superior.

Brasília, 9 de agosto de 2012.

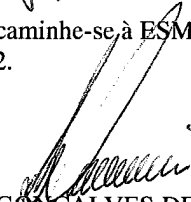

ROGÉRIO DE CASTRO SOARES
Analista Processual


JOSÉ GERALDO DO E. SANTO SILVA
Coordenador de Orientação de Atos de Gestão

De acordo.
À consideração do Sr. Auditor-Chefe.


MARA SANDRA DE OLIVEIRA
Secretária de Orientação e Avaliação

De acordo. Encaminhe-se à ESMPU e à SEAUD.
Em, 9 /8/2012.


SEBASTIÃO GONÇALVES DE AMORIM
Auditor-Chefe



OFÍCIO nº 1859 /2012/DIRGE/ESMPU

Brasília, 03 de agosto de 2012.


À Sua Senhoria o Senhor
SEBASTIÃO GONÇALVES AMORIM
Auditor-Chefe da Auditoria Interna do MPU
Brasília - DF

Senhor Auditor-Chefe,

Cumprimentando Vossa Senhoria, consulto esse Órgão de controle interno acerca da possibilidade, ou não, de esta Instituição, nos procedimentos de pagamento à empresa pública detentora de exclusividade na prestação de serviço postal, dispensar a exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, ante a existência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

Segue em anexo o parecer da Assessoria Jurídica da ESMPU, bem como peças principais dos autos.

Atenciosamente,



NICOLAO DINO NETO
Procurador Regional da República
Diretor-Geral da ESMPU

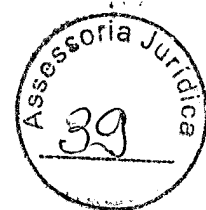
De ordem.

A Secc para análise
& parecer.

Em 6/8/2012



Taisse Lopes Ayres da Silva
Assessora
AUDIN/MPU



P.A. nº 0.01.000.001025/2012-35

Da: SAT.

Para: DG.

Data: 18/07/2012.

Excelentíssimo Senhor Diretor-Geral, trata-se de P.A. referente ao pagamento de fatura da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos com vencimento da fatura para o dia 23/07/12. Conforme a Divisão de Logística, folhas nº 37, a ECT realizou os serviços conforme a contratação.

De acordo com Certidão de Débitos Trabalhistas anexada às folhas nº 29 a 35, a ECT encontra-se inadimplente em 210 Processos Trabalhistas.

Os procedimentos atuais a serem realizados pela SAT em casos de desconformidade em documentações fiscais e trabalhistas são os seguintes:

1. devolução da fatura ou nota fiscal para a empresa;
2. notificação a empresa da situação constatada;
3. abertura de prazo de 10 dias para a empresa contratada regularizar a situação; e,
4. caso a regularização não seja cumprida, é realizado a abertura de procedimento administrativo para a rescisão e a aplicação das penalidades contratuais.

Conforme as disposições da Lei nº 12.440/11, ressaltadas pelo Ofício-Circular nº 02/2012 - AUDIN/MPU, em decorrência da CNDT POSITIVA, os procedimentos acima são aplicáveis à ECT.

Entretanto, trata-se de empresa pública com monopólio na prestação dos serviços essenciais contratados e há a possibilidade de aplicação do § 2º do Art. 642-A da Lei nº 12.440/11:

"verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT."

Neste sentido, conforme a folha nº 34, há processos com exigibilidade suspensa ou com débito garantido por depósito, bloqueio de numerário ou penhora de bens suficientes. Entretanto, os processos abaixo não tem exigibilidade suspensa:

- 0329400-14.2009.5.02.0511 - TRT 2ª Região, folha nº 29;
- 0072100-97.2004.5.05.0017 - TRT 5ª Região, folha nº 30; e
- 0000449-59.2011.5.15.0153 - TRT 15ª Região, folha nº 33.

Portanto, considerando o despacho de V. Exª. no Ofício-Circular nº 02/2012 - AUDIN/MPU, folha nº 38, encaminha-se à consideração superior com a sugestão de aplicação dos itens 1 a 3 supracitados e a não aplicação do item 4, por se tratar de empresa pública com monopólio na prestação dos serviços essenciais contratados.

Respeitosamente,

Marcos Kimura

Secretário de Administração e Tecnologia

Referência: Processo nº 0.01.000.001025/2012-35

Assunto: Exigência de apresentação de CNDT para o pagamento _ Contrato nº _ Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Senhor Diretor-Geral,

À folha 39, o Secretário de Administração e Tecnologia submete à consideração de Vossa Excelência questão relacionada ao pagamento da fatura de fl. 37, referente a serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, haja vista o inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Na narrativa destaca que referida empresa pública presta serviços essenciais, em regime de monopólio, sugere a devolução da fatura à ECT, com notificação da situação constatada e estabelecimento do prazo de 10 (dez) dias para a regularização.

Aponta, outrossim, a aplicabilidade do disposto no art. 642-A, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pela Lei nº 12.440/2011, que disciplina que *"verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT"*.

É o breve relatório.

Preliminarmente, esclareço que não se examinará a aplicabilidade do disposto no art. 642-A da CLT, tendo em vista que a expedição da certidão de débitos trabalhistas (negativa ou positiva) é de competência da Justiça do Trabalho.

No mérito, sabe-se que a exigência de comprovação de regularidade trabalhista se aplica tanto à própria contratação, quanto aos pagamentos dela decorrentes, conforme inteligência dos arts. 27, IV, 29, V e 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993, na redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011, a seguir transcritos:

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

[...]



IV – regularidade fiscal e trabalhista;

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

[...]

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.

[...]

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.”

Com fundamento nos dispositivos legais acima, o Tribunal de Contas da União determinou que os órgãos públicos passem a exigir, por ocasião de cada ato de pagamento, a apresentação da certidão negativa de débitos, conforme se depreende do Acórdão nº 1.054/2012-Plenário, sendo essa orientação repetida pela Auditoria Interna do Ministério Público da União, por meio do Ofício Circular nº 2/2012-AUDIN/MPU, de 26/6/2012.

Essa nova exigência, que tem o cunho social de proteção ao trabalhador, tem também a potencialidade de reduzir as oportunidades de eventuais condenações da Administração Pública, em caráter subsidiário, na forma prevista no Enunciado nº 331 do TST, em decorrência de descumprimento de obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, merecendo, portanto, toda atenção do administrador.

Contudo, segundo alguns autores, a regra acima pode ser mitigada quando se está diante de contratação de um único prestador de serviços ou fornecedor, e quando a não contratação do serviço, ou o fornecimento do bem, representar grave prejuízo ao interesse público.

Para exemplificar cita-se o seguinte trecho de artigo do Procurador da Fazenda Nacional, Marcelo Lopes Santos¹:

"Entretanto, nos casos em que se configurar uma situação de inexigibilidade de licitação, em razão da necessidade de se contratar um único prestador ou fornecedor, será possível

¹SANTOS, Marcelo Lopes. *Aspectos relevantes das Certidões Negativas Trabalhistas nos contratos administrativos*. Revista JusNavegandi: mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21351/aspectos-relevantes-das-certidoes-negativas-trabalhistas-nos-contratos-administrativos>>. Acesso em 1/8/2012.

dispensar a exigência da CNDT com o fito de propiciar a execução do serviço de interesse relevante para a Administração, em função dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade[v]:

'Afigura-se que haverá cabimento de promover a contratação direta sem exigência da comprovação dos requisitos de habilitação nos casos em que a Administração não dispuser de outra alternativa. Assim, suponha-se a situação em que há um único fornecedor, o qual se encontra em situação irregular perante a Fazenda Nacional ou, mesmo, o próprio INSS. A Administração necessita da utilidade que poderá ser fornecida apenas e exclusivamente por aludido sujeito. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade e se ponderarão os diversos interesses. De um lado, haverá o risco de perecimento de interesses essenciais, se a contratação não ocorrer. De outro, haverá o risco de contratação de sujeito que não dispõe de requisitos de habilitação, se a contratação ocorrer. Entre o perecimento inevitável, previsível e altamente danoso dos interesses colocados sob a tutela do Estado e a ausência de cumprimento a uma formalidade, a Constituição Federal impõe a opção pela segunda alternativa. O princípio da República obriga à adoção de todas as providências que evitem o cumprimento dos fins buscados pelo Estado. As exigências infraconstitucionais do cumprimento de certos formalismos são meramente instrumentais: devem ser afastadas quando se prestarem a frustrar a proteção dos fins buscados pelo Estado, eis que o único fundamento que lhes dá razão de existência é sua instrumentalidade para proteger dito interesse. Quando não se prestarem a tal, deverão ter sua aplicação evitada. [vi]'

Diante do exposto, conclui-se neste tópico: (i) em regra, é possível e necessária a exigibilidade da CNDT nas contratações diretas da Administração Pública; (ii) a CNDT pode ser dispensada nas hipóteses de inexigibilidade de licitação em que há apenas um único fornecedor ou prestador de serviço que possa satisfazer às necessidades da Administração, desde que a sua não contratação implique em relevante prejuízo ao interesse público, utilizando-se como critérios norteadores os princípios da proporcionalidade e razoabilidade em cada caso concreto; (iii) em regra, deve ser exigida a CNDT em todas as contratações realizadas pela Administração Pública, mesmo nas hipóteses de que trata o artigo 32, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e (iv) a exigência da CNDT é cabível para todos os tipos de contratação e não apenas as que envolvam terceirização de serviço com alocação de mão de obra." (Grifou-se)

Oportuno também mencionar o trecho abaixo, extraído de texto de autoria do Advogado da União, Rodrigo Passos Pinheiro²:

²PINHEIRO, Rodrigo Passos. *Contratação com os Correios pela Administração Pública e monopólio das atividades postais*. Conteúdo Jurídico,

Faz-se de bom alvitre juntar, por pertinente, as Orientações Normativas da Advocacia-Geral da União, as quais devem ser observadas pelos seus órgãos assessorados. Senão, veja-se.

[.]

Orientação Normativa n° 09.

“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.”

Outrossim, deve-se juntar a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT – para contratar os Correios. Contudo, conforme exposto acima, a comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato, 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. Isso, no caso dos órgãos assessorados pela Advocacia-Geral da União, em que há esta Orientação Normativa, que, entendendo, aplica-se também para as Certidões Negativas de Débitos Trabalhistas CNDT.

O entendimento consubstanciado nos artigos acima citados, além de norteado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, orienta-se pelo princípio da continuidade do serviço - segundo o qual o serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção - que também inspirou o Acórdão n° 1105/2006, do Plenário do Tribunal de Contas da União, de cujo relatório se extrai o excerto abaixo:

“6. A Decisão n° 431/97 do Plenário, prolatada em processo de consulta formulada pelo Secretário de Controle Interno do STJ (TC 004.389/1996-4), que permitiu a contratação e o pagamento, pela Administração Pública, de empresas estatais inadimplentes com o INSS e o FGTS, tem por fundamento básico e inafastável, em síntese, o fato de que a Administração Pública, assim como os usuários em geral, não pode prescindir dos serviços públicos essenciais - entendidos como aqueles indispensáveis à vida e à convivência dos administrados em sociedade, na definição de Diógenes Gasparini (in Direito Administrativo, 4ª ed., Saraiva, p. 213), mencionado no Voto do Relator - prestados por

dispensar a exigência da CNDT com o fito de propiciar a execução do serviço de interesse relevante para a Administração, em função dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade[v]:

'Afigura-se que haverá cabimento de promover a contratação direta sem exigência da comprovação dos requisitos de habilitação nos casos em que a Administração não dispuser de outra alternativa. Assim, suponha-se a situação em que há um único fornecedor, o qual se encontra em situação irregular perante a Fazenda Nacional ou, mesmo, o próprio INSS. A Administração necessita da utilidade que poderá ser fornecida apenas e exclusivamente por aludido sujeito. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade e se ponderarão os diversos interesses. De um lado, haverá o risco de perecimento de interesses essenciais, se a contratação não ocorrer. De outro, haverá o risco de contratação de sujeito que não dispõe de requisitos de habilitação, se a contratação ocorrer. Entre o perecimento inevitável, previsível e altamente danoso dos interesses colocados sob a tutela do Estado e a ausência de cumprimento a uma formalidade, a Constituição Federal impõe a opção pela segunda alternativa. O princípio da República obriga à adoção de todas as providências que evitem o cumprimento dos fins buscados pelo Estado. As exigências infraconstitucionais do cumprimento de certos formalismos são meramente instrumentais: devem ser afastadas quando se prestarem a frustrar a proteção dos fins buscados pelo Estado, eis que o único fundamento que lhes dá razão de existência é sua instrumentalidade para proteger dito interesse. Quando não se prestarem a tal, deverão ter sua aplicação evitada. [vi]'

Diante do exposto, conclui-se neste tópico: (i) em regra, é possível e necessária a exigibilidade da CNDT nas contratações diretas da Administração Pública; (ii) a CNDT pode ser dispensada nas hipóteses de inexigibilidade de licitação em que há apenas um único fornecedor ou prestador de serviço que possa satisfazer às necessidades da Administração, desde que a sua não contratação implique em relevante prejuízo ao interesse público, utilizando-se como critérios norteadores os princípios da proporcionalidade e razoabilidade em cada caso concreto; (iii) em regra, deve ser exigida a CNDT em todas as contratações realizadas pela Administração Pública, mesmo nas hipóteses de que trata o artigo 32, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e (iv) a exigência da CNDT é cabível para todos os tipos de contratação e não apenas as que envolvam terceirização de serviço com alocação de mão de obra." (Grifou-se)

Oportuno também mencionar o trecho abaixo, extraído de texto de autoria do Advogado da União, Rodrigo Passos Pinheiro²:

²PINHEIRO, Rodrigo Passos. *Contratação com os Correios pela Administração Pública e monopólio das atividades postais*. Conteúdo Jurídico,



aquelas empresas em regime de monopólio. Não podendo a Administração Pública contratar tais serviços, restariam paralisados, ou, no mínimo prejudicados, os que presta à sociedade. Assim, a decisão do Tribunal objetivou dar cumprimento ao princípio da continuidade do serviço público, porque reconheceu a Corte que o interesse público na prestação desses serviços à coletividade suplanta a vedação legal de contratação de inadimplentes com o INSS e o FGTS.

7. Os seguintes trechos do Voto do Relator confirmam as assertivas do parágrafo anterior:

[...]

23. Mostra-se evidente que, na hipótese da contratação direta de um ente estatal fornecedor de serviço público essencial, na forma de monopólio, efetuada por um órgão da Administração, os fins legais acima descritos não serão alcançados. Aqui, impõe-se um interesse público maior, consubstanciado na boa e regular prestação jurisdicional, a qual quedaria prejudicada caso estivesse o Órgão da Justiça proibido de contratar as empresas estatais fornecedoras de serviço público essencial, sob regime de monopólio, inadimplentes com o INSS e o FGTS. Ressalte-se que, nesta situação, em que inexistente a possibilidade de contratar-se terceiros, não há outra alternativa viável a não ser a contratação daquelas empresas, como bem destacado pela ilustre representante do 'Parquet' especializado (fls. 11/13).' (grifou-se)

8. Como visto, o Relator enfatizou a impossibilidade de outros prestadores de serviços, que não os inadimplentes, serem contratados, uma vez que se trata de serviços públicos essenciais prestados em regime de monopólio. Obviamente, se outros prestadores houvesse, os serviços deveriam ser licitados e contratados com aqueles que estivessem adimplentes com o sistema de seguridade social e com o FGTS, consoante determinam a Constituição Federal e a legislação correlata.

9. Assim, sendo inviável a competição, e sendo os serviços que se deseja contratar essenciais ao normal funcionamento da Administração Pública, pouco importa se o são de empresas estatais ou privadas concessionárias de serviços públicos. O tratamento que deve ser dado é semelhante: a única alternativa da Administração é contratar tais serviços, ainda que a empresa, estatal ou privada, esteja em débito com o INSS e o FGTS.

10. Esse é o entendimento que se extrai da referida Decisão, em razão de seus fundamentos." (o grifo não é do original)

Por todo o exposto, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando tratar-se de contratação de empresa pública detentora do monopólio do serviço postal, cuja suspensão pode trazer prejuízos parciais à continuidade dos serviços prestados por esta Instituição, entende esta Assessoria que poderá ser dispensada,

excepcionalmente, a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas para os pagamentos decorrentes da execução dos serviços que constituem o objeto do Contrato nº 24/2007 a critério de Vossa Excelência.

É o parecer.

Brasília-DF, 1º de agosto de 2012.



Eliane Rodrigues de Sales


Matr. 4470-9

Assessora Jurídica/DIRGE/ESMPU

DESPAÇO

Considerando que a orientação da AUDIN/MPU, consubstanciada no ofício-circular nº 2/2012, não faz ressaltar, e, ainda, as fundadas razões trazidas à baila no parecer da Assessoria Jurídica da ESMPU, no tocante a empresa pública de fomento de exclusividade na prestação de serviços postais, submeta-se o tema à apreciação da Auditoria Interna.

2/8/2012



Nicolao Dino Neto
Procurador Regional da República
Diretor-Geral da ESMPU